

Consensualismo y propiedad

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

Carlos PÉREZ FERNÁNDEZ**

RVLJ, N.º 14, 2020, pp. 227-279.

El examen del principio del consensualismo contractual consiste en averiguar si los contratos surgen a la vida jurídica como simples pactos desnudos, por la sola manifestación de la voluntad interna de las partes –tesis consensualista–, o, por el contrario, si es menester, para que los contratos tengan existencia y produzcan efectos, cumplir con las formalidades o ritualidades externas al celebrar el acto jurídico –tesis del contrato como pacto vestido–.

Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA¹

Sumario

Introducción 1. Los principales sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria 1.1. *Sistemas causalistas que vinculan la transmisión de la propiedad a la mera existencia de un acuerdo de voluntades* 1.2. *Sistemas causalistas que requieren la concurrencia del título y el modo* 1.3. *Sistemas abstractos: modelo alemán* 1.4. *Derecho anglosajón* 1.5. *Tendencias*

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogada; Especialista en Derecho Procesal; Doctora en Ciencias, Mención «Derecho»; Profesora Titular por concurso de oposición; Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

** **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Especialista en Derecho Administrativo; Profesor Asistente por concurso de oposición de Derecho Civil II Bienes y Derechos Reales. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho Procesal; Cursante del Doctorado en Derecho.

¹ *Los contratos. Parte general*. T. 1. 2.^a, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1998, p. 243.

actuales **2. Sistema venezolano** 2.1. *El contrato considerado como modo de adquirir la propiedad y otros derechos reales* 2.2. *El principio de la transferencia o de la constitución de la propiedad y otros derechos reales por el solo consentimiento* 2.2.1. Explicación preliminar 2.2.2. Evolución del principio 2.2.3. Las disposiciones del Código Civil venezolano **3. A modo de conclusión: el consensualismo en la actualidad**

Introducción

Uno de los aspectos que pone más claramente de manifiesto las relaciones que pueden existir entre los derechos reales y los derechos de crédito viene dado por el hecho de que, en la mayoría de los casos, las convenciones o acuerdos de voluntad entre los sujetos de derecho constituyen el punto de partida para el nacimiento o transferencia de los derechos reales².

No obstante, en cuanto al momento específico en que se produce la transferencia de la propiedad por actos entre vivos, coexisten en el Derecho comparado diversos modelos claramente diferenciados y con implicaciones prácticas de suma importancia, por los problemas que pueden presentarse en la dinámica de este tipo de negocios jurídicos, como por ejemplo, el de quien debe asumir los riesgos cuando ocurre la pérdida de la cosa.

Los modelos existentes responden a razones históricas vinculadas a las influencias recibidas y a la evolución y las particularidades de cada ordenamiento, pero no hay duda de que el debate acerca de cuál es la solución más adecuada no puede considerarse superado.

El trabajo que a continuación presentamos comprende tres partes: la primera, orientada a realizar una breve referencia a las posiciones que se han planteado en torno a la interrogante acerca del momento exacto en que puede considerarse transmitida la propiedad; la segunda, a analizar esta temática en

² Véase: ARÉVALO GUERRERO, Ismael Hernando: *Bienes constitucionalización del Derecho Civil*. 2.^a, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2017, pp. 678 y 679.

el sistema venezolano, el cual se incluye en principio entre los que adoptan como regla la transferencia de la propiedad por el simple consentimiento. Finalmente, como tercer y último aspecto, a modo de conclusión, esbozamos una breve reflexión sobre el consensualismo en la actualidad.

Gran parte de las reflexiones que referiremos (*supra* N.º 2) son tomadas de las clases del profesor Enrique LAGRANGE³, quien explicaba didácticamente la evolución y trascendencia del consensualismo en la transmisión del derecho de propiedad. La impecable exhaustividad⁴ de sus explicaciones, de las que fuimos beneficiarios⁵, impone el deber de difundir sus conocimientos.

³ Fue profesor titular de Derecho Civil (Bienes y Derechos Reales, Obligaciones, Contratos y Garantías) en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela; individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y autor de diversas publicaciones. Véase su semblanza en: *IV Jornadas Aníbal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual-extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*. T. I. Salaverría, Ramos, Romeros y Asociados. Caracas, 2012, pp. 17-22; MÉLICH-ORSINI, José: «Contestación del Académico José Mélich-Orsini al discurso de incorporación del doctor Enrique Lagrange». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 138. Caracas, 2001, pp. 123-131, ACEDO SUCRE, Carlos: «Palabras pronunciadas por el Dr. Carlos Acedo Sucre en la sesión ordinaria de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales el día 16 de octubre de 2018, con motivo del sensible fallecimiento del Dr. Enrique Lagrange». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 157. Caracas, 2018, pp. 2021-2027; Faúndez Ledezma, Héctor: «Discurso de incorporación». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 159. Caracas, 2019, pp. 815-918.

⁴ Véase: MÉLICH-ORSINI: ob. cit. («Contestación del Académico...»), p. 126, debo advertir que no se trata de un vano acopio de informaciones superficiales e inútiles sino de la acumulación progresiva de conocimientos que ha ido destacándose a lo largo de una vida de lectura y arduas investigaciones.

⁵ Véase, indicando atinadamente que «sus alumnos fueron los primeros beneficiarios» de sus estudios y dedicación: ACEDO SUCRE: ob. cit., p. 2023, agrega: El doctor MÉLICH también aludió a que el doctor LAGRANGE, en «sus ensayos jurídicos (...) no aventura conclusiones sino luego de haber examinado con la lupa de su vasta ilustración científica y de una mente agudizada por el ejercicio de la reflexión, cada una de las doctrinas que a su turno han expuesto los grandes maestros», «La lectura de cualquiera de estas contribuciones hechas por el doctor LAGRANGE a la bibliografía jurídica venezolana confirma (...) la rigurosidad metodológica con que elabora sus investigaciones este distinguido jurista». Véase también nuestro comentario en:

El Dr. Enrique LAGRANGE falleció en octubre de 2018, y a su memoria dedicamos las presentes líneas.

1. Los principales sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria

1.1. *Sistemas causalistas que vinculan la transmisión de la propiedad a la mera existencia de un acuerdo de voluntades*⁶

Este sistema fue recogido originariamente en el Código Civil francés de 1804, debiendo aclararse que los redactores de dicho texto solo confirmaron las soluciones generalmente aceptadas por el antiguo Derecho de Francia⁷. Cabe destacar que en la reforma realizada a ese Código en el año 2016, se mantuvo inalterado el modelo de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, al reproducirse literalmente el contenido de los artículos 711 y 1583 Código Civil, con la precisión de que en la primera oración del nuevo artículo 1196, se dispone textualmente lo siguiente: «En los contratos de

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, p. 11, www.rvlj.com.ve, «Nuestro gusto por el Derecho Civil patrimonial comenzó hace más de dos décadas al ser alumna del doctor Enrique LAGRANGE, quien fuera nuestro profesor de Derecho Civil II, Derecho Civil III y Contratos y Garantías en la Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Sus profundas, claras y críticas explicaciones de clase son extensamente citadas a lo largo de nuestro estudio».

⁶ BLONVAL LÓPEZ, Manuel: *Derecho Civil: Bienes*. UC. Valencia, 1976, p. 101, se refiere a estos modelos como los que encuadran en la teoría moderna, la cual parte de la idea de desconocer, por innecesaria, la distinción entre título y modo y le da una importancia fundamental a la existencia del consentimiento entre las partes.

⁷ ALTERINI, Ignacio Ezequiel: *La tradición de inmuebles y la paz social*. Universidad Austral. Tesis doctoral. Buenos Aires, 2017, p. 46. Véase también: PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: «La transmisión de la propiedad en el contrato de compraventa y la acción pro forma». En: *Revista Mexicana de Derecho*. N.º 10. Colegio de Notario del Distrito Federal. México D. F., 2008, pp. 180 y 181, <http://historico.juridicas.unam.mx>, entre el medioevo y el Código Napoleón, las prácticas jurídicas y notariales muestran una influencia de las ideas filosóficas derivadas del Derecho canónico que simplificaron la transmisión de la propiedad.

enajenación de la propiedad o en la cesión de otro derecho, la transferencia opera con la conclusión del contrato»⁸.

En una reforma realizada previamente en Francia en el año 1955 se estableció, con la intención de que el Registro se convirtiera en instrumento eficaz para la seguridad del tráfico, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro, pero no se le dio a esta un carácter constitutivo⁹.

En este tipo de sistemas «no se distingue entre los efectos obligacionales de la prestación del consentimiento y los efectos reales del contrato», dado que su rasgo más característico es que el perfeccionamiento «del contrato coincide con el efecto transmisivo, de modo que el comprador deviene propietario en ese mismo momento, y solo resta que se produzca la entrega posesoria al comprador, sin que dicho acto implique la *traditio* romana, sino una mera entrega»¹⁰.

Queda claro entonces que, bajo esta perspectiva, el simple acuerdo de voluntades determina la transmisión de la propiedad, por lo que tanto la inscripción registral –que en estos sistemas solamente sirve para oponer la transmisión a terceros–, como la tradición quedan fuera del mecanismo traslativo y son actos meramente complementarios.

Esta solución se fundamenta en la posición de algunos representantes de la escuela de Derecho natural racionalista, quienes plantearon que la necesidad

⁸ ALTERINI: ob. cit., p. 48. Véase también: «*Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1*», <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ M.: «Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho europeo». En: *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*. Heliasta. G. DE REINA TARTIERE, coord. Buenos Aires, 2008, p. 299.

¹⁰ *Ibid.*, p. 300.

de la tradición para el traspaso de la titularidad del derecho real no se correspondía con exigencias del Derecho natural, dado que si la tradición –acto material– se exige para la transmisión de la posesión –poder físico–, es lógico que el consentimiento –acto intelectual– sea suficiente para producir la mutación de la titularidad del derecho sobre la cosa –facultad intelectual–¹¹.

Para PÉREZ ÁLVAREZ, el sistema de transmisión por el mero consentimiento protege más enérgicamente al adquirente que al transmitente, pues desde que el encuentro de voluntades se produce, el nuevo titular está legitimado para intentar acciones reales. Con otra mirada, arguye que si el negocio causal fuera ineficaz, por ejemplo, por falta de autoría del legitimado para transmitir, el frustrado adquirente podría entablar una acción personal por incumplimiento¹².

A este sistema de transmisión puramente consensual, se le cuestiona que, aparte de incoherente con la caracterización del derecho real como poder inmediato y directo en la cosa –lo que parece implicar la actualidad posesoria–, es lo más contrario que pueda imaginarse a la natural visibilidad de los derechos reales y a la seguridad del tráfico¹³.

Denominado por algunos «sistema consensual, francés o *nudo consensu*»¹⁴. Este formato es el que impera –en principio– en lugares como: República

¹¹ ALTERINI: ob. cit., p. 47.

¹² PÉREZ ÁLVAREZ, María del Pilar: «La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo». En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. N.º 14. Madrid, 2006, p. 233.

¹³ GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Bases del derecho de cosas: sistema español». En: *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*. Heliasta. G. DE REINA TARTIERE, coord. Buenos Aires, 2008, p. 28.

¹⁴ CORDERO CAMPOS, Farid Nahen: «Un estudio sobre la tradición como modo particular de adquisición de los derechos reales». En: *Revista de Ciencias Jurídicas*. N.º 113. Universidad de Costa Rica. San José, 2007, pp. 165-188, especialmente p. 172, <http://revistas.ucr.ac.cr>.

Dominicana, Costa Rica¹⁵, Japón, México, Italia, Portugal, Bolivia, Perú¹⁶, Paraguay, Quebec y Venezuela¹⁷.

1.2. *Sistemas causalistas que requieren la concurrencia del título y el modo*

Dentro de esta variante se ubican todos los sistemas gobernados por la idea romana del título y el modo como requisitos necesarios para provocar el efecto transmisivo¹⁸. Esta formulación teórica está influenciada por la

¹⁵ Véase: *ibíd.*, pp. 177 y 187, el Código Civil presenta conceptualizado a cabalidad el sistema que rige en Francia aunque el autor concluye que el sistema costarricense reúne características de los tres sistemas estudiados.

¹⁶ Véase sobre Perú: DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro: «El principio del consensualismo en el Derecho de los Contratos». En: *Derecho y Cambio Social*. N.º 30. Lima, 2012, p. 20, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5492689.pdf>, el Código Civil peruano de 1984, ha adoptado en materia contractual, como regla, general el principio del consensualismo y excepcionalmente el principio del formalismo; así, los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto en aquellos que además deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: «La obligación de enajenar el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Themis*. N.º 30. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, pp. 149-173, <http://revistas.pucp.edu.pe>.

¹⁷ ALTERINI: *ob. cit.*, pp. 50-54. Véase también: LESSMANN VERA, Juan Ignacio: «El concepto de compraventa en los distintos sistemas de transferencia de la propiedad». En: *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.ºs 59-60. UCV. Caracas, 1976, pp. 67 y 68, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/59-60/rucv_1976_59-60_61-87.pdf; dentro del sistema que consagra el contrato como título y modo para adquirir la propiedad encontramos, en primer término, en orden de importancia, al Código Civil francés, luego al Código Civil italiano, Código Civil venezolano, Código Civil de Bolivia, Código Civil de Costa Rica, y al Código Civil de Portugal de 1966. Verdadera revolución jurídica la que se produjo al acogerse la tesis de que los contratos son, además de título para adquirir, medio idóneo y suficiente para que se produzca la transmisión de la propiedad o de cualquier otro derecho real. Los ordenamientos jurídicos, seguidores del Derecho romano, estaban estructurados con base en la idea de que los contratos solo podían engendrar relaciones obligatorias para quienes intervenían en ellos y por ende, era inadmisibles que un derecho real, que por esencia es oponible a todos, pueda sufrir alguna mutación o transferencia por un medio que únicamente estaba destinado a producir obligaciones *inter partes*; es decir, de efectos relativos.

¹⁸ Véase: BLONVAL LÓPEZ: *ob. cit.*, p. 101, que la teoría clásica parte de la *traditio* romana, que se sustenta en la distinción entre título y modo, y le da suma importancia a la tradición de la cosa, sin la cual no se transfiere el dominio.

filosofía aristotélica, a través de la aplicación de las categorías de causa remota y causa próxima, por lo que se señala el tránsito de la «posibilidad» de la transmisión –título– a su «efectividad» –modo–, con lo cual el contrato viene a ser la causa remota del dominio y la tradición es la causa próxima¹⁹.

Un ejemplo de este sistema es el modelo español, en el cual «el contrato precedente es causa de la transmisión ulterior», por lo que «la inexistencia o invalidez del negocio jurídico precedente determina la no efectividad de la transmisión» y «la *traditio* no es simplemente el cumplimiento de la obligación de entrega, sino algo más, un plus añadido al contrato para que se produzca el efecto traslativo»²⁰.

