

EL PRINCIPIO DEL CONSENSUALISMO EN EL DERECHO DE LOS CONTRATOS

Pedro Donaires Sánchez^(*)

Fecha de publicación: 08/10/2012

El acto consensual

A fin de entender en qué consiste este principio que rige en la obligación contractual debemos, previamente, dar respuesta a esta pregunta: ¿qué entendemos por acto consensual?; respondiendo a esta pregunta el profesor Cortez Pérez¹, citando a su vez al maestro Torres Vásquez, nos dice:

“A los actos bilaterales o plurilaterales no formales se les denomina consensuales, cuando se perfeccionan por el simple consentimiento, por ejemplo, la compraventa que se perfecciona por el simple acuerdo entre vendedor y comprador, sin necesidad de la entrega del bien ni el pago del precio, ni de la observancia de ninguna formalidad.

Tienen como contraparte a los llamados actos reales, que son aquellos que se perfeccionan con la entrega del bien.”²

Luego, citando a Arias Schreiber Pezet, manifiesta:

^(*) Coordinador de Derecho y Cambio Social.
donaires@gmail.com

¹ CORTEZ PÉREZ, César Daniel. *Dos caras de la misma moneda – Transferencia de la propiedad inmueble; consensualismo e inscripción*, en: www.uss.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/2010-II/DOS_CARAS_DE_LA_MISMA_MONEDA_TRANSFERENCIA_DE_PROPIEDAD_INMUEBLE_CONSENSUALISMO_E_INSCRIPCION.doc
(Fecha de consulta: 01-OCT-2012)

² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Edición Abril 2001. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú. Pág. 90.

“La doctrina contemporánea rechaza la razón de ser de los contratos reales y sostiene que se trata de un antiguo rezago del Derecho Romano, que debe desaparecer. Esto no quiere decir, desde luego, que la entrega no constituya un factor fundamental en la contratación. Lo es y lo seguirá siendo inevitablemente, pero no como requisito para la existencia del contrato.”³

Historia y estudio en el derecho comparado

Claudia Clío⁴, hace una interesante síntesis sobre este tema. Nos informa que 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. Arias Schreiber⁵, nos dice:

“(…) los modos de adquisición de la propiedad son actos materiales, en tanto que el contrato no podía ser percibido de la misma manera y constituía, en consecuencia un acto o creación de carácter estrictamente intelectual. No era un *modus adquirendi*, sino solo un *título adquirendum*.”

Salvat⁶ de la misma manera:

“(…) para operar la transmisión de la propiedad era necesario el empleo de los modos que la ley prescribía primitivamente, estos modos eran tres: la *mancipatio* y la *in jurecessio* para la *res Mancipi*; y la *traditio* para las *res nec Mancipi*”.

Posteriormente los dos primeros modos fueron abolidos y quedó solo la tradición como modo de transmisión de la propiedad, salvo algunas

³ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. TOMO I. Edición 2006. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Págs. 53 – 54.

⁴ CLÍO, Claudia. *El Principio Registral*, en: <http://es.scribd.com/doc/57851758/12/EL-PRINCIPIO-REGISTRAL#page=21> (Fecha de consulta: 02-OCT-2012)

⁵ ARIAS SCHREIBER, Max. *Op. cit.* pág. 327.

⁶ SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. TEA, Buenos Aires, 1964, págs. 235 – 254.

limitaciones que no alteraban el carácter fundamental del principio. Es ya con el transcurso de los siglos que la función asignada a la tradición cambia, de tal suerte que de la idea de una tradición como "realidad sobre la cosa", se pasó a la idea de una tradición como "mecanismo publicitario".

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. En estos supuestos, la transferencia de la propiedad podía acontecer con el mero consentimiento manifestado en el título de adquisición, y al cual se le añadía una estipulación de "*traditio*". Podemos decir que el sistema romano reposa sobre la distinción entre el título y el modo; el contrato de compraventa, o de transferencia, era el título, ó sea, el acto por sí solo no transmitía el dominio, pero que mediatamente servía para ello, al explicar y justificar al todo, dándole razón de ser, siendo el modo el acto que servía inmediatamente para la transmisión del dominio.

Tanto en el derecho argentino como en el derecho español se ha recogido este sistema de origen romano, al que se ha reconocido como **sistema del título y el modo**; pero que no muchos como De la Puente y Lavalle⁷ lo ubican como una categoría del sistema de unidad del contrato, el cual según innumerables autores es propio del derecho francés.