También en Argentina –al igual que en Chile y en Brasil–, se impuso el esquema de que los derechos reales se adquieren con título y modo, consistiendo este último en la tradición y teniendo esta un carácter constitutivo, por lo que antes de que se produzca solamente existe un derecho personal y si

¹⁹ ALTERINI: ob. cit., pp. 54 y 55; PESCIO VARGAS, Victorio: *Los modos de adquirir el dominio*. Universidad de Valparaíso. Valparaíso, 1984, pp. 18-20 –autor originario de un país en el que se adoptó el sistema de título y modo–, que el modo de adquirir constituye la causa próxima o inmediata de la adquisición del derecho real de dominio, en contraste con el título, que es la causa remota o mediata que, en el orden de los acontecimientos, debe anteceder al modo de adquirir y al que sirve de causa justificativa, ya que el solo título –*titulus adquirendi*– es impotente para producir por sí mismo la adquisición del derecho real y, recíprocamente, el solo modo de adquirir –*modus adquirendi*– no puede surtir sus efectos si no va precedido de un título que lo justifique: título y modo de adquirir desempeñan, pues, una función concurrente en la adquisición del derecho. Véase también sobre el tema: LESSMANN VERA: ob. cit., pp. 61-87; DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 2-6; CORTEZ PÉREZ, César Daniel: «Dos caras de la misma moneda: Transferencia de propiedad: inmueble o consensualismo e inscripción», www.uss.edu.pe.

²⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., pp. 308 y 309; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel: «Los derechos reales en algunos códigos latinoamericanos de los siglos XX y XXI». En: *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*. Heliasta. G. DE REINA TARTIERE, coord. Buenos Aires, 2008, p. 111, aclara que el sistema de transferencia por título y modo –o del efecto solo personal del contrato– es seguido también por el Código brasileño –con un sistema muy semejante al chileno–.

una persona cuenta con un título, pero no se le ha entregado la cosa, todavía no ha adquirido el derecho real²¹.

Atendiendo a las caracterizaciones que puede tener el modo, se ha puesto de relieve la existencia de diversas variantes, entre las que pueden destacarse las siguientes: el modo como la tradición por actos materiales, el modo como la tradición que debe realizarse mediante acta notarial y registrarse para que opere la transmisión, y el modo consistente en la inscripción registral constitutiva –que abarca los casos en los cuales la entrega de la cosa se exige antes o después de la inscripción registral, pero esta última es la que determina la mutación jurídico real–.

PÉREZ ÁLVAREZ sostiene que el sistema traslativo del título y el modo protege particularmente al enajenante, pues en el supuesto de que el negocio causal fuera ineficaz, este tendría la posibilidad de entablar una acción real reivindicatoria para recuperar la cosa porque, en rigor, no habría operado la mutación jurídico real²².

En el Derecho argentino, existe un sector de la doctrina que postula la sustitución de la tradición como modo de transmisión, con base en una serie de críticas «fundadas esencialmente en sus ostensibles defectos como medio publicitario y en la pretendida inseguridad del tráfico que tendría como corolario,

²¹ KIPER, Claudio M.: «Derechos reales y prueba». En: *Derechos reales. Principios, elementos y tendencias*. Heliasta. G. DE REINA TARTIERE, coord. Buenos Aires, 2008, p. 230. Véase también: LESSMANN VERA: ob. cit., pp. 65 y 66, ubica en el sistema que configura al contrato únicamente como título para adquirir la propiedad. En este grupo de marcada influencia romanista nos encontramos con los Códigos Civiles de Alemania, España, Argentina, Chile, Colombia, El Salvador y Puerto Rico (...) En este sistema, la compraventa es solo un título para adquirir, el cual se complementa con un modo –la tradición– para que la propiedad pueda transferirse y por ende adquirirse. Como característica común en este sistema nos encontramos con que la compraventa engendra para el vendedor la obligación de transferir al comprador la propiedad de la cosa, o del derecho vendido.

²² PÉREZ ÁLVAREZ: ob. cit., p. 233.

por el de la inscripción constitutiva»²³, siendo algunas de ellas las que referimos a continuación:

i. Si el derecho real es un derecho subjetivo patrimonial de carácter absoluto, porque tiene eficacia frente a todos, sería necesario que la constitución del derecho coincidiera con su publicidad, pues no parece posible concebir un derecho real «clandestino». ii. La pretendida falta de exteriorización de la tradición no aportaría claridad acerca del porqué de su materialización. iii. La tradición solo podría satisfacer una función publicitaria en pequeñas comunidades, como la de la antigua Roma, con exigua circulación de la riqueza. iv. La tradición como medio de publicidad no se ajusta a las exigencias de la llamada «sociedad de la información», la que requeriría una información amplia y cristalina acerca de las mutaciones jurídico reales, con el objeto de otorgar seguridad jurídica a las operaciones sobre inmuebles; en contraste, se sostiene que los Registros sí serían eficaces para ese cometido. v. Las ventajas de la inscripción constitutiva para la armonización de las realidades registral y extrarregistral. vi. Con el sistema de inscripción constitutiva se tutela a quien actúa de manera diligente y cumple con los deberes impuestos en materia registral²⁴.

Otra parcela de la doctrina argentina sostiene la conveniencia de la subsistencia de la tradición como modo de transmisión del derecho real, con base en los siguientes argumentos:

i. La inscripción constitutiva significa una desnaturalización de los derechos reales que se ejercen por la posesión y no genera la seguridad jurídica que se proclama, sino que constituye una nueva fuente de litigios, con grave desprotección del hombre común, que es quien mantiene una relación directa con la cosa. ii. Con relación a la supuesta función publicitaria de la tradición, se indica que ni en Roma habría procurado esos fines, y que sus incontrovertibles defectos a ese respecto, se diluirían

²³ ALTERINI: ob. cit., p. 17.

²⁴ Vid. ibíd., pp. 17-20.

si se priorizara la mirada en la relación directa entre una persona y una cosa que establece, la que determina la denominada publicidad posesoria.

iii. Respecto de la pretendida eficacia *erga omnes* del derecho real, que según los defensores de la inscripción constitutiva solamente se obtiene con la publicidad registral, se aseveró: «No puede jamás olvidarse que, antes de la “exclusividad” del derecho real (...) se encuentra, como su raíz o sustrato interno (...) la posibilidad de su titular de obtener de la cosa el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona».

iv. En lo referente a la supuesta armonía entre la realidad viva y la registral que se propugna en el sistema de inscripción constitutiva, se contraargumenta que este modo de constitución del derecho real no alcanzaría su objetivo, pues dejaría latente la posibilidad de la configuración de una inexactitud registral.

v. Desde una visión finalista se arguye que no habría ningún fundamento que justificara proyectar los efectos de la inscripción al plano constitutivo del derecho real, dado que los otorgantes no precisarían que se publicite lo que ellos mismos realizaron, pues ya lo conocerían.

vi. Se sostiene que la escisión entre la titularidad del derecho real y la posesión de la cosa que provoca el sistema de la inscripción constitutiva, no solo no coadyuva a la seguridad jurídica, sino que hasta puede dar pie a conflictos entre el poseedor del inmueble y el titular del derecho real, incluso de carácter violento.

vii. Frente a la intención de proteger al hombre diligente de los partidarios del régimen de la inscripción constitutiva, algunos piensan que es mucho más valioso resguardar a quien mantiene una relación de hecho con la cosa aun cuando no satisfaga los extremos «formales», que tutelar a quien despliega la adecuada diligencia en lo formal pero descuida los aspectos sustanciales, tales como el cultivo de la tierra, considerándose que la diligencia formal sería solo una mirada de la temática y que, en ocasiones, estaría sesgada con el único objetivo de resguardar a inversionistas con gran poder económico.

viii. Se ha exaltado la gravitación de la tradición en la integración del derecho real, al menos, en dos perfiles; uno en sentido positivo, ya que antes de ella no se establecería la relación directa con la cosa que hace a la esencia del derecho; y otro en sentido negativo, puesto que al requerir de la tradición para provocar la mutación jurídico real se resguardaría

el fenómeno posesorio, porque no puede haber tradición si hay un contradictor de la adquisición posesoria. Por esta última razón, a través de la tradición se protegerían a los poseedores con interés legítimo. ix. Una parte relevante del territorio argentino esta poseído por personas que no cuentan con titulaciones suficientes o que no tienen posibilidades reales de acceder al Registro, y un sistema de mutación jurídico real debe atender las necesidades de toda la población²⁵.

*1.3. Sistemas abstractos: modelo alemán*²⁶

El artífice de la teoría del contrato real abstracto fue SAVIGNY, quien indicaba que, cuando una persona coloca una moneda en la mano de otra, la transmisión de la propiedad se provocaría sin que sea necesaria la existencia de una obligación precedente. Para el jurista alemán, la justa causa consistiría en la intención de transmitir y adquirir la propiedad, mientras que la única función del negocio obligacional sería la de revelar esa intención; *ergo*, se podría prescindir del negocio obligacional para la transmisión de la propiedad²⁷.

En los llamados «sistemas germánicos», se le atribuye a la inscripción registral un papel fundamental en las transacciones inmobiliarias, de manera que la inscripción registral ocupe el lugar reservado en otros ordenamientos a la

²⁵ *Vid. ibíd.*, pp. 20-24. La citada tesis doctoral de ALTERINI (pp. 28, 402-447 y 448-455), aborda ampliamente la temática bajo examen, con el objeto de «demostrar la conveniencia del mantenimiento de la tradición como modo de transmisión de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión», al considerar que coadyuva enérgicamente con el postulado de la paz social porque: a. evita el conflicto; b. protege al débil jurídico; c. resguarda adecuadamente los derechos del titular del derecho y del adquirente; d. contribuye a que no se generen situaciones inequitativas; e. impide un excesivo apego a los objetos materiales, y estimula el trabajo humano y la producción de riqueza.

²⁶ BLONVAL LÓPEZ: *ob. cit.*, p. 101, en el Derecho alemán priva la teoría intermedia, que surge como una conciliación y con base en la cual se considera imprescindible en la transmisión de los derechos reales inmobiliarios, la inscripción del instrumento traslativo de la propiedad en el registro, con la salvedad de que cuando se trata de la «adquisición de bienes muebles, se hace menester además del acuerdo entre las partes, la entrega de la cosa al adquirente».

²⁷ ALTERINI: *ob. cit.*, p. 70.

traditio o entrega de la posesión, aunque se reconoce que dicha inscripción debe estar precedida de un acuerdo transmisivo abstracto²⁸.

Bajo este esquema se exige la concurrencia de un acuerdo y la inscripción en el Registro Inmobiliario para que pueda operar la transmisión del derecho. A título de ejemplo se suele advertir que la compraventa no transmite la propiedad, en razón de que constituye solamente el negocio causal subyacente. El «acuerdo de transmisión» recibe el nombre de *auflassung* –transmisión formal– y se desliga del «negocio obligatorio», como consecuencia del principio de abstracción causal.

Al referido acuerdo debe sumarse la declaración en el Registro Inmobiliario correspondiente, requiriéndose que las manifestaciones declarativas de las voluntades del transmitente y del adquirente sean simultáneas, que no esté sometida la transmisión a condición o plazo, y que el acuerdo sea anterior a la inscripción²⁹.

PÉREZ ÁLVAREZ sostiene, en cuanto al sistema de mutación jurídico real abstracto, que protege sobre todo al adquirente en aras de la seguridad del tráfico. Fundamenta su aserto en que, si el negocio causal obligacional fuera ineficaz, la transmisión de la propiedad se produciría igualmente y el transmitente solamente tendría a su favor una acción personal por enriquecimiento sin causa³⁰.

Con respecto a este modelo, señala PEÑAILILLO ARÉVALO que «el sistema alemán, del convenio traslativo abstracto –suerte de modo abstracto– notoriamente no ha sido seguido»³¹. GORDILLO CAÑAS cuestiona duramente este sistema, al indicar que en Alemania, pretendiendo servir a la seguridad del tráfico y haciéndose eco de una errada interpretación de las fuentes romanas

²⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., p. 298.

²⁹ ALTERINI, ob. cit., p. 73.

³⁰ PÉREZ ÁLVAREZ: ob. cit., p. 233.

³¹ PEÑAILILLO ARÉVALO: ob. cit., p. 111.

por SAVIGNY, se instauró el complejo y artificioso mecanismo de la transmisión mediante negocio, distinto del obligacional que lo precede, real y abstracto, y que «la pirueta alemana del negocio de transmisión real y abstracto, si llega a lograr la seguridad del tráfico, es tan claramente en contra del buen sentido y de la invencible sensación de la realidad e intuición de la justicia, que hoy, en la misma Alemania, toman progresivamente cuerpo las orientaciones revisionistas»³². MENGER, en tono igualmente crítico respecto al modelo alemán, señala lo siguiente: la propiedad, las servidumbres, el derecho de hipoteca ni se establecen ni se transfieren porque ello sea requerido por las relaciones jurídicas y económicas del caso, sino porque una de las partes ha consignado ciertas formalidades ante el Registro correspondiente de hipotecas en un documento. ¡Que desproporción entre la causa y el efecto! Esto equivale a fundar en el aire todo el edificio de nuestro régimen de propiedad³³.

1.4. Derecho anglosajón

El proceso de transmisión de la propiedad en Inglaterra y Gales se conoce como *conveyancing*, y está dividido en tres etapas:

- i. En primer término, el contrato transmisivo que debe formalizarse por escrito y ser firmado por las dos partes contratantes en dos documentos idénticos, los cuales los intercambian ante la presencia de los profesionales que intervienen en el proceso, y una vez que esto se ha producido, el comprador se convierte en propietario en equidad –*equity*–. La protección de este propietario es precaria, ya que puede ser vencido por un comprador posterior, que llegue a inscribir su derecho en el Registro con anterioridad al otro. Igualmente se debe tomar en cuenta que su *equitable right* queda condicionado al cumplimiento de la obligación de pagar el precio.
- ii. La segunda fase consiste en el pago del precio por parte del comprador y la entrega posesoria por el vendedor –el día en que ello se materializa se le conoce como *the day of completion*–.

³² GORDILLO CAÑAS: ob. cit., p. 28.

³³ MENGER, Antonio: *El Derecho Civil y los pobres*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947, p. 154.

iii. Finalmente, se requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, la cual concede al adquirente el título de propiedad, así como también la protección contenida en la sección 29 de la *Land Registration Act 2002*, convirtiéndolo en invulnerable en caso de que el vendedor hubiese vendido el mismo bien a un tercero³⁴.

1.5. Tendencias actuales

En cuanto a la interrogante acerca de cuál es el modelo que tiende a predominar en las legislaciones, indica PEÑAILILLO ARÉVALO³⁵ que ninguno ha logrado imponerse definitivamente y que se ha ido produciendo una equilibrada dispersión entre la transferencia mediante solo título y el modelo del título y el modo, puesto que el sistema alemán del convenio traslativo abstracto no ha tenido repercusión³⁶. El ordenamiento venezolano se incluye entre los que consagran la operatividad de la transferencia mediante el solo título, o por el simple acuerdo de voluntades entre las partes que celebran el negocio jurídico³⁷. Pero veremos que el consensualismo no es de orden público, por lo que las partes pueden disponer de otras variantes a los fines de la transmisión del derecho real como manifestación de la autonomía de la voluntad. Pues en Venezuela la norma del artículo 1161 del Código Civil es meramente dispositiva o supletoria. De allí que se aluda a una supuesta vuelta al «formalismo»³⁸. Recordemos que el Derecho de Obligaciones se tiene como

³⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., pp. 321-323.

³⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO: ob. cit., p. 111.

³⁶ Véase en sentido contrario: AVELEDO MORASSO, Luis Eduardo: *Las cosas y el derecho de las cosas. Derecho Civil II*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006, p. 167, quien plantea «la famosa teoría del título y modo, tuvo una enorme vigencia entre los civilistas españoles, actualmente está en desuso, siendo la corriente predominante muy similar a la nuestra, mediante el cual el contrato con base al principio del consensualismo es capaz de transmitir derechos reales o personales, pues rige los efectos del consentimiento para la transferencia, aunque la tradición no se haya verificado». De nuestra parte, no nos luce cierto que en tal ordenamiento el modelo del título y modo está en desuso.

³⁷ Véase *infra* N.º 2.

³⁸ Véase *infra* N.º 3.

una herencia del Derecho romano³⁹ aunque en este la relación obligatoria estaba cargada de formalismos⁴⁰.

2. Sistema venezolano

2.1. *El contrato considerado como modo de adquirir la propiedad y otros derechos reales*

El contrato constituye un negocio jurídico de contenido patrimonial por el cual las partes regulan el nacimiento, extinción o modificación de una relación obligatoria, así como de un derecho real. Figura ampliamente considerada en nuestro Código Civil (artículos 1133⁴¹ y ss.) de notable y significativa transcendencia práctica, pues todos somos –aunque en pequeña cuantía– «contratantes» por naturaleza. El contrato nos permite satisfacer nuestras necesidades⁴², las cuales pueden apuntar a la constitución de un derecho real. La finalidad de los derechos reales es amparar la apropiación de la riqueza⁴³. Precisamente, el contrato es el vehículo de circulación de la riqueza. Resulta imposible enumerar la gama infinita de las funciones económico-sociales que cumple el contrato⁴⁴. Siendo el contrato la fuente por antonomasia de las obligaciones, no es difícil concluir su importancia en el ámbito de los

³⁹ LETE DEL RÍO, José M.: *Derecho de Obligaciones. La relación obligatoria en general*. 3.ª, Tecnos. Madrid, 1995, p. 23.

⁴⁰ BERNAD MAINAR, Rafael: *Derecho Civil patrimonial Obligaciones*. T. I. UCAB. Caracas, 2012, p. 17.

⁴¹ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. UCV. Caracas, 1982; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1159 al 1168*. UCV. Caracas, 1981; MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. 5.ª, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, pp. 1-57; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 468-472; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*. CENLAE. Caracas, 2019, pp. 204-215.

⁴² RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Obligaciones*. 3.ª, Librosca. Caracas, 2007, pp. 33 y 34.

⁴³ BOGGIANO, Humberto: «El ámbito de las obligaciones. Fronteras, conflictos de límites y conexiones entre los derechos reales y los derechos personales o de crédito», pp. 221-237, especialmente p. 228, <http://documentos.aeu.org.uy/030/034-5-221-237.pdf>.

⁴⁴ BREBBIA, Roberto H.: *Instituciones de Derecho Civil*. T. I. Juris. Buenos Aires, 2000, p. 340.

derechos reales como modo de adquisición. Se afirma así que «toda adquisición de derechos reales también tiene su origen en las fuentes de las obligaciones»⁴⁵, siendo la más relevante a los efectos del tema que nos ocupa, su fuente por antonomasia, a saber, el contrato. Este se proyecta tanto en el ámbito de los derechos reales como de crédito; su alcance expansivo se hace presente en ambas categorías de derechos patrimoniales.

Al hombre no le basta el ejercicio de los derechos reales para la satisfacción de sus necesidades. Debe recurrir entonces a la utilización indirecta de las cosas, obteniéndolas por intermedio de otra persona –que se obliga a dar, hacer o abstenerse de hacer algo–. Ubicándonos en los derechos de crédito u obligaciones para la satisfacción de necesidades⁴⁶. Recordemos que, en principio, tanto los derechos reales como las obligaciones pueden ser adquiridos mediante las mismas fuentes, siendo la más notoria el contrato. Las obligaciones tienen lugar a través de las «fuentes» que propician su creación, esto es, todo acto o hecho jurídico capaz de originarlas. Sin embargo, acotaba LAGRANGE, no existen en Venezuela mayores diferencias entre el derecho real y el de crédito con respecto a su adquisición mediante contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1161 del Código Civil. Aunque ciertos derechos reales tienen modos especiales de adquisición, como la ocupación, la accesión y la usucapión o prescripción adquisitiva⁴⁷. Con base en dicha norma, el consentimiento por sí solo, a saber, el contrato, basta para transmitir el derecho real⁴⁸.

⁴⁵ ARÉVALO GUERRERO: ob. cit. (*Bienes constitucionalización...*), pp. 678 y 679, «puesto que antes que la adquisición se realice, debió preceder, en la mayoría de los casos, una obligación de dar». Se presenta así una trilogía, compuesta por las fuentes de las obligaciones, la obligación propiamente dicha y el derecho, todo lo cual gira en torno al título.

⁴⁶ ABELIUK MANASEVICH, René: *Las Obligaciones*. T. I. 3.^a, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993, p. 19.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Entre los derechos reales y los derechos de crédito». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 9. Caracas, 2017, p. 65, www.rvlj.com.ve.

⁴⁸ PALACIOS HERRERA, Oscar: *Apuntes de Obligaciones*. Ediciones Nuevo Mundo. Versión taquigráfica de clases dictadas en la UCV, taquígrafo Rafael MALDONADO G. Caracas, 2000, p. 12.

Vale preguntarse por la fuerza del contrato en lo atinente a la transferencia *solo consensu*, a saber, por el simple consentimiento, al margen de la entrega efectiva de la cosa u otra formalidad.

2.2. *El principio de la transferencia o de la constitución de la propiedad y otros derechos reales por el solo consentimiento*⁴⁹

2.2.1. Explicación preliminar

Existen algunos modos de adquirir la propiedad, como la ocupación, la accesión y la usucapión. Pero, salvo la usucapión –que cumple un papel importante desde el punto de vista de la prueba del derecho de propiedad, particularmente en el juicio de reivindicación–, puede afirmarse que se trata de modos de adquirir prácticamente excepcionales. El modo normal por el cual una persona se hace propietario de un bien o titular de otro derecho real sobre un bien, si uno deja a un lado la transmisión por causa de muerte en la hipótesis de la herencia y el legado, es el contrato. El contrato como el de compraventa, permuta⁵⁰, donación, son modos usuales por los cuales se realiza la adquisición entre vivos de la propiedad y de otros derechos reales. La transferencia o constitución del derecho real está subordinada o depende causalmente de la voluntad de las partes expresada mediante el contrato. Pero vale preguntarse: ¿pueden las partes por sí mismas producir la transferencia o la constitución del derecho real?, esto es, ¿constituye la voluntad contractual un modo de adquirir la propiedad?

El artículo 1161 del Código Civil dispone: «En los contratos que tienen por objeto la trasmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se

⁴⁹ Las líneas que siguen están inspiradas en las ideas desarrolladas en clase por el Dr. LAGRANGE (*Apuntes de Derecho Civil II bienes y derechos reales*). La exhaustividad y claridad con que explicaba, impone que sus planteamientos sean difundidos, en un tema de tanta importancia, según indicamos en la introducción.

⁵⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La permuta: un arcaico contrato de incidencia cotidiana». En: *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N.º 10 bis. IDIBE. Valencia, 2019, pp. 196-237.

transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado». Dicha norma consagra el principio del consensualismo⁵¹, heredado del sistema franco-italiano⁵², en virtud del cual la sola voluntad de las partes es suficiente para transmitir la propiedad de la cosa, al margen de la tradición o entrega de la cosa⁵³. Recordemos que la entrega de la cosa es característica de los contratos «reales» por oposición a los «consensuales», en que la transmisión del derecho real opera por el solo consentimiento⁵⁴.

De manera que la disposición establece el principio de la transferencia *solo consensu* –por el solo consentimiento– de la propiedad y otros derechos reales. Así como la voluntad de las partes expresada en el contrato, es todopoderosa para crear vínculos de obligaciones, relaciones de naturaleza obligatoria sin ninguna formalidad ni tradición, así mismo en el ámbito de la propiedad y otros derechos reales, la voluntad contractual es necesaria y suficiente para, sin necesidad de acudir a la entrega de la cosa a la cual el contrato se refiere, determinar que la propiedad de la cosa o la constitución de un

⁵¹ Véase: FORTICH, Silvana: «*Solus consensus obligat*: principio general para el Derecho privado de los contratos». En: *Revista de Derecho Privado*. N.º 23. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012, p. 179, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3307/3456>, «En materia de Derecho de los contratos el *solus consensus obligat* implica que, en principio, los contratos se forman por el solo consentimiento de las partes y los modos para su exteriorización son libres. En la actualidad la palabra “consensualismo” se encuentra casi forzosamente precedida por el sustantivo descriptivo “principio”, lo que indica que el carácter de principio del consensualismo es un asunto que se entiende natural, obvio y bastante arraigado en las bases de nuestro Derecho privado de los contratos»; DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 1-20; CORTEZ PÉREZ: ob. cit.; LARROUMET, Christian: *Teoría general del contrato*. Vol. I. Temis. Trad. J. GUERRERO R. Bogotá, 1999, pp. 407 y ss.

⁵² Véase: BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo: *La Obligación (concepto, estructura y fuentes)*. Editorial Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1989, p. 22, que por oposición al sistema alemán, supone que el sistema latino prescinde de la tradición y la transferencia de la propiedad tiene lugar por el simple consentimiento.

⁵³ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

⁵⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 478 y 479.

derecho real sobre ella se produzca como efecto del propio contrato. Así pues, el contrato, amén de servir para crear obligaciones, sirve y tiene enorme importancia práctica como medio de transmisión de creación de la propiedad y otros derechos reales⁵⁵. El artículo 1141 del Código Civil, al enumerar los requisitos de existencia del contrato y no hacer mención a la forma, consagra implícitamente la doctrina de que para que exista el contrato basta el puro consentimiento. Por lo que los contratos reales o los solemnes son excepcionales, contrariamente a lo que ocurría en el Derecho romano⁵⁶. Surge así el principio del consensualismo, regla propia del Derecho moderno, según la cual los contratos se perfeccionan mediante el simple consentimiento de las partes, sin necesidad de que se exija ninguna ritualidad o forma⁵⁷.

2.2.2. Evolución del principio⁵⁸

i. Introducción: La doctrina resume la evolución del principio en materia de compraventa⁵⁹. Desde la más remota antigüedad se les conoció a los contratantes la posibilidad de obligarse, de crear entre ellos obligaciones, pero con la condición de someterse a un formalismo riguroso. Al término de una evolución muy larga fue cuando se atribuyó un efecto real al contrato, es decir,

⁵⁵ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

⁵⁶ MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), pp. 41 y 42, donde el principio dominante era el formalismo.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 41.

⁵⁸ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*). Véase también: LESSMANN VERA: ob. cit., pp. 61-64.

⁵⁹ Véase: BERNAD MAINAR, Rafael: *Contratación civil en el Derecho venezolano*. T. 1. UCAB. Caracas, 2012, p. 71, «En las legislaciones históricas la evolución de la compraventa apunta tres fases bien diferenciadas: la compraventa real o manual, propia del Derecho romano primitivo, en cuya virtud se produce un cambio inmediato de mercancía por dinero expresado a través de la entrega de la cosa mediante un procedimiento solemne –*mancipatio*– o no solemne –*traditio*–; la compraventa consensual y productora de obligaciones, propia del Derecho romano clásico y del Derecho moderno, que se perfecciona por el mero consentimiento, pero para transmitir la propiedad requiere la entrega de la cosa; y la compraventa consensual y traslativa del dominio, propia de los Derechos francés e italiano, en la que el mero consentimiento entre las partes no solo perfecciona el contrato sino que también genera la transmisión de la propiedad».

que se llegó a la consecuencia de permitir a la voluntad por sí sola producir el efecto de transferir la propiedad u otro derecho real o de constituir un derecho real distinto de la propiedad. Durante largo tiempo la transmisión no se verificaba sino por un modo apropiado, que consistía en la entrega de la cosa por el enajenante al adquirente, es decir, por la tradición⁶⁰ –la misma tradición que actualmente el artículo 1161 del Código Civil descarta por considerarla innecesaria para que el contrato produzca su efecto de transferencia o de constitución–.

Refería LAGRANGE que durante largos siglos tuvo lugar, por lo tanto, entre los juristas, una resistencia para dotar al contrato de un efecto real de transmisión o constitución inmediata, y esa resistencia se explica por dos razones: en primer término, por la confusión que existió durante largo tiempo entre el derecho de propiedad con la cosa que constituye su objeto; los conceptos de propiedad y de posesión estaban mal precisados; no se concebía la transmisión de la propiedad de una cosa, sin la entrega de la misma. Incluso en el lenguaje corriente de hoy, esa confusión todavía está latente, como se advierte cuando uno emplea expresiones como: «esta cosa es mía», que refiere uno directamente a la cosa cuando en verdad lo propio desde el punto de vista jurídico sería: «tengo un derecho de propiedad sobre esta cosa», en el sentido de que no es la cosa en sí lo que se tiene, es un poder jurídico sobre ella que se llama «propiedad», y que es el que nos permite afirmar que esa cosa es nuestra. Y la segunda razón era la consideración de que la transferencia de la propiedad de un bien, con prescindencia de la entrega de la cosa, queda como desconocida, que cuando se prescinde de la tradición, se crea el riesgo de comprometer los derechos de terceros que, no habiendo tenido conocimiento de la transferencia, pudieran llegar a contratar con quien ya no es el propietario, con el que tiene la cosa en su poder. Por esas dos razones se explican las restricciones acotadas históricamente al principio de la transferencia *solo consensu* que hoy consagra nuestro artículo 1161 del Código Civil.

⁶⁰ Acotaba LAGRANGE que *tradir* es entregar. Hacer la «tradición» es poner al adquirente en posesión del objeto al cual se refiere el contrato de transferencia.

En Roma, el contrato era la única figura capaz de crear obligaciones; al principio cargado de formalismos que fueron atenuados con el tiempo, especialmente en la Edad Media, donde se alude al principio consensualista⁶¹. Veamos, brevemente, la explicación histórica que nos ofrecía LAGRANGE.

ii. Derecho romano⁶²: En el Derecho romano la voluntad de las partes era por sí sola impotente para producir la transferencia de la propiedad, la voluntad de las partes era necesaria pero insuficiente, para constituirse en la justa causa de la transferencia. Pero la transferencia misma no se realizaba sino mediante la entrega de la cosa. Una entrega rodeada de solemnidades especiales: la *mancipatio*, la *in iure cessio*, para las *res Mancipi* que eran las socialmente más importantes y la simple *traditio*, es decir, la simple tradición para las cosas de importancia social inferior: las *res nec Mancipi*⁶³.