En el Derecho intermedio fueron usuales las cláusulas de este tipo, lo cual determinaba que el principio romanista de la tradición tuviese valor meramente nominal, ya que en realidad era la voluntad de las partes la que determinaba el tránsito de la propiedad a favor del adquirente. Esto también regía en el derecho franco y en el español de esos siglos. A esta situación

⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. En: Para leer el Código Civil, Volumen XI, primera parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993, págs. 95 y 96.

también influyó la idea canónica de espiritualización de los conceptos, eliminando las soluciones demasiado rígidas o formalistas que contravenían el principio de buena fe.

El Derecho canónico acercó el concepto de "*traditio*" a la idea del contrato consensual, por lo que era suficiente examinar la voluntad de las partes distanciándose de las formalidades. Ello tuvo incidencia en la doctrina de los Comentaristas, quienes igualaron la tradición ficta con la tradición verdadera. Esta concepción influyó en la Escuela Moderna del Derecho Natural, en donde el negocio jurídico y el contrato se convierten en los instrumentos jurídicos del individuo, en tanto, la simple declaración de voluntad transmite la propiedad. Su primer representante fue Hugo Grocio, quien expuso que el fundamento de la adquisición derivativa de la propiedad debía ser el contrato, algo que ya en la práctica ocurría por virtud de los mecanismos de tradición ficta, pero que nadie había manifestado con esa claridad. Seguidamente Samuel Pufendorf, acogió el principio consensual de Grocio, según el cual es indispensable y suficiente el acuerdo de voluntades para transmitir la propiedad, con lo que el contrato se incorpora como una de las causas de adquisición del dominio. Luego siguieron Christian Tomasius y Christian Wolff, con lo cual se consolidó el ambiente jusnaturalista de la época, y dio paso a las primeras codificaciones signadas por la doctrina del Derecho natural: Baviera, Prusia, Austria y Francia.

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.

Así lo hacen notar Planiol y Ripert⁸:

“(…) el comprador, el permutante, el donatario devienen propietarios de la cosa al mismo tiempo que acreedores del enajenante; la obligación de transmitir la propiedad convenida por las partes ejecutada al mismo tiempo que se forma. Este resultado se expresa diciendo que la propiedad se transmite por el mero consentimiento”.⁹

Este nuevo sistema francés consagró el solo consentimiento entre las partes contratantes como único requisito necesario para el desplazamiento de la propiedad a favor del comprador. 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 jusnaturalistas. Siendo el Código objeto de análisis, la doctrina francesa discutió denodadamente sobre los nuevos conceptos que trajo consigo. Bigot-Préameneu señala:

“(…) el consentimiento perfecciona la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor deba ser considerado propietario de la cosa”.¹⁰

Por otro lado, Portalis indica que:

“(…) el contrato tiene la eficacia de hacer operar una especie de tradición, la civil.”

El Código de Napoleón de 1804 fue el que instauró el principio consensualista, pero rápidamente en Italia se acogió dicho principio en el Código Civil de 1865, hijo de la reunificación italiana, y cuyo mismo temperamento está presente en el Código Civil de 1942. Sobre esto, previa

⁸ PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo II, Cultural S.A, Habana, 1946, pág. 534.

⁹ Citado por CLÍO, Claudia, en *op. cit.*

¹⁰ *Idem.*

a la época de la codificación, había emprendido ya el mismo camino de admitir la eficacia de cláusulas entre las cuales predominaba el pacto de *constitutum possessorio* como subrogado de la tradición real.

Su presencia en el Código Civil peruano

Al respecto, el profesor chileno Guzmán Brito¹¹, comenta que el contrato real ha sido abolido de este cuerpo normativo:

“Éste reconoce (Código Civil de 1984), como regla general, el tipo consensual de contratos y, por excepción, el tipo formal o solemne. Tal es el sentido de su artículo 1352º: ‘*Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad*’. Desconoce, en consecuencia, el tipo de contrato que en la tradición romanística es llamado real, y entendido como aquel cuya perfección exige, además del consentimiento mutuo de las partes, la tradición o bien la entrega de la cosa que es su objeto. A él pertenecen el mutuo, el comodato y el depósito¹². En ninguno de estos la convención meramente consensual, de todos modos necesaria, forma contrato obligacional, mientras no proceda una tradición en la donación y el mutuo, o una entrega en los demás mencionados; efectuada la cual y perfeccionado, por ende, el contrato, nace la obligación de restituir lo recibido (salvo en la donación, por cierto)”.