Los modos solemnes para producir la transmisión del derecho fueron abandonados en el Derecho romano desde la época clásica y entonces la tradición, la simple *traditio*, sirvió para realizar la transmisión de la propiedad de toda clase de cosas. De tal manera que en esencia, lo característico del Derecho romano era lo siguiente: la transferencia de la propiedad exigía primero un contrato y en segundo lugar una tradición. Sin la tradición o entrega no se

⁶¹ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), el formalismo romano tuvo lugar cuando Roma era una ciudad pequeña. Pero luego Roma se hizo un pueblo conquistador, se convirtió en una ciudad mercantil donde el formalismo era incómodo ante tales situaciones. Con ello, se admitieron cuatro contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad. Y conocieron también la figura de los contratos innominados.

⁶² LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*). Véase también: DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., p. 2, en el Derecho romano la teoría del título y el modo nace como una interpretación de los textos referidos a la tradición causal como instante decisivo de la transferencia de propiedad de las cosas, es así que establecía que la propiedad no era transmisible por efecto de la compraventa, de ella solo nacerían obligaciones, de modo que, para la traslación del dominio se necesita de un acto material adicional.

⁶³ Véase: BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación civil...*), p. 72, la compraventa romana nunca constituyó un modo adquisitivo del derecho real de propiedad, sino que esta más bien se adquiriría por los modos de adquisición derivativos tradicionales, como la *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio* o *usucapio*.

concretaba el contrato. En caso de una compraventa, por ejemplo, el vendedor tenía la obligación derivada del contrato de efectuar la entrega de la cosa, pero, a pesar de haber celebrado el contrato, el vendedor seguía siendo propietario hasta el momento de la tradición. Pero, como es comprensible, ese es un sistema que podía funcionar sin ninguna dificultad mientras el pueblo romano fue un pueblo atrasado, primitivo, un pueblo de agricultores. Pero con la evolución histórica vino la época de la gran expansión del pueblo romano como pueblo conquistador y al crecer la importancia política y económica de Roma y particularmente con la creación del Imperio romano –que era para aquél tiempo extensísimo– entonces comenzó a cobrar gran importancia lo que hoy llamamos el comercio, las operaciones comerciales, las cuales necesitaban de rapidez, por lo que el requisito de la solemnidad y de la tradición constituían una traba para el rápido desarrollo de las obligaciones mercantiles. El desarrollo del comercio condujo a una necesidad de orden práctico, que es –y ha sido– siempre el gran motor de las reformas legislativas; esa necesidad de rapidez de las operaciones mercantiles condujo a los juristas a flexibilizar, a facilitar el requisito de la transferencia, es decir, los condujo a desmaterializar la tradición. Esto fue precisamente, ya en Roma, el punto de partida de la evolución que continuaría con la formulación de la regla fundamental que hoy recoge nuestro Código Civil en el artículo 1161⁶⁴.

Los romanos mantuvieron el principio de que la transferencia de la propiedad sobre las cosas no se produce mediante el solo pacto entre las partes, llegaron, sin embargo –manteniendo oficialmente el principio–, prácticamente a eliminar el requisito material de la tradición –entrega efectiva de la cosa– y a asimilarla a la entrega de un objeto que simbolizara la cosa, como por

⁶⁴ Véase: *ibíd.*, p. 73, dada la función económica de la compraventa se exigía que fuera accesible para todos como que recayera sobre todos los bienes. Aun así, la evolución progresiva del contrato tiende a superar tales escollos y lograr con ello que el vendedor no solo pudiera transmitir la posesión, sino también la propiedad con carácter definitivo, razón por la cual la vieja regla en cuya virtud el vendedor solo se obligaba a transmitir la posesión quedó reducida a un dogma más formal que real. Así pues, la compraventa que se presenta en Roma de forma más elaborada, fue un contrato consensual por el cual el vendedor se obligaba a transmitir al comprador la posesión de una cosa y mantenerlo en el goce pacífico de la misma a cambio de una suma de dinero.

ejemplo, las llaves del depósito en el cual se encontraba el vino vendido, se entendía que se había producido la tradición de las garrafas de vino con el hecho de hacer entrega de las llaves del inmueble, aunque el vino estuviera depositado y eso se llama «tradición simbólica». La tradición simbólica tuvo lugar igualmente en materia de inmuebles, cuando en lugar de forzar al adquirente de un fundo a tomar realmente posesión efectiva del inmueble o al menos recorrer el inmueble que él entendía adquirir, se admitió que bastara que el enajenante indicara al adquirente desde un lugar elevado cuáles eran los límites del fundo que el adquirente entendía adquirir, y se dijo entonces que la propiedad se transfería mediante una tradición de *longi manu* que era una forma también de tradición simbólica⁶⁵.

Y en una época más avanzada aun de la evolución del Derecho romano, durante la etapa del bajo Imperio, la tradición simbólica operaba de una manera todavía más simple, mediante la mera entrega de los títulos de propiedad, y se hablaba entonces de la *traditio per cartam*, o de la *traditio instrumentum*. De todas estas figuras hay reminiscencias específicas en el Código Civil. Finalmente, en el Derecho romano se utilizaron dos procedimientos en los cuales se producía lo que modernamente se denomina una «tradición consensual», en la cual no intervenía ningún elemento material. Las dos formas de tradición consensual fueron: la *traditio brevi manu* o tradición de mano breve, mediante la cual el adquirente detentador transformaba el título de su poder sobre la cosa mediante la adquisición del derecho real sobre ella y así se convertía en propietario sin necesidad de ninguna tradición material. Y la otra forma de tradición consensual fue la del *constitutum possessorium*, figura inversa a la anterior mediante la cual el enajenante conservaba la cosa, pero ya no como poseedor, sino como intermediario en el ejercicio de la posesión que venía a recaer en cabeza de otra persona, en la persona del adquirente, y así el sujeto se mantenía en una relación de poder inmediato con la cosa, pero ya no a título de propietario sino a título de arrendatario⁶⁶.

⁶⁵ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

⁶⁶ Ibíd. DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., p. 3, es evidente que la tradición se fue espiritualizando, de tal forma que terminó por admitirse una amplia cantidad de mecanismos ficticios de entrega, sin traspaso posesorio.

Se dice también que, visto que la compraventa en particular era un contrato de buena fe, las partes podían incluir los pactos que a bien tuvieran. Por lo que en dicho contrato se dio inicio a una multiplicidad de cláusulas accesorias que abonaron a favor de la libertad contractual⁶⁷. Se admite así que, aun dentro del Derecho romano, están presentes elaboraciones más sensibles al perfil del acuerdo, como en el texto de las *Instituciones* de GAYO relativo a los contratos consensuales, y permiten tener debida cuenta de todos los matices posibles⁶⁸.

iii. Antiguo Derecho francés⁶⁹: Refería LAGRANGE que Francia se caracterizó por estar dividida en dos regiones en lo que a sistema jurídico se refiere: las regiones del sur de Francia donde el sistema jurídico prevaleciente era el derivado del Derecho romano, y las regiones del norte de Francia donde predominaba más bien el Derecho de raigambre germánica, el Derecho de las tribus bárbaras, que al invadir impusieron sus propias prácticas, sus propias concepciones jurídicas. Ninguna comparación podía haber, por supuesto, entre los refinamientos del Derecho romano por contraste con el Derecho de las tribus bárbaras, de los guerreros invasores, Derecho primitivo, consuetudinario. En las provincias francesas de Derecho consuetudinario la evolución fue lenta por influencia precisamente de las ideas germánicas. El Derecho germánico estaba aferrado a la observancia de una serie de formalidades, así como en su tiempo el Derecho romano fue un Derecho primitivo y mientras más primitivo más aferrado a las formalidades para producir efecto jurídico.

Con el renacer del Derecho romano, la tradición fue reemplazada también en las regiones de Derecho germánico, por la tradición simbólica. Y entonces para producir la transferencia de la propiedad de una cosa, bastaba con hacer la entrega de las llaves o de un anillo; bastaban objetos que representaban un poder sobre una cosa o aun la entrega de títulos de propiedad, la entrega de un acta de enajenación o la entrega de la pluma del notario que había

⁶⁷ Véase: BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación civil...*), pp. 74 y 75.

⁶⁸ Véase: SCHIPANI, Sandro: «Un Código de las Obligaciones para América Latina. Releer los digesta de Justiniano». En: *Revista de Derecho*. N.º 35. TSJ. Caracas, 2014, pp. 255 y 256.

⁶⁹ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

servido para la redacción del documento de enajenación. Y se utilizó también el antiguo *constituto posesorio*, pero era necesaria la redacción de un escrito, de un acta notarial, en la cual se llegó a indicar como algo normal que la entrega había sido hecha, pero se trataba en la normalidad de los casos de una cláusula mentirosa. Se decía en el acta que la tradición había sido hecha no siendo verdad, de modo que la tradición, posteriormente, se fue convirtiendo en una mera mención establecida en el acta del notario y, con el tiempo, todavía la mención de la entrega en el acta llegó a parecer inútil, pasó a considerarse como sobreentendida. Así pues, produciéndose la evolución, que fue apresurada, luego con la entrada en materia jurídica de las ideas del Derecho natural, de los autores iusnaturalistas, con arreglo a los cuales se afirmaba que la propiedad era algo distinto de la transmisión de la cosa –distinguiendo la propiedad del derecho y la posesión el poder de hecho sobre la cosa–, el derecho de propiedad podía transmitirse por el solo consentimiento. Esto, naturalmente, daba a los autores partidarios de eliminar el requisito de la tradición o entrega para producir la transferencia de la propiedad, un argumento fuerte.

Esta evolución concernía más particularmente a los inmuebles, la tradición de los bienes muebles era más fácil de realizar, pues ofrecía apenas dificultades. Sin embargo, el desarrollo del comercio hacía necesaria la transferencia, antes de toda desposesión por parte del transferente, del enajenante. De tal manera que los autores y los juristas llegaron a aplicar el principio tanto a muebles como a inmuebles. Se admite de una manera muy liberal la práctica de las tradiciones simbólicas, lo cual era reconocer de una forma más o menos solapada a la voluntad del enajenante, la virtud de producir la transferencia del derecho sin necesidad de hacer la entrega de la cosa. Empero, todavía en la etapa inmediatamente anterior a la codificación francesa, ciertos autores, como POTHIER –a quien se le atribuye la definición de la posesión⁷⁰–, seguían apegados a las ideas romanas –formalistas, de la tradición, lo mismo en cuanto a muebles que en cuanto a inmuebles–. Tan fuerte era

⁷⁰ Ídem., es la única norma del Código Civil redactada empleando un tono familiar, es como si hubiera un diálogo, un coloquio, y esta explicación es que la definición del artículo 771 es fundamentalmente de un libro de doctrina al modo como se escribía en el siglo XVII, es la definición de POTHIER.

todavía la tradición romana y la influencia de un autor como POTHIER, que en las vísperas de la Revolución francesa muchos autores todavía afirmaban la necesidad de la entrega, para operar la transmisión de la propiedad. No obstante, la práctica notarial de los redactores de los documentos había ido admitiendo tantas atenuaciones al principio de la necesidad de la tradición, que la tradición no consistía realmente para aquel tiempo en una formalidad verdadera, sino en un mero gesto, o bien consistía en una cláusula que los franceses han llamado «cláusula mentirosa» incorporada en los documentos de enajenación —porque afirmaba que la tradición se había cumplido cuando en la práctica nada había sucedido⁷¹.

iv. Código Civil francés⁷²: En el Código francés⁷³ se encuentra el terreno abonado para dar el paso definitivo de la regla romana de tradición, a la regla del solo consenso o del solo consentimiento de las partes expresado en el contrato, para producir la transferencia de la propiedad o la constitución de otros derechos reales. De tal manera que puede decirse que los autores del Código Civil francés no innovaron, solo confirmaron las soluciones generalmente admitidas en el Derecho del antiguo régimen, en el Derecho de la monarquía absoluta con la cual culminó la Revolución francesa y que ya venía contraponiéndose a lo largo de la evolución histórica al Derecho romano. Se redacta el Código Civil francés y se introduce en el artículo 1138⁷⁴, del cual nuestro

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

⁷³ Ídem. El Código Civil francés de 1804 es el producto de un hijo de la Revolución francesa como el mismo se llamaba: Napoleón BONAPARTE, que amén de ser un hombre de guerra, fue un individuo genial que tuvo una participación importante a nivel jurídico, por ser el gran motor de la última etapa de la codificación. Fue gracias a la voluntad dictatorial de Napoleón, que se redactó en poco tiempo el Código Civil, que posteriormente constituido ya en emperador de los franceses llevó su nombre, el nombre oficial que todavía se conserva es Código Napoleón.

⁷⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., p. 301, el artículo 1138 del Código Civil, según el cual la obligación de entregar la cosa surge desde el consentimiento de las partes. Y el artículo 1538, según el cual la venta es perfecta entre las partes y la propiedad se transmite al adquirente desde que hay acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada y el precio pagado.

artículo 1161 Código Civil es una traducción más o menos fiel, pues refieren sustancialmente lo mismo. El Código Civil francés da el gran paso al consagrar que, por la sola voluntad contractual, se descarta de manera categórica y expresa el requisito de la tradición o viejo principio de la tradición romana y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente aunque la tradición o entrega no se haya verificado. Allí está rota la vinculación con el sistema romano a partir de una norma clara e inequívoca. Y todavía en el momento de la codificación, algunos juristas franceses se asombraron de que entre los modos de adquirir la propiedad no hubieran colocado los redactores a la tradición, a lo que respondieron otros autores, que la tradición no es un modo de adquirir, la tradición o entrega es solamente un modo de ejecutar un contrato que ya de por sí ha producido el efecto adquisitivo. Esa es la trascendencia de nuestro artículo 1161 del Código Civil, el cual no es algo caprichoso, sino que proyecta una tradición de siglos⁷⁵, por contraste con otros ordenamientos⁷⁶.

De allí surge el modelo francés de transmisión de la propiedad *solo consensu*, que se formula por primera vez en el Código Civil y se traslada a otros Códigos redactados bajo su influencia, como el italiano, el portugués o el belga. En tal modelo no se distingue entre los efectos de la prestación del consentimiento y los efectos reales del contrato. La perfección del contrato coincide con el efecto transmisivo, de modo que el comprador deviene en propietario en ese mismo momento. Solo resta que se haga la entrega posesoria, que no tiene el mismo sentido que la *traditio* romana, sino una mera entrega⁷⁷. Por ese efecto

⁷⁵ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

⁷⁶ Véase: BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación civil...*), p. 76, en el Derecho moderno, aun cuando el Código Civil francés y el italiano nos presentan una compraventa consensual y traslativa del dominio, a cuyo modelo se adscribe el Derecho venezolano, otros Códigos, entre ellos el español y el alemán, se pronuncian más bien por una compraventa consensual, pero no traslativa por sí misma de la propiedad de la cosa vendida. En todo caso, frente a lo que sucedía en ordenamientos jurídicos pretéritos, que consideraban el fin de la venta como la transmisión de una cosa en su realidad material, el Derecho moderno pone de relieve como finalidad principal el contrato de transmisión de la propiedad de la cosa vendida.

⁷⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., p. 300.

transmisivo, el vendedor pierde las prerrogativas del propietario, no pudiendo disponer ya del referido bien porque no forma parte de su patrimonio⁷⁸.

Se afirma que, a partir del Código Civil francés, el consensualismo constituía el triunfo de la autonomía de la voluntad, que no precisaban las partes de formalidad o actividad adicional distinta a la voluntad para la transferencia del derecho⁷⁹. Este nuevo sistema francés consagró el consentimiento entre las partes contratantes, como único requisito necesario para el desplazamiento de la propiedad a favor del comprador⁸⁰. Recordemos que la reforma del Código Civil francés de 2016 no varió sustancialmente el punto⁸¹.

2.2.3. Las disposiciones del Código Civil venezolano⁸²

i. Introducción: Desde 1873, seguimos la concepción del Código Civil italiano de 1865 que ve el contrato como una forma para constituir relaciones obligatorias. Surge el dogma de la voluntad como fuente de obligatoriedad del contrato⁸³. El Código Civil venezolano afirma sin ambigüedad el principio

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 301, no puede ser embargado por sus acreedores sino por los del adquirente.

⁷⁹ DONAIRES SÁNCHEZ: *ob. cit.*, pp. 4 y 5, «protegía fundamentalmente a los adquirentes convertidos en propietarios de manera inmediata. En tal sentido, pues, el principio consensualista es adoptado, en su origen, por ver en él un triunfo de la voluntad, esto es, de la libertad del ser humano, y como un mecanismo simplificado y práctico. Fue recién con el Código francés de 1804 que se origina un punto de quiebre con respecto al Derecho romano y marca el triunfo de la autonomía de la voluntad frente al formalismo jurídico, de manera que protegía fundamentalmente a los adquirentes convertidos en propietarios de manera inmediata».

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 5, no se necesitaba la tradición de la cosa, ni el pago del precio, ni formalidad externa alguna. Fue el triunfo de los prácticos del Derecho y también de los iusnaturalistas.

⁸¹ Véase: artículo 1196: *supra* N.º 1.1.

⁸² LAGRANGE: *ob. cit.* (*Apuntes de Derecho...*).

⁸³ Véase: MÉLICH-ORSINI: *ob. cit.* (*Doctrina general...*), pp. 8-14, en Roma no se concibió el contrato como una categoría abstracta y abierta sino a través de una forma típica. Roma fue formalista (*estipulatio*) y luego surge el consensualismo, a la par que el cristianismo introduce la ética.

de la transferencia y la constitución de la propiedad u otros derechos reales por el simple consentimiento⁸⁴.

El artículo 796 del Código Civil, relativo a los modos de adquirir, en el segundo párrafo dispone: «la propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por ley, sucesiones y por efecto de los contratos». Pero, sobre todo, el artículo 1161 es el que consagra que el consentimiento de las partes, el intercambio o entrecruzamiento de las voluntades del enajenante y el adquirente sirve para producir por sí solo el efecto adquisitivo, y también puede revisarse a título ilustrativo disposiciones tales como los artículos 1487, 1488, 1489 y 1490 *eiusdem*.

LESSMANN refiere una inconsistencia en Venezuela, pues, a su decir, la norma especial de compraventa del artículo 1474 del Código Civil⁸⁵, que consagra la obligación a cargo del vendedor, de transferir la propiedad, no se compadece con el mentado principio del artículo 1161⁸⁶, respondiendo a dos momentos históricos distintos⁸⁷. Modernamente, BERNAD MAINAR aclara, con acierto,

⁸⁴ Véase: MAZEAUD, Henri *et al.*: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte III, vol. III (Los principales contratos). EJEA. Trad. L. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Buenos Aires, 1974, p. 39, la aplicación del consensualismo en la compraventa, supone que, salvo excepciones, el consentimiento del vendedor y del comprador es suficiente en principio, para unir a las partes en ausencia de toda formalidad. La redacción de una escritura notarial o inclusive privada es innecesaria para su validez. La entrega de la cosa o el precio tampoco es requisito para la validez del contrato, pues la compraventa no es un contrato solemne, ni un contrato real.

⁸⁵ «La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio».

⁸⁶ Véase: LESSMANN VERA: *ob. cit.*, pp. 71 y 82, cuál es la verdadera razón histórico-jurídica que explique por qué nuestro Código Civil, en su artículo 1474 –copiado del artículo 323 del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones–, incluye como elemento esencial en la definición del contrato de compraventa la obligación, a cargo del vendedor, de transferir la propiedad, que no está acorde con el principio recogido en nuestro ya famoso artículo 1161 que consagra la transferencia de la propiedad y de cualquier otro derecho real por el simple juego de los asentimientos de las partes en vía contractual.

⁸⁷ Véase: *ibid.*, p. 72, explica que nuestro primer Código Civil de 1862 se inspiró en el Código Civil chileno de Andrés BELLO, que consideraba la tradición como un modo

que el citado artículo 1474 en materia de compraventa ha de complementarse con el referido principio de la transmisión *solo consensu* consagrado en el artículo 1161⁸⁸. Y es que mal podría pretenderse que la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento, releva al vendedor de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, y lo mismo vale decir del comprador.

De allí que el principio consensualístico debe ser entendido, entonces, como la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad. Para ello, no solo no necesita de la obligación, sino que debe prescindir de ella, tal y como lo hace el artículo 1376 del Código italiano de 1942⁸⁹. Para el autor peruano FERNÁNDEZ CRUZ, la voluntad no puede ser título y modo⁹⁰. Es decir, el cumplimiento de las respectivas obligaciones entre comprador y vendedor no le quita el carácter *solo consensu* a la compraventa.

de adquirir la propiedad, siendo el Código Civil de 1867 (artículo 888) el primero que consagró la transferencia de la propiedad por vía consensual inspirado en el Código francés (artículo 1583), la norma comienza por establecer que la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad, y que la propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo, desde que el deudor queda obligado a su entrega.

⁸⁸ Véase: BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación Civil...*), p. 77, el artículo 1474 del Código debe complementarse con el artículo 1161, pues la compraventa es un claro ejemplo de contratos traslativos del dominio que se perfeccionan con el solo consentimiento.

⁸⁹ FERNÁNDEZ CRUZ: ob. cit., p. 173, la legislación y la doctrina peruana, sin embargo, se ha mantenido fiel a la interpretación francesa del principio consensualístico y a la noción clásica romana de que el contrato solo crea obligaciones.

⁹⁰ Ídem., nosotros, con todo el respeto que nos merecen los juristas de la generación inmediatamente anterior a la nuestra, no podemos compartir tal posición, y es que afirmar, por ejemplo, que en la transferencia de la propiedad inmueble, el contrato representa al título de adquisición y la cesión al modo de adquisición, no es sino otra ficción jurídica conceptualmente inexacta, desde que la voluntad no puede cumplir el doble rol de título y modo, dado que es absolutamente ineficaz como signo de reconocibilidad social; DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 13 y 14, cita a CLÍO, que en comparación con otros sistemas de transferencia de propiedad inmueble en el Derecho comparado, el artículo 949 del Código Civil peruano no establece ningún requisito adicional para la transferencia de la propiedad, operando este efecto de manera automática; por ello, destaca que, nuestro Código ha optado por el principio consensualista.

La consensualidad también se evidencia en materia de cesión de créditos, según se deriva del artículo 1549 del Código Civil⁹¹, así como en la cesión de contrato⁹². En cuanto a los riesgos, el artículo 1161 del Código Civil consagra el principio *res perit domino*, esto es, la cosa perece para su dueño, pues la consensualidad permite ser propietario con el mero consentimiento y partir de tal, se asume el riesgo de la pérdida de la cosa⁹³. La perfección del contrato determina no solo la transmisión de la propiedad, sino también la transmisión de los riesgos a favor del adquirente, quien se verá igualmente obligado a pagar el precio⁹⁴. En materia de compraventa ello se ratifica en el artículo 1494 del Código Civil⁹⁵. Pero recordemos que lo atinente a los riesgos no es de orden público, y las partes pueden pactar algo distinto por aplicación de la autonomía de la voluntad⁹⁶.

ii. Casos de transferencia diferida de la propiedad u otros derechos reales⁹⁷: En principio, la propiedad y otros derechos se transfieren por el acuerdo de voluntades, a saber, por el consentimiento del enajenante y el adquirente.

⁹¹ «La venta o cesión de un crédito, de un derecho o de una acción son perfectas, y el derecho cedido se transmite al cesionario, desde que haya convenio sobre el crédito o derecho cedido y el precio, aunque no se haya hecho tradición. La tradición se hace con la entrega del título que justifica el crédito o derecho cedido».

⁹² Véase: RODNER S., James Otis: *La transferencia del contrato (INIDROIT, Art. 9)*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2014, pp. 37 y 127; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), p. 309.

⁹³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 609 y 610; BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación Civil...*), p. 78, la propiedad se transmite por el mero consentimiento y, a partir de ese momento, los riesgos serán asumidos por el comprador, ahora ya propietario, incluso aunque no se realice la entrega de la cosa, en virtud del viejo apotegma romano *res perit domino*.

⁹⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., p. 301, aunque si la pérdida es imputable al vendedor este debe responder.

⁹⁵ «La cosa debe entregarse en el estado en que se halle en el momento de la venta. Desde el día de la venta todos los frutos pertenecen al comprador».

⁹⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), p. 610; MÉLICH-ORSINI: ob. cit. (*Doctrina general...*), p. 808; ANNICCHIARICO, José: «El riesgo del contrato». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 13-II (Homenaje a James Otis RODNER S.). Caracas, 2020, pp. 427 y ss.

⁹⁷ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

El consentimiento produce la transferencia o constitución del derecho. Sin embargo, esta regla tiene ciertas excepciones, pues a veces esa transferencia o esa constitución están diferidos en virtud de algunas circunstancias, por las cuales la transferencia no tiene lugar de manera inmediata, sino que queda entonces postergada hasta un momento posterior a la constitución del contrato⁹⁸. Veamos cuáles son las principales excepciones:

a. La voluntad de las partes: la norma del artículo 1161 no es de orden público, esa es la regla del principio, el efecto real del contrato se produce por el solo acuerdo o voluntad de las partes. Pero, precisamente, la voluntad de las partes puede disponer algo distinto, pues pueden introducir en el contrato de enajenación un pacto mediante el cual modifiquen el efecto normal del contrato y difieran el efecto traslativo para un momento posterior. Por ejemplo, las partes pueden supeditar la transferencia de la propiedad al otorgamiento del documento registrado de enajenación y, aun cuando se haya expresado mediante documento autenticado, pueden incluir en tal instrumento una cláusula por la cual dispongan que la transferencia solo tendrá lugar en el momento del registro de este documento, que será, por ejemplo, cuando el comprador pagará el precio, allí la voluntad de las partes difiere el momento de la adquisición⁹⁹. De allí que se aluda a una vuelta al formalismo por

⁹⁸ Véase: ídem., a veces ocurre que la sola actividad volitiva y declarativa no es suficiente para producir esa transferencia, sino que se precisa una cierta actividad de orden jurídico o material, un comportamiento del deudor para que la transferencia efectivamente se produzca, esto es, la necesaria realización de un evento adicional. Entre tales, la doctrina cita la voluntad de las partes, la venta de la cosa futura, de cosas genéricas, venta con reserva de dominio, el caso de la venta alternativa, el artículo 27 de la Ley de Fideicomiso; SUE ESPINOZA, Carmen: *Lecciones de Derecho Civil III*. T. I. UC. Valencia, 2011, pp. 87 y 88, cita entre los ejemplos: cuando en el contenido de la convención se ha establecido que la transmisión de la propiedad ocurra en un momento posterior al perfeccionamiento de la misma; cuando por disposición legal se adquiere la propiedad al pago de la última cuota, lo cual está previsto en la Ley sobre Venta con Reserva de Dominio (artículo 1); la venta de cosa fungible sometida a peso, cuenta o medida (artículo 1475 del Código Civil). Aunque esta última hipótesis es criticada a decir de la autora, toda vez que todavía no se ha perfeccionado la venta, si la cosa fungible no ha sido contada, pesada o medida (véase: íbid., pp. 88-91).

⁹⁹ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

aplicación de la autonomía de la voluntad¹⁰⁰. Se alude a la denominada cláusula de «reserva de propiedad»¹⁰¹.

b. La venta con reserva de dominio es otro ejemplo más práctico y tangible de aplicación diaria. La Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio, que lleva esa denominación precisamente porque una vez celebrado el contrato de venta, la transferencia de la propiedad no se produce inmediatamente, sino que se estipula en el contrato que la transferencia de la propiedad, quedará diferida hasta el momento en que el comprador pague todo el precio o una cierta cantidad de las cuotas en que ha sido dividido ese precio. En el contrato de compraventa con reserva de dominio la transferencia de la propiedad de la cosa depende de una condición, de un acontecimiento que en el momento de la celebración del contrato es un hecho futuro e incierto, porque en ese instante no se sabe con certeza si el comprador llegará a pagar todo el precio o llegará a pagar una cierta cantidad de cuotas del precio, puede que suceda así y la transferencia tenga lugar y puede que no suceda así y la transferencia se produzca nunca, sino que por el contrario, el incumplimiento del comprador llegue a determinar que el contrato de venta quede resuelto, destruido, y la propiedad de la cosa nunca pase del vendedor al comprador¹⁰².

¹⁰⁰ Véase *infra* N.º 3.

¹⁰¹ Véase respecto a Argentina: ALTERINI: ob. cit., p. 49, durante la vigencia del Código Napoleón, la doctrina francesa coincidía en señalar que las partes podían demorar la transferencia, a través de la inserción de la denominada «cláusula de reserva de propiedad» en el contrato traslativo, afirmando que esta posibilidad se fundaba en que si el efecto real del contrato se basaba en la voluntad de las partes, era lógico que estas lo pudieran modificar, postergando la mutación jurídico real. Actualmente, este planteamiento tiene base normativa, dado que la segunda afirmación del artículo 1196 del Código reformado es del siguiente tenor: «Esta transferencia puede ser diferida por la voluntad de las partes, la naturaleza de las cosas o por efecto de la ley».

¹⁰² LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*). Por ejemplo, el precio ha sido dividido en 15 cuotas y se pacta que la transferencia de la propiedad se producirá cuando el adquirente haya pagado la cuota N.º 10. La reserva de dominio determinará que la cosa permanezca en el patrimonio del vendedor hasta que el comprador pague diez cuotas del precio; SUE ESPINOZA: ob. cit., pp. 87 y 88.

c. El contrato que versa sobre una cosa futura. Sobre cosas futuras no se puede tener ni la propiedad, ni otro derecho real, por la sencilla razón de que un derecho real recae directamente sobre una cosa y si la cosa todavía no existe, mal puede haber un derecho real¹⁰³. Pero, si puede existir un contrato que contemple la adquisición de la propiedad o un derecho real distinto, sobre una cosa todavía no existente, ese contrato podrá tener como efecto la transferencia del derecho real y no podrá producirla mientras la cosa no exista, lo que significa que la transferencia solo ocurrirá cuando la cosa llegue a tener existencia, cuando la cosa futura ya exista, de virtual se convierta en actual, entonces el contrato podrá producir efecto adquisitivo¹⁰⁴.

d. La venta de las cosas *in genere*, es decir de las cosas genéricas¹⁰⁵, de las cosas que han sido designadas tan solo genéricamente en el contrato. Así lo prevé el artículo 1475 del Código Civil¹⁰⁶. Según indicamos¹⁰⁷, cuando se trata de un objeto cierto y determinado, el artículo 1161 consagra el principio del consensualismo¹⁰⁸, heredado del sistema franco-italiano¹⁰⁹, en virtud del cual

¹⁰³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Entre los derechos...»), pp. 76 y 77, se distingue la futuridad del derecho de crédito por oposición a la actualidad del derecho real.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ VELENCOSO: ob. cit., pp. 301-303, como, por ejemplo, la venta de un inmueble en construcción que precisará ser entregada al comprador.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 301, el efecto transmisivo inmediato no se produce en la venta de cosas genéricas, ni en la venta de cosas futuras, ya que no se puede concebir la transmisión de la propiedad, si el bien que es objeto de esta no se encuentra individualizado.