El perfeccionamiento del contrato

Por su lado, De la Puente y Lavalle, comentando el citado artículo 1352º del Código Civil,¹³ nos remite a su comentario respecto del artículo 1373º del mismo cuerpo normativo que regula el perfeccionamiento del

¹¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La consensualización de los contratos reales*, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; versión On-line ISSN 0718-6851: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100001&script=sci_arttext (Fecha de consulta: 02-OCT-2012)

¹² No era así en el Código de 1936, en que el mutuo, el comodato y el depósito eran reales: véanse las respectivas definiciones de los artículos 1537º, 1587º y 1603º de ese Código, todas en el sentido de una perfección real de cada uno de esos contratos.

¹³ En *Código Civil comentado*. Tomo VII, Gaceta Jurídica; 1ra. Edición; Lima 2004, págs. 26 y 227.

contrato¹⁴, artículo que prescribe: “*El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.*”

Así, cita el Diccionario de la Lengua Española (Real Academia) que define el perfeccionamiento como *el acabar enteramente una obra*; y, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas que lo define como *corrección, mejora, superación*.

Parte de la doctrina moderna distingue entre la conclusión del contrato y el perfeccionamiento del mismo, nos recuerda el maestro.

Nos dice que la Exposición de Motivos del artículo 1352º del Código Civil no da explicación alguna con respecto al "perfeccionamiento" mencionado en dicho artículo.

Se dice que la conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta.

La misma doctrina señala que el perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea, regula, modifica o extingue una relación jurídica obligacional.

Manifiesta el maestro que, se inclina por esta última posición, por cuanto otorga a la expresión "perfeccionamiento" un alcance más completo.

Luego, afirma que la conclusión del contrato ha sido recogida por el artículo 1352º del Código Civil que, como se ha visto, dice que los contratos se perfeccionan por el consentimiento. Si se entiende, como debe entenderse, que el consentimiento es el acuerdo de voluntades con el propósito de crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, puede coincidirse con Louis Josserand al decir que la noción de consentimiento se confunde, en realidad, con la definición de contrato.

¹⁴ En la misma obra.

En efecto, sin el consentimiento no puede haber contrato, por cuanto pese a que pudieran existir los requisitos para la validez del acto jurídico, o sea agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita por la ley, no existiría contrato, por ser la esencia de este el acuerdo de voluntades, o sea el consentimiento.

No existe contrato mientras no se compruebe que ambas partes han querido algo; de igual modo, tampoco se produce efecto alguno cuando cada contratante quiera algo en solitario. El consentimiento es a la vez la voluntad de cada contratante y el acuerdo de sus respectivas voluntades.

El consentimiento resulta de la armoniosa integración de la oferta con la aceptación, no bastando que ambas declaraciones de voluntad se intercambien. Es menester, además, que se combinen en el sentido de integrarse recíprocamente de modo tal que se produzca una coincidencia de las voluntades de ambas partes con relación al objeto del contrato.

Las declaraciones de voluntad constituidas por la oferta y la aceptación, tienen como única consecuencia contractual la de poner de manifiesto el acuerdo de voluntades, pero nada más allá, esto es, no se logra aún el segundo paso que es necesario para la existencia del contrato, o sea para poner de manifiesto que mediante ese acuerdo se pretende una finalidad jurídica, querida por ambas partes y amparada por el Derecho. Este segundo paso está constituido por asignar a esa fusión de dos declaraciones de voluntad unilaterales el carácter de una declaración de voluntad común expresada por las dos partes conjuntamente, esto es, la conjunción de dos voluntades individuales en forma tal que quieren lo mismo cuya expresión como declaración surge con el hecho de la aceptación, es decir cuando el aceptante hace suya, como si fuera propia, la voluntad del oferente y la declaración conjunta de voluntad común.

Dentro de la técnica adoptada por el Código Civil puede decirse que el perfeccionamiento del contrato se produce cuando, por aplicación del artículo 1373º, el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Resulta así que el Código utiliza la misma denominación – perfeccionamiento- para referirse a dos fenómenos jurídicos distintos, ya que no es lo mismo el acto espiritual del acuerdo de voluntades y el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación.

El consentimiento interno y externo

Haciendo el comentario específico sobre el artículo 1352º del Código Civil, el maestro De la Puente y Lavalle¹⁵, reitera que el perfeccionamiento del contrato puede ser entendido de dos maneras distintas, aunque con efectos similares: (i) como el acto espiritual del acuerdo de voluntades; y (ii) como el acto material de la conjunción de la oferta con la aceptación. Precisamente se discute si la conjunción de la oferta con la aceptación es técnicamente posible.

Manifiesta que esto ha dado lugar a que en la formación del contrato existan, por un lado, las voluntades internas de cada parte que, aun cuando destinadas a integrarse entre si, conservan su individualidad y no se ponen de manifiesto -al menos para los efectos del contrato- y, por otro lado, la manifestación de esas voluntades, teniendo el carácter de una declaración de voluntad común. Tal como señalan los Mazeaud:

"(...) la eficacia de la voluntad supone su existencia real (o sea voluntad interna) y su manifestación (declaración de voluntad)".¹⁶

Esto es, que no obstante que el consentimiento es uno solo, en el sentido de que ambas partes prestan el mismo consentimiento, este muestra

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Citado por el maestro De la Puente Lavalle en *op.cit.*

dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común. Así, resulta conveniente estudiar por separado cada uno de estos lados del consentimiento.

Tenemos, en primer lugar, el lado interno del consentimiento. Para facilitar su estudio se va a considerar que se trata de un contrato en el que hay dos partes, un oferente o grupo de oferentes, y un aceptante o grupo de aceptantes.

No interesa saber, para los efectos del consentimiento, qué es lo que las partes desearon individualmente obtener del contrato ni qué las ha llevado a iniciar las negociaciones, si es que estas hubieran existido; pues durante esta etapa no estaban consintiendo, sino únicamente queriendo. Solo cuando llega el momento de celebrarse el contrato, cuando surge en la vida del Derecho ese acto jurídico plurilateral, es que las partes dejan de querer individualmente para ponerse de acuerdo, para unir sus voluntades.

Considera que vale la pena repetir las palabras de Baudry-Lacantinerie y Barde:

"yo puedo querer solo, pero no puedo consentir solo, porque el consentimiento es un concurso de voluntades"¹⁷.

Se debe explicar este proceso. Al llegar el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. En realidad, se confunde muchas veces el contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. Consecuentemente, llegado ese momento (el de celebrarse el contrato), las voluntades internas de las partes, con relación al contrato,

¹⁷ Citado por De la Puente y Lavalle en obra ya referida.

tienen que ser coincidentes, porque el contenido de la oferta debe ser necesariamente el mismo de la aceptación para que haya acuerdo de voluntades internas. Es cierto que existen dos voluntades internas, pero no es menos cierto que esas dos voluntades quieren consentir, quieren desear la misma cosa, y si no lo logran, si no quieren lo mismo, no habrá contrato.

En estas condiciones, cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda. La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente el contrato va a estar constituido por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

Dice Jorge Giorgi¹⁸ que el acto interno de la voluntad debe ser deliberado, en el sentido que el contratante debe estar consciente de que mediante la exteriorización de esa voluntad interna se va a formar un contrato. Si yo ocupo la posición de oferente, debo situarme volitivamente en la posición de querer que si mi oferta es aceptada se va a formar el contrato; si, por el contrario, ocupo el lugar del aceptante, mi voluntad debe ser que deliberadamente con mi aceptación estoy dando lugar a la celebración del contrato.

Esto en cuanto al lado interno del consentimiento. Conviene ahora estudiar el lado externo del mismo.

Cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una

¹⁸ *Idem.*

característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales. Roberto De Ruggiero¹⁹ entiende que el encuentro de las dos voluntades da lugar a una nueva voluntad, que es el resultado, no la suma, de la unión de las voluntades de los contratantes.

Ocurre aquí, en el campo del Derecho, nos grafica el maestro, algo similar a lo que en el campo de la química, en que la unión de dos elementos, doble proporción de hidrógeno con una de oxígeno no da lugar a que haya una suma de hidrógeno y de oxígeno, sino que es agua; asimismo, la unión y manifestación de dos personas diferentes da lugar al consentimiento, con la diferencia, sin embargo, de que los dos elementos que se unen para formar el consentimiento si bien son distintos por constituir voluntades internas de dos personas diferentes, tienen idéntico contenido, porque cada parte quiere lo mismo, al menos inmediatamente, que es celebrar el contrato, o sea que nazcan las obligaciones que constituyen su objeto, aunque inmediatamente quieren cosas distintas, como son los efectos que tendrá el contrato para cada una de ellas, esto es, la ejecución de las prestaciones respectivas.

Para que exista consentimiento es necesario, pues, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas. Tal como dice Federico Puig Peña²⁰, un consentimiento que no se manifiesta es un no consentimiento. Esta manifestación externa se logra con el concurso de dos declaraciones de voluntad, una del oferente que está constituida por la oferta, y otra del aceptante que está constituida por la aceptación. Sin embargo, debe tenerse muy presente que el contrato no está formado por dos diferentes declaraciones de una misma voluntad, sino que el conjunto de la oferta y de

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

la aceptación debe ser considerado como una declaración conjunta de dos voluntades iguales, o sea una voluntad común expresada simultáneamente por ambas partes en el momento de la aceptación.