¹⁰⁶ «Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas».

¹⁰⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «La obligación negativa». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 2. Caracas, 2013, pp. 50-52.

¹⁰⁸ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), en las obligaciones genéricas no aplica el principio de transferencia consensual de la propiedad (artículo 1161), sino que el paso de la propiedad ocurre precisamente por efecto de la especificación del contenido de la obligación genérica (artículo 1475); por aplicación de dicha norma y el artículo 1344 del Código Civil se indica que el género nunca perece. La obligación genérica delimitada o de género delimitado constituye una especie de la obligación genérica; consiste en la obligación de entregar cosas de entre cierta existencia, en la cual se debe un número de objetos o una cantidad, como sería el caso de una determinada cosecha de vino; SUE ESPINOZA: ob. cit., p. 88, se sostiene que el artículo 1475 del Código Civil

la sola voluntad de las partes es suficiente para que opere esa transferencia al margen de la tradición¹¹⁰ y de la dificultad probatoria¹¹¹. En la venta de la cosa genérica no rige por su naturaleza el consensualismo que media en la transferencia de la propiedad de la cosa específica¹¹², porque por esencia se precisa

aparta del principio general de la transmisibilidad de la propiedad por el solo consentimiento legítimamente manifestado; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 86 y 92.

¹⁰⁹ Véase: BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS: ob. cit., p. 22.

¹¹⁰ Véase PALACIOS HERRERA: ob. cit., pp. 15 y 16, en el Derecho romano la obligación de dar podía nacer del contrato, es decir, quedar obligado el vendedor a transferir la propiedad, pero para cumplir con esa obligación nacida del contrato, había que acudir a un acto distinto. En el Derecho moderno, incluyendo el venezolano, la obligación de dar se cumple *solo consensu*, que quiere decir con el solo consentimiento. En el Derecho romano el vendedor queda obligado a dar, pero aún el comprador no es propietario de la cosa, pues él tiene un derecho de crédito contra el vendedor, un *ius ad rem*, pero no tiene todavía la propiedad sobre la cosa. En otro acto posterior, mediante una forma especial, el vendedor cumple su prestación de dar, transmitiendo la propiedad al comprador. En tanto que la venta, en el Derecho venezolano, tan pronto como existe el consentimiento, nace la obligación de dar. Aunque el vendedor no entregue la cosa, ha pasado al comprador porque nuestro legislador ha condensado las dos etapas en un solo momento; ZAMBRANO VELASCO, José Alberto: *Teoría general de la Obligación (parte general de las Obligaciones). La estructura*. Editorial Arte. Caracas, 1985 p. 261, la obligación de dar tan solo confiere al acreedor un derecho de crédito, diferente del derecho real, que nace para el acreedor como consecuencia de la ejecución de tal obligación, que según el artículo 1161 del Código Civil se cumple por el solo efecto del consentimiento legítimamente manifestado.

¹¹¹ Véase: SUE ESPINOZA: ob. cit., p. 86, la autora, siguiendo a DOMINICI, indica que la manifestación de acuerdo de voluntades no está sometida al cumplimiento de formalidad alguna. Esto es, la escritura no es necesaria para que sea legítimo el consentimiento de las partes. La ley normalmente reputa la escritura como un medio de prueba que no aumenta ni disminuye el valor intrínseco de la convención celebrada. En algunos casos excepcionales la escritura sí es necesaria, como ocurre en materia de donación.

¹¹² Véase: LETE DEL RÍO: ob. cit., p. 54, la obligación de dar no presenta el mismo interés según se trate de la transferencia de la propiedad de un cuerpo cierto o de una cosa genérica. La obligación específica supone que la cosa está individualmente determinada, en tanto que en las obligaciones genéricas las cosas son determinables, en el sentido que *a posteriori* se precisa un acto de individualización o especificación dentro del género al cual pertenece. Generalmente la clasificación aplica a las obligaciones de dar, pero bien puede extenderse a las de hacer, cuando no son personalísimas.

de la individualización¹¹³. La distinción también es importante respecto de la «pérdida de la cosa debida» o la imposibilidad sobrevenida sin culpa del deudor, que aplica a las cosas específicas, pues el género nunca perece. «El paradigma de la cosa fungible» o genérica es el dinero¹¹⁴, pues este nunca perece¹¹⁵. Si un contrato expresa, por ejemplo, que Pedro le vende a Juan 100 sacos de caraotas, ese contrato no puede producir un efecto traslativo, porque la cosa vendida está designada solamente como perteneciente a un cierto género; el género formado por ese grano que llamamos caraotas¹¹⁶.

e. La venta alternativa: este es el quinto caso: por ejemplo, le digo a Pedro: «Te vendo a tu elección por Bs. 5000 este bulto o estos anteojos», allí sí hay una compra-venta, hay precio, consentimiento de las partes, pero todavía no existe determinación del objeto, porque puede ser cualquiera de las dos cosas, objetos muebles en ambos casos. Para que el contrato produzca su efecto traslativo, es necesaria la determinación definitiva del objeto, mediante algo que en materia de obligaciones alternativas se llama «concentración», y esa concentración puede librarse a la voluntad del enajenante o a la voluntad de un tercero. Por ejemplo: «Pedro, lo que tú escojas», cuando Pedro realice la elección entre los dos objetos y tenga lugar la concentración entonces el contrato

¹¹³ Véase: OCHOA GÓMEZ, Oscar E.: *Teoría general de las Obligaciones. Derecho Civil III*. T. I. UCAB. Caracas, 2009, pp. 72 y 73; SUE ESPINOZA: ob. cit., pp. 88-91.

¹¹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría general de la Obligación*. Vol. I. Civitas. Madrid, 2000, p. 73.

¹¹⁵ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. 3.^a reimp., 9.^a, Tecnos. Madrid, 2003, p. 143; OCHOA GÓMEZ: ob. cit., pp. 73 y 74.

¹¹⁶ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), Hablar de diez sacos de caraotas ¿de cuáles caraotas de todas las que hay sobre el planeta tierra? Para que ese contrato que versa sobre una cosa genérica pueda producir ese efecto traslativo, es necesaria la especificación, la individualización del objeto. Otro ejemplo: soy propietario de 100 hectáreas de tierra en el estado Apure y celebro un contrato con Pedro y le digo: «Te vendo por tal precio 110 de mis hectáreas del fundo x en el estado Apure», y Pedro acepta; ¿ese contrato ha podido producir la transferencia de la propiedad? No, para que se produzca ese efecto traslativo, es necesario especificar cuáles hectáreas, de acuerdo con una determinación que solo podrá hacerse por linderos dentro de la mayor extensión de 100 hectáreas, serán las que constituirán el objeto de la transferencia.

producirá su efecto traslativo, antes no¹¹⁷. Se puede agregar la venta que precisa de prueba o ensayo (artículo 1477 del Código Civil¹¹⁸).

Los anteriores ejemplos, que didácticamente ofrecía el profesor LAGRANGE, permiten comprender las excepciones al principio de la transmisión de la propiedad por el solo consentimiento. LÓPEZ SANTA MARÍA cita otros casos en que el consensualismo desaparece, a saber, ante los contratos solemnes o reales, en los que se precisa publicidad, la cesión de créditos nominativos, entre otros¹¹⁹.

iii. Inconvenientes que comporta el principio de la transferencia –o la constitución– solo consenso, atenuaciones al principio¹²⁰: El principio de la transferencia o la constitución de la propiedad y otros derechos reales por el solo consentimiento que consagra el artículo 1161 del Código Civil, es en el plano filosófico superior al Derecho romano, porque hace producir a la voluntad de los contratantes un efecto completo, con lo cual disocia el derecho abstracto de propiedad y otro derecho real de la cosa sobre la cual esos derechos recaen, pero la aplicación de ese principio presenta inconvenientes para los terceros.

Por una parte, es de temer que el enajenante, cuando ha conservado la cosa a la cual se refiere el acto de enajenación entre sus manos, ofrezca esta cosa a un segundo adquirente, quien contrate con él ignorando la primera enajenación. Y es por eso que en algunas legislaciones modernas, se subordina la transmisión de la propiedad de los muebles, por una parte, a la tradición, es decir, a la entrega de la cosa, y concretamente sucede así en el Código Civil alemán,

¹¹⁷ Véase sobre la obligación alternativa: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 93-96.

¹¹⁸ «En cuanto a las mercancías que se acostumbra gustar o probar antes de comprarlas, no queda perfecta la venta hasta que el comprador no haya hecho conocer su aceptación en el plazo fijado por la convención o por el uso».

¹¹⁹ Véase: LÓPEZ SANTA MARÍA: ob. cit., pp. 248-256.

¹²⁰ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*). Véase también al respecto: BETTI, Emilio: «Crítica al sistema de transmisión de inmuebles por el mero consentimiento». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N.º 32. UCV. Caracas, 1965, pp. 9-22, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/32/rucv_1965_32_9-22.pdf.

suizo y griego –inspirado en el alemán– y se subordina la transferencia de la propiedad sobre los inmuebles al registro del acto de enajenación, como también sucede en esos tres Códigos.

El segundo inconveniente de la aplicación del principio del solo consenso resulta de la necesidad de un solo contrato válido para operar la transferencia o la constitución del derecho. El contrato nulo no produce efecto jurídico, ni obligatorio, ni real; no puede producir la consecuencia de transferir la propiedad al que figura como adquirente, y en ello hay un peligro para los terceros que, ignorando los vicios del acto de adquisición de su causante, es decir, la nulidad que pueda afectar al acto del cual la persona que depende o de otra manera les enajena a ellos su derecho, han contratado con otra persona y, posteriormente, se debe oponer la nulidad a la resolución del derecho de su causante.

En materia de bienes muebles no debería existir, en principio, problema para los terceros, pues existe el principio consagrado en el primer párrafo del artículo 794 del Código Civil, según el cual en materia de bienes muebles la posesión equivale al título, con lo cual la aplicación de esa regla protege al adquirente *a non domino*, es decir, al adquirente que ha contratado con un no propietario.

Y en materia inmobiliaria, existe instituido entre nosotros el Registro Público¹²¹, por lo que esta problemática debe ser abordada a partir de la consideración de los principios que rigen en ese ámbito jurídico. Naturalmente, pues, que entre estos inconvenientes¹²², se plantea el riesgo de que un adquirente se encuentre, por ejemplo, con un enajenante deshonesto, que ha cedido la propiedad o derecho a un primer adquirente y, posteriormente, no ha tenido escrúpulo en contratar una segunda vez con otro sujeto, que ha adquirido confiado en una apariencia de titularidad que no se corresponde con una titularidad

¹²¹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y PÉREZ FERNÁNDEZ, Carlos: «Anotaciones sobre la publicidad registral inmobiliaria». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2018, pp. 241-292, www.rvlj.com.ve.

¹²² Véase *infra* N.º 3.

verdadera. Encontramos así excepciones o atenuaciones al principio del consensualismo, a saber:

Primera excepción: La transferencia o la constitución de derechos reales mobiliarios y el artículo 1161¹²³. En efecto, el artículo 1162 del Código Civil establece: «Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha».

En materia mobiliaria, por la fuerza misma de las cosas o circunstancias, no es posible organizar, en principio, un sistema de publicidad registral. Son excepcionales las clases de bienes muebles respecto de los cuales existe un sistema organizado de publicidad registral en el Derecho venezolano, siendo el caso de las naves, aeronaves y automóviles. En cuanto a las otras cosas muebles en general, es necesario para protección de los terceros adquirentes de buena fe, hacer operar un principio distinto, esto es, el principio de la apariencia que corresponde a la posesión.

La posesión en materia de bienes muebles actúa como el símbolo, como la marca exterior del derecho de propiedad, con lo cual se atribuye a ella un valor decisivo para la protección de los terceros adquirentes. Se le concede a la posesión mobiliaria un valor semejante al que se le atribuye al registro en materia inmobiliaria¹²⁴. Pero la posesión, sin embargo, juega un papel bastante mediocre, puesto que el hecho de tener una cosa en nuestro poder y por eso dar a otros una apariencia de titularidad, no es algo que concuerde siempre con la verdadera realidad jurídica.

¹²³ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

¹²⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Entre los derechos...»), pp. 68 y 69, en cuanto a la posibilidad de conflicto en materia de derechos reales, si se trata de bienes sometidos a publicidad registral prevalece el derecho real de fecha anterior (artículo 1924 del Código Civil) y en cuanto a bienes muebles la posesión hace presumir el título (artículo 1162).

El artículo 1162 está referido a la hipótesis en que una misma persona enajena sucesivamente un mismo bien mueble por su naturaleza o un título al portador, a más de una persona. Naturalmente, que cuando acontece la primera enajenación, se deja de ser propietario en virtud del principio que consagra el artículo anterior, es decir el 1161, relativo a la transmisión *solo consensu*; cuando se contrata por segunda vez, el adquirente solo lo es en apariencia, puesto que ha contratado con un *non domino* –no dueño–, toda vez que este se ha privado de su derecho a favor de un primer adquirente¹²⁵. De conformidad con el artículo 1162, quien tome primero posesión de la cosa se tiene como propietario, al margen de la fecha del título de adquisición. Entre los adquirentes 1, 2 y 3, se preferirá a este último, si fue quien tomó primero posesión de la cosa¹²⁶.

a. Requisitos de aplicación del artículo 1162 del Código Civil¹²⁷:

1. En primer lugar es necesario que se trate de la transmisión o la constitución de la propiedad o de otros derechos reales sobre bienes muebles.

¹²⁵ Según el artículo 1162, *nemo dat quo non habet*, esto es, nadie da lo que no tiene.