El contrato es algo más que el acuerdo de voluntades, por tener un sentido técnico, esto es, ser el medio por el cual la ley permite que ese acuerdo adquiera virtualidad propia como acto jurídico, no solo respecto de los otros contratantes, sino también con relación a terceros.

Cabe, pues, decir, según el maestro De la Puente y Lavalle, que, en la acción de contratar existen dos consentimientos o, mejor dicho, el consentimiento entendido en dos sentidos: (a) el consentimiento constituido por la coincidencia de las voluntades internas que es lo que determina que se acepte la oferta, y (b) el consentimiento concebido como la exteriorización de esas dos voluntades coincidentes, ya que no debe olvidarse que para que exista contrato no es suficiente que la aceptación coincida con la oferta, sino que es necesario, además, que ambas partes quieran que mediante la aceptación se forme el contrato; esto es, que surja ese ente al cual la ley le otorga el poder de producir efectos jurídicos obligatorios.

El consensualismo y los contratos reales

La autora Clío²¹, comentando el principio registral en la transferencia de bienes inmuebles, afirma que el artículo clave para poder analizar tanto la historia como el estudio, en el derecho comparado, sobre el principio consensualista, así como también las ventajas y desventajas que presenta, es el artículo 949º de nuestro Código Civil, en el cual se establece lo siguiente: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en*

²¹ Op. cit.

contrario.” Así, sostiene que en comparación con otros sistemas de transferencia de propiedad inmueble en el derecho comparado, el artículo 949° 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.

Analizando este aspecto, Guzmán Brito ²², precisa que, consecuentes con esta postura, las definiciones que el Código peruano ofrece para cada uno de los contratos tradicionalmente reales, aparece concebida en términos obligacionales, que merced al dispositivo del artículo 1352°, antes transcrito, derivan de sólo el consenso, salvo la prenda y la anticresis, por las razones que luego explica.

En este sentido, el artículo 1621° define que *"Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien"*. El artículo 1648°, a su vez, dice que *"Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad"*²³. El artículo 1728°, por su lado, expresa que *"Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva"*²⁴. Por su lado, el artículo 1814° prescribe que *"Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante"*.

²² *Op. cit*

²³ En consecuencia, el artículo 1653° del Código Civil peruano declara que: *"El mutuante está obligado a efectuar la entrega en la oportunidad convenida y, en su defecto, al momento de celebrarse el contrato"*.

²⁴ Por lo cual el artículo 1735° de dicho cuerpo normativo establece como una de las obligaciones del comodante: *"1. Entregar el bien en el plazo convenido"*.

En todos los casos, el tipo consiste en que una de las partes "se obligue"; se entiende que en la donación y en el mutuo, la obligación es a transferir el donante el bien al donatario, o el mutuante la cantidad de consumibles al mutuuario; en el comodato, es a entregar el comodante la cosa inconsumible al comodatario; y en el depósito, a recibir el depositario el bien y a entregarlo en devolución al depositante después.

En lo que concierne a la prenda y a la anticresis, explica el maestro chileno, el Código de 1984^o no las considera contratos ni las expone, por ende, entre estos en el Libro VII: Fuentes de las obligaciones, sección 2^a: Contratos nominados; sino en el Libro V: Derechos reales, sección 4^a: Derechos reales de garantía, título 1^o: Prenda y título 2^o: Anticresis. En todo caso, les conserva su tradicional carácter real. De la prenda, dice el artículo 1055^o, en efecto, que *"se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación"*; y de la anticresis dispone el artículo 1091^o *"se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos"*. Así que, sea cual sea la naturaleza de ambos actos, no cabe duda ser la entrega la que los perfecciona²⁵.

El principio registral y crítica al consensualismo

Sobre este tema, Clío²⁶, expone que para responder a la interrogante de cuál es el sistema de transferencia de inmuebles regente en el país, diremos que el elegido por el legislador fue el **sistema francés**; y, el de la yuxtaposición **del título y el modo**; y, que presentan en nuestro ordenamiento jurídico serias falencias, pues en algunos casos son incapaces para adecuarse satisfactoriamente a la realidad de nuestro país y en otros, los yerros son

²⁵ GUZMÁN BRITO, *op. cit.*

²⁶ *Op. cit.*

apreciables desde su configuración misma. Ello no quiere