¹²⁶ LAGRANGE: ob. cit. (Apuntes de Derecho...), imaginemos que un sujeto enajena una cosa mueble corporal o un título al portador, tratándose de un bien mueble no registrado: mañana enajena la cosa a una persona distinta y pasado mañana contrata con un tercero. El enajenante contrata con una persona que llamaremos 1, luego con 2 y con 3, en diferentes días. Naturalmente, que por aplicación del artículo 1161 del Código Civil, el principio de la transferencia *solo consensu*, el enajenante habrá producido un efecto de transferencia al primer adquirente, lo que significa que al contratar sucesivamente con las otras dos personas, estos dos últimos contratan con un no dueño, esto es, con un no titular. Una situación como esa crea un conflicto entre 1, 2 y 3, y ese conflicto lo resuelve la ley por aplicación del principio que consagra el artículo 794 del Código Civil, primer párrafo, que en materia de bienes muebles posesión equivale a título. Pero el artículo 1162 del Código Civil representa una especie de aplicación de una regla más amplia, de mayor alcance. Supongamos que, de esos tres adquirentes, el primero en tomar posesión de la cosa de buena fe es el número 3. Por aplicación de la regla del artículo 1162, siendo por tanto quien adquiera la propiedad de la cosa mueble, ni 1 ni 2 podrán hacer valer propiedad alguna frente a 3; pues será este quien la tenga, mientras que 1 y 2 sí tendrán una acción, pero ya no de naturaleza real, sino personal, frente a su enajenante, para reclamarle su proceder deshonesto y en lo que concierne a las consecuencias civiles de esos actos obtener de él o tratar de obtener la reparación del daño causado.

¹²⁷ Ídem.

2. En segundo lugar, solo para muebles no sujetos legalmente a un régimen de publicidad registral, precisamente porque la finalidad de la regla que establece el artículo señala los límites de aplicación de la misma, se trata de proteger a los terceros adquirentes que no tienen la posibilidad legal ni práctica de acceder a un registro público con el fin de cerciorarse quién es el que tiene registralmente atribuida la propiedad del bien. 3. En tercer lugar, debe tratarse de bienes muebles corporales o títulos al portador singularmente considerados, es decir, no debe tratarse de universalidades de cosas muebles, como lo dispone específicamente el artículo 794 del Código Civil. 4. El ulterior adquirente protegido en nuestro ejemplo, el adquirente número tres, debe haber procedido de buena fe, es decir, en la ignorancia de contratar con quien para ese momento ya tenía la calidad de no dueño, debe haber procedido en la ignorancia de que ya la cosa mueble había sido enajenada con anterioridad a los números uno y dos¹²⁸. Si, en cambio, procediera con mala fe, lo hace a sabiendas de que contrata con un no titular, entonces la regla del artículo 1162 no lo protegería. En ese caso, el conflicto sobre la titularidad del derecho real se resolvería con base en estos mismos requisitos. 5. Finalmente, es necesaria la toma de posesión efectiva. Así lo refiere expresamente el artículo 1162, queriendo descartar las tomas de posesión ficticias o simbólicas –que se estudian en el tema de la posesión–, y descarta también que pueda valer el *constituto posesorio*, aquella figura mediante la cual quien ha venido poseyendo en nombre propio una cosa la enajena y, sin embargo, la conserva en su inmediato poder, ya no como poseedor sino como detentador. En cambio, la *traditio brevi manu*, que representa la figura inversa de la anterior, sí puede servir de base para la aplicación del artículo 1162, porque lo que se quiere al exigir la posesión efectiva, es un acto de toma de posesión de la cosa, esto es, un acto de aprehensión de la cosa que es tal como para que los terceros resulten advertidos por dicho acto, de que ha tenido lugar una transferencia¹²⁹.

¹²⁸ Se trata de buena fe en sentido «subjetivo», como sinónimo de ignorancia o desconocimiento del que la alega. Por oposición a la buena fe «objetiva» como patrón de conducta. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Buena fe y relación obligatoria». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 11. Caracas, 2018, pp. 17-80, especialmente pp. 21-24, www.rvlj.com.ve.

¹²⁹ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

b. Fundamento¹³⁰: El fundamento de esta regla hay que buscarlo en una necesidad de carácter jurídico práctico, que se encuentra en la protección de la buena fe del adquirente, a saber, asegurar la libre circulación de los objetos mobiliarios, precisamente por la dificultad que existe para seguirlos y reconocerlos en manos de terceras personas. En el fondo se trata de una aplicación del principio del artículo 794 del Código Civil primer párrafo, porque el ulterior adquirente de buena fe que toma posesión efectiva de la cosa se hace titular, no en virtud del contrato –puesto que el trató por definición con un *non domino* (un no titular)– sino en razón de la concurrencia de los cinco requisitos referidos. Por eso, el artículo 1162 del Código es una especie concreta de aplicación del principio de alcance más amplio del artículo 794, referido al caso en que un enajenante ha declarado transferir la propiedad u otro derecho real sobre una cosa mueble corporal, a varios adquirentes sucesivos.

c. Efectos¹³¹: Como la norma constituye una aplicación de la regla del artículo 794 del Código Civil, pues el artículo 1162 concierne a las relaciones entre el propietario en virtud del contrato y el conflicto que se le plantea a él en sus relaciones frente a los demás adquirentes que han tratado con un *non domino*, en ese conflicto se protege al primero que tome posesión efectiva de la cosa de buena fe. Y desde el punto de vista de la titularidad real, es decir, de la titularidad del derecho sobre la cosa, resultan sacrificados los adquirentes anteriores, que no tomaron posesión efectiva de la cosa de buena fe¹³².

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

¹³² De tal manera que el artículo 1162 del Código Civil es una regla que está llamada a operar en las relaciones entre los adquirentes sucesivos y otorga una preferencia al que primero toma posesión efectiva de la cosa mueble de buena fe. Los acreedores del enajenante no podrán tratar de agredir la cosa en manos del enajenante para satisfacción de sus créditos, por el hecho de que el bien, del cual el adquirente número tres ha tomado posesión, ha salido del patrimonio del enajenante, ya el enajenante está privado de la propiedad de la cosa, pues esta ha salido de su patrimonio. Los acreedores del primer adquirente y del segundo tampoco tendrán nada que hacer en cuanto a la posibilidad de obtener satisfacción sobre la cosa respecto de la cual ellos contrataron con el enajenante, puesto que la propiedad de la cosa ha sido adquirida por el contratante número 3, quedándoles una acción personal de reparación. Por eso, en el caso del ejemplo, el recurso que les queda a uno y dos no es el correspondiente

Segunda excepción: La transferencia o la constitución de derechos reales inmobiliarios y la publicidad registral (artículos 1922 y 1924 del Código Civil)¹³³. Esta excepción tiene como punto de partida la aplicación de los principios registrales de oponibilidad y prioridad registral. En principio, el efecto de oponibilidad¹³⁴ se produce si el registro se realiza y la inoponibilidad es una consecuencia de la omisión de la actividad de registro, de acuerdo a lo señalado en el primer párrafo del artículo 1924 del Código Civil.

Explicaba LAGRANGE cómo funciona la norma: supongamos que alguien contrata con 1, 2, y 3. Si 3 registra primero prevalece. El tercer adquirente es el primero en obtener el registro de su título de adquisición, es el que registra primero. La disposición del artículo 1924 se refiere a adquirentes que han contratado con un causante único común y para resolver el conflicto entre estas personas se acude al criterio de la prioridad en el registro, de tal manera que prevalecerá el primero que haya obtenido el registro de su título de adquisición sobre los otros adquirentes, aunque se trate de adquirentes anteriores¹³⁵.

La institución del Registro funciona como un medio de resolver conflictos de titularidades relativas a un mismo inmueble, cuando los titulares o pretendidos titulares han contratado con un causante único. Pero un conflicto entre adquirentes sucesivos de derechos reales iguales o incompatibles, que hayan

a un derecho real que por definición no lo tienen, sino el derecho personal de obtener una reparación de daños contra el enajenante deshonesto, por eso también en el ejemplo la adquisición realizada por 3 es una adquisición a *non domino*, esa no es una adquisición que se haya producido como una transferencia del enajenante a 3, puesto que, según sabemos, *nemo dat quo non habet*, nadie da lo que no tiene.

¹³³ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

¹³⁴ La oponibilidad constituye uno de los principios registrales. Véase nuestro trabajo: ob. cit. («Anotaciones sobre la publicidad...»), pp. 286-287.

¹³⁵ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), el artículo 1924 del Código Civil, tratándose de un inmueble estos actos de enajenación están sujetos a la formalidad del Registro, por conformar actos que se refieren a la propiedad o a otros derechos que recaen o se refieren a inmuebles y que no habían sido anteriormente registrados. Sobre el principio de prioridad registral véase nuestro trabajo: ob. cit. («Anotaciones sobre la publicidad...»), pp. 265-268.

contratado con un mismo causante, no se podrá resolver atendiendo únicamente a la prioridad en el Registro, dado que en esta materia juega un papel fundamental la buena fe. Y el conflicto se resuelve a favor del primero que haya obtenido de buena fe, el registro de su propiedad. El Registro crea una apariencia de titularidad y la ley protege la confianza de quienes contratan confiados en esa apariencia, por eso mientras más exacto y completo sea el Registro como institución de publicidad, mejor asegurados quedarán los derechos de los terceros adquirentes, más confianza habrá en la seguridad de las operaciones relativas a inmuebles. Concluía LAGRANGE que mientras más defectuosamente funcione un sistema de Registro menos confianza habrá, más litigios ocurrirán, más inseguridad jurídica se producirá, se resentirá la marcha de los negocios y eso repercutirá negativamente en un ramo de la actividad económica tan importante en la vida de cualquier país como lo es el de la construcción¹³⁶. A nuestra institución registral inmobiliaria nos referimos en otra oportunidad y a ella remitimos¹³⁷.

3. A modo de conclusión: el consensualismo en la actualidad

Los contratos consensuales se perfeccionan por el solo consentimiento, por el simple acuerdo de voluntades al margen de cualquier formalidad¹³⁸, siendo estos los que predominan en la actualidad, como ya lo indicamos. El contrato real, por su parte, precisa la entrega de la cosa. Señalaba LAGRANGE que el «contrato real es un verdadero anacronismo en los tiempos modernos», pues precisa, además del consenso o acuerdo de voluntades, de la entrega de la cosa objeto del contrato. Nuestro ordenamiento conoce cinco figuras de contrato real: el mutuo, el comodato, la prenda, el depósito y, aunque discutido, la anticresis¹³⁹. Por su parte, el contrato «solemne», amén del acuerdo de voluntades,

¹³⁶ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*).

¹³⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN y PÉREZ FERNÁNDEZ: ob. cit. («Anotaciones sobre la publicidad...»), pp. 241-292.

¹³⁸ Véase: RODRÍGUEZ FERRARA: ob. cit., p. 35, requieren solo de la voluntad de las partes; el documento no es el contrato sino su prueba.

¹³⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 478-480; LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*), agrega que en materia de títulos valores

requiere del cumplimiento de una formalidad distinta a la entrega de la cosa. El contrato solemne por excelencia es la donación (artículo 1439 del Código Civil) en el que la ley busca que la persona que se empobrece –donante– no lo haga en un momento de irreflexión, sino con las debidas garantías o formalidades. La consensualidad luce más ágil y a tono con la facilidad del tráfico jurídico inspirado en la buena fe.

Sin embargo, el consensualismo ha sido objeto de críticas, especialmente en materia de inmuebles respecto de terceros, según lo prevé el artículo 1924 del Código Civil que prefiere entre varios adquirentes al primero que haya registrado el título. Por lo que en algunos casos será importante la forma del contrato¹⁴⁰, dado que la libertad de prueba no resuelve todas las dificultades. De allí que en todas las compraventas de cierta importancia, incluso comerciales, se tiene el cuidado de redactar un documento¹⁴¹. La regla en nuestro medio es que todo contrato sea consensual, salvo que una disposición especial lo sujete a formalidad. Por ello, los más frecuentes e importantes contratos,

en el Derecho Mercantil aplican ciertos formalismos rigurosos, pues, por ejemplo, es necesario la mención de «letra de cambio» a los fines de la validez del título. Por otra parte, no puede existir promesa consensual de contrato solemne. Contrariamente, algunos admiten la promesa consensual de contrato real, como sería el caso de una promesa de préstamo. Refiere que debe distinguirse las formalidades habilitantes, de las de publicidad y de las de prueba, pues ellas son ajenas a las formalidades *ad solemnitatem* que son las que ley exige para el contrato; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Sobre el comodato o préstamo de uso». En: *Revista Boliviana de Derecho*. N.º 29. Santa Cruz, 2020, p. 66, se admite una suerte de contradicción en considerar la entrega como requisito esencial en los contratos reales y a su vez concederle validez a la promesa que viola el mismo. De allí que BORJAS, en Venezuela, considera inadmisibles la posibilidad de una promesa de comodato, porque reconociendo a las partes el poder de obligarse a convenir un comodato futuro, se desnaturaliza el significado verdadero del elemento real que caracteriza y distingue a los contratos reales, a cuya categoría el comodato pertenece.

¹⁴⁰ LAGRANGE: ob. cit. (*Apuntes de Derecho...*). Véase: PALADINI, Mauro: «La forma del contrato». En: *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*. Universidad Santo Tomás-Grupo Editorial Ibáñez. Á. ECHEVERRI, director; J. M. GUAL y J. E. ACOSTA, coords. Trad. M. L. FERNÁNDEZ MUÑOZ. Bogotá, 2011, pp. 97-118.

¹⁴¹ MAZEAUD *et al.*: ob. cit., p. 42.

como la compraventa o el arrendamiento, son consensuales. En la difusión del consensualismo jugaron un papel importante las necesidades del comercio, que precisan de rapidez y fluidez, siendo un obstáculo las formalidades. Con todo, el consensualismo no deja de tener inconvenientes, porque el consentimiento puede prestarse en forma precipitada, los terceros pueden ser perjudicados por la ignorancia del contrato y las mismas partes pueden encontrar inconvenientes para probar sus estipulaciones. Por último, razones de fiscalización tributaria han aumentado la exigencia de escrituración¹⁴².

Por lo que no ha faltado que se indiquen las ventajas y desventajas¹⁴³ del consensualismo, reseñando entre las primeras, la circulación de la riqueza y entre las segundas, la dificultad de conocimiento de los terceros adquirentes¹⁴⁴, la dificultad probatoria y la vinculación a la ligera¹⁴⁵, por lo que se

¹⁴² *Ibíd.*, p. 71, pero, naturalmente, las solemnidades presentes no se fundan en fórmulas sacramentales, sino que en general basta la escrituración privada y a veces se exige también la inscripción en algún Registro.

¹⁴³ Véase: LÓPEZ SANTA MARÍA: *ob. cit.*, pp. 257-259; MAZEAUD *et al.*: *ob. cit.*, p. 40, las ventajas del consensualismo tienen como contrapartida tres clases de inconvenientes, que se relacionan con las dificultades de interpretación y de prueba del contrato y de su ignorancia por terceros.

¹⁴⁴ Véase: DONAIRES SÁNCHEZ: *ob. cit.*, pp. 18-20, favorece la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos materiales, combinando de esa manera los postulados del iusnaturalismo con los propios del liberalismo-económico. Así, opera como elemento activador de la circulación de la riqueza, beneficiando (...) el consensualismo prescinde de la utilización de instrumentos publicitarios para dar a conocer las transferencias y, en general, para dar a conocer el estado jurídico de los inmuebles. Obviamente, en esta situación, el potencial adquirente se encuentra en graves dificultades para determinar quién es el propietario de un bien, y cuáles son las cargas que le afectan (...) Asimismo, en el consensualismo, no se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, tampoco es posible advertir las cargas que le afectan; pues, éstas, como en la hipoteca, no tienen exteriorización posesoria; por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista. También está el peligro de la usucapión que favorece al simple poseedor del inmueble.

¹⁴⁵ Véase LÓPEZ SANTA MARÍA: *ob. cit.*, p. 257, la exigencia de vestimenta para los contratos impide que las partes se vinculen a la ligera o con torpeza, omitiendo regular o precisar los detalles del contrato. El cumplimiento de las formas da tiempo para

cuestiona la bondad del principio consensualista¹⁴⁶. De allí que DONAIRES SÁNCHEZ concluya que se tiene que este principio favorece la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos materiales; sobre su desventaja, es evidente que puede afectar la buena fe de los terceros en el caso de contratantes maliciosos; de allí, la necesidad de morigerar el consensualismo con el realce del principio registral a fin de fomentar la circulación de la riqueza en un clima de seguridad jurídica¹⁴⁷. Por ello, se afirma que con el requisito de la inscripción registral el consensualismo se tambalea, especialmente en los casos de venta múltiple¹⁴⁸. Otro aspecto que ha sido severamente criticado al sistema de transmisión por vía del mero consentimiento tiene que ver con el traslado de los riesgos, a pesar de que no se haya producido la entrega. Para ALTERINI, «cualquier solución que prescinda de la tradición para la traslación de los riesgos de la cosa es repudiable por injusta, pues no es lógico que alguien deba responder por los daños ocasionados si no tiene el control de la cosa»¹⁴⁹. Aunque recordemos que los riesgos no son de orden público y, por ende, rige la autonomía de la voluntad. LÓPEZ SANTA MARÍA afirma que «el sistema contractual de los pactos desnudos o consensualismo voluntarista es un sofisma, que la práctica contemporánea desmentirá casi por completo»¹⁵⁰.

LESSMANN, en Venezuela, afirma: «la admisión del principio de que la propiedad podía *solo consensu* ser transferida, produjo una desarticulación en la normativa de los Códigos que lo acogieron, hasta el punto que aun en nuestros

reflexionar. El contrato propiamente consensual no deja huellas, por lo que, si surge una disputa entre las partes, puede redundar en dificultades probatorias insuperables.

¹⁴⁶ FORNO FLORES, Hugo: «El contrato con efectos reales». En: *Ius et Veritas*. N.º 7. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993, pp. 77-87, <http://revistas.pucp.edu.pe>, p. 82, nota 19, cita a COLIN y CAPITAN, que siguen a JOSERAND, e indica que la norma francesa está expresada en términos bastante oscuros.

¹⁴⁷ DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., p. 21.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 16, el caso más conocido de esta confrontación entre «consentimiento» e «inscripción» se produce entre nosotros como el problema de la «conurrencia de acreedores», y que en la doctrina se le conoce preferentemente como el nombre de «doble venta».

¹⁴⁹ ALTERINI: ob. cit., pp. 114, 115, 213-224 y 451.

¹⁵⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA: ob. cit., p. 72, así lo deja intuir el vasto sistema actual de formalidades *ad solemnitatem*, *ad probationem*, habilitantes y de publicidad.

tiempos, podemos observar en los distintos ordenamientos que le consagran una inoperancia teórico-práctica que ha suscitado faltas de certeza y de seguridad jurídica. Es fácil comprender esta anomalía que lógicamente se produce cuando se pretende que un derecho oponible a terceros –derecho real– sufra mutaciones o transferencias mediante actos que puedan ser hasta clandestinos u ocultos, ya que basta el solo acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio, aunque no se haya efectuado la tradición, para que se produzca la transferencia o mutación del derecho real de que se trata. En el orden teórico y práctico el problema ha sido tan grave que los propios Códigos no son consecuentes con el principio que formulan»¹⁵¹, como se aprecia en algunos casos¹⁵². De allí que el autor patrio concluya: «Dónde encontrar lo positivo de un sistema que a la par que causa la transferencia de la propiedad, opera *solo consensu* y sin embargo respecto a terceros establece que lo que tendrá efecto será la enajenación registrada, aun cuando ésta sea posterior a la realizada *solo consensu*»¹⁵³.

Pero cabe reiterar que la previsión de formalidades adicionales que concreten la adquisición del derecho real, como parte de las obligaciones de los contratantes, no desdice de la adopción del principio del consensualismo. Por ello, cabe compartir la citada postura del autor peruano FERNÁNDEZ CRUZ, quien,

¹⁵¹ LESSMANN VERA: ob. cit., p. 68.

¹⁵² *Ibíd.*, p. 69, efectos ante terceros; tal es el caso del registro que se establece para las transferencias de la propiedad inmobiliaria o cualquier otro derecho real y la situación jurídica de protección al poseedor, prevista para bienes muebles.

¹⁵³ *Ídem.*, agrega: no es el objeto de este trabajo formular críticas al sistema moderno de la transferencia de la propiedad *solo consensu*; sin embargo, no podemos pasar por desapercibidos aquellos tratadistas que tantos esfuerzos han hecho en lo doctrinal a fin de mostrar lo ilógico del sistema y lo poco fructuoso que en la práctica ha sido, no obstante las alabanzas que ha recibido y recibe por gran parte de los estudiosos de la Filosofía del Derecho. Es bastante significativo que las grandes críticas a este sistema han partido precisamente de aquellos países que han acogido el sistema (...) En cuanto a los sistemas consagrados para adquirir la, propiedad a través del contrato, o del título y del modo, nuestros Códigos Civiles, a excepción del primero, el de 1862, han establecido que la voluntad de las partes en vía contractual es suficiente para lograr la transferencia y adquisición de la propiedad u otros derechos reales, apartándose de la concepción romanista que distingue al título del modo.

atinadamente, indica que la transmisión *solo consensu*, simplemente supone «la suficiencia del contrato para producir directa e inmediatamente el efecto real traslativo de propiedad. Para ello, no solo no necesita de la obligación, sino que debe prescindir de ella la voluntad no puede ser título y modo»¹⁵⁴. Es decir, el cumplimiento de las respectivas obligaciones entre comprador y vendedor no le quita el carácter *solo consensu* que dispone la ley respecto a los contratos traslativos de la propiedad y otros derechos reales.

Se alude a la «libertad de forma» a propósito del consentimiento, pues para algunos la tendencia es a abandonar los formalismos que con anterioridad constituían un elemento fundamental del acuerdo de voluntades¹⁵⁵. El Derecho Civil actual solo establece formalidades necesarias para pocos negocios jurídicos¹⁵⁶. Entre las tendencias del Derecho de Obligaciones se cita «la superación del excesivo formalismo», quedando atrás las formalidades a ultranza que precisaba el Derecho romano, sin perjuicio de una ligera vuelta a determinadas formas en pro de la seguridad del tráfico jurídico¹⁵⁷. En efecto, contrariamente, en algunas áreas en aras de la seguridad jurídica, se está retornando a la idea del formalismo, no en los términos limitantes ya superados sino como premisa necesaria para la certeza del tráfico jurídico¹⁵⁸. Se ha vuelto un poco atrás en la materia, siendo la tendencia actual de las legislaciones un retorno al formalismo¹⁵⁹. Pues, como en otras oportunidades, la evolución se muestra circular con una ligera vuelta a los inicios. Pero lo cierto es que la formalidad puede acontecer por la propia voluntad de las partes.

Modernamente, se alude inclusive a la «consensualización de los contratos reales», pues existe una tendencia a abolir la categoría del contrato real y a reemplazar sus actuales tipos específicos por sendos contratos consensuales,

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ CRUZ: ob. cit., p. 173.

¹⁵⁵ LASARTE, Carlos: *Curso de Derecho Civil patrimonial. Introducción al Derecho*. 15.^a, Tecnos. Madrid, 2009, p. 305.

¹⁵⁶ LARENZ, Karl: *Derecho de Obligaciones*. T. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Versión española y notas J. SANTOS BRIZ. Madrid, 1958, pp. 92 y 93.

¹⁵⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), p. 30.

¹⁵⁸ BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Contratación civil...*), p. 29.

¹⁵⁹ MAZEAUD *et al.*: ob. cit., p. 71.

aunque se concluye que «en la práctica sea más bien una conversión de tales contratos en solemnes, de los cuales hay un paso a los reales nuevamente; pues no es infrecuente que la parte activa, o la pasiva en el caso del depósito, antes de aceptar contratar, exijan un escrito, y que no se allanen a firmarlo mientras no haya traspaso de la cosa. Es decir, más o menos como se hace hoy, porque, aun siendo reales los contratos, si presentan alguna envergadura patrimonial, siempre se ven cubiertos por un acto escrito, cuyo momento de suscripción suele coincidir con el momento del traspaso mismo de la cosa»¹⁶⁰. Se alude así entre las tendencias del Derecho de Obligaciones al formalismo moderno, señalando que el consensualismo extremo se ha venido a menos, tendiendo a un formalismo muy distinto al primitivo que facilita la prueba a fin de proteger los intereses de las partes y terceros¹⁶¹.

Pero se afirma que, a pesar de la creciente tendencia legislativa hacia la formalización del contrato, es preciso señalar que el consensualismo sigue siendo el principio general de aplicación extensiva en materia de Derecho de

¹⁶⁰ GUZMÁN BRITO, Alejandro: «La consensualización de los contratos reales». En: *Revista de Derecho*. N.º 29. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso, 2007, pp. 35-60, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100001&script=sci_arttext, también concluye el autor: «La generalización del consensualismo fue obra del Derecho natural moderno. En las modernas codificaciones quedó indirectamente consagrado el consensualismo como principio general del Derecho de contratos, cuando, en síntesis, para obligarse solo se pide que dos partes capaces consientan sin vicios sobre un objeto lícito movidas por una causa lícita. Como no se pide además que consientan bajo ciertas formas o con subsiguiente entrega o tradición, aquéllas y éstas permanecen como excepciones que deben ser expresamente establecidas. Pero todos saben que de hecho no es así. Lo que aparenta ser principio general es en la práctica excepcional, y queda relegado al ámbito teórico. Son muchas las exigencias de formalidades de diversa naturaleza para un sinnúmero de actuaciones jurídicas que fulmina la ley, y, cuando no es ésta la que las exige, es tanta la desconfianza social hacia la mera palabra dada, que son los propios particulares quienes las piden; de esta manera, en los hechos, el recurso a los acuerdos meramente consensuales queda reducido al ámbito de las relaciones jurídicas entre parientes y amigos, y aun así, para operaciones de poca monta». Véase sobre el consensualismo y los contratos reales: DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., pp. 13-15, no cabe duda ser la entrega la que los perfecciona.

¹⁶¹ ABELIUK MANASEVICH, René: *Las Obligaciones*. T. I. 3.ª, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1993, p. 26.

los contratos. En general, las realidades presentadas por el Derecho contemporáneo evidencian la necesidad de acudir al auge de los nuevos principios generales del Derecho de los contratos, como la equidad, la lealtad, la proporcionalidad y la solidaridad, que en el contexto contemporáneo ha originado una «nueva cultura contractual» que busca ganarle terreno a la llamada «nueva crisis del contrato»¹⁶².

Pero tal crisis o decadencia del contrato se asocia al declive de la autonomía de la voluntad¹⁶³, aunque curiosamente el paso de la regla del consensualismo consagrada en el artículo 1161 del Código Civil a un posible formalismo, viene dado por la voluntad de las partes. De allí que la autonomía que dio vida a la transmisión *solo consensu* del derecho real puede así mismo derogarlo por aplicación de la voluntad de las partes. Podemos decir que la citada norma del artículo 1161 del Código Civil es meramente supletoria o dispositiva¹⁶⁴, por lo que las partes podrán prever otra consecuencia.

Vale concluir entonces que el consensualismo o traspaso del derecho real por la sola voluntad de las partes, si bien constituye la regla supletoria en nuestro ordenamiento, no es en modo alguno de orden público, por lo que las partes, bien pueden retornar a la necesaria entrega de la cosa u otras formalidades, a los fines de la consolidación o perfeccionamiento del contrato, siendo uno de los supuestos de transferencia diferida del derecho¹⁶⁵. Así, la certeza probatoria

¹⁶² FORTICH: ob. cit., p. 194, «Es interesante llamar la atención sobre la tendencia del legislador, quien en su afán de protección de la parte reputada débil de la relación contractual impone formas de protección; mientras que en los jueces, encargados de aplicar el Derecho, es ostensible una propensión hacia la “desformalización”, en la medida en que el formalismo, al ser una excepción al principio general, es de interpretación restrictiva. Por lo tanto, mientras el legislador se ha preocupado por incluir nuevas exigencias de forma, la jurisprudencia ha mostrado una posición más liberal que aboga por la disminución de exigencias de formas al contrato».

¹⁶³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Curso de Derecho Civil...*), pp. 28 y 29.

¹⁶⁴ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Algunas normas dispositivas del Código Civil venezolano en materia de obligaciones». En: *Jurisprudencia Argentina*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2016, pp. 20-39.

¹⁶⁵ Véase *supra* N.º 2.2.3.

puede ser dispuesta por las partes como evidente manifestación de la autonomía de la voluntad, dejando atrás la regla del artículo 1161 del Código Civil.

De allí que se afirma que es necesario hacer referencia al consensualismo contractual, en un primer momento; y, luego, al formalismo como supuesta contraposición a ese consensualismo¹⁶⁶. Siendo que para algunos consensualismo y formalismo no dejan de ser cara de la misma moneda¹⁶⁷. En todo caso, el citado principio del consensualismo no dejará de estar exento de polémica, pero insistimos que las partes tienen el poder de relegarlo y asumir otra consecuencia más acorde con sus necesidades; podrán dejar de lado «el simple pacto desnudo por la voluntad» y acudir a las «vestimentas de las formalidades» que a bien tengan, cuando la ley no se las imponga.

* * *

Resumen: Los autores reflexionan sobre el contrato como modo de adquirir la propiedad y otros derechos reales según las normas venezolanas. Para tal propósito, examinan brevemente los principales sistemas de transmisión de la propiedad en el Derecho comparado; de seguida, analizan a fondo el sistema que se desprende de las normas de nuestro Código Civil, concluyendo con una visión crítica del consensualismo en la actualidad. **Palabras clave:** transmisión, propiedad, consensualismo, derechos reales. Recibido: 22-11-19. Aprobado: 15-01-19.

¹⁶⁶ DONAIRES SÁNCHEZ: ob. cit., p. 17, cita la tesis de grado de BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe: *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de Derecho privado*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2000, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/derel/Tesis16.pdf>.

¹⁶⁷ CORTEZ PÉREZ: ob. cit., p. 19, por lo tanto, más que elegir entre una u otra figura –consensualismo o inscripción– para decidir cuando uno es propietario o tiene su propiedad segura es que creo conveniente crear conciencia que tanto el consensualismo como la inscripción son las caras de una misma moneda que nos llevarán por el apacible tránsito del camino llamado «seguridad jurídica» de la propiedad, y es que con mis prácticas pre profesionales he podido evidenciar que el problema de la transferencia del derecho de propiedad no solo es un problema de índole doctrinario de ayer, hoy y siempre sino que sigue estando más presente que nunca en una sociedad como la nuestra que hoy por hoy es tan comercial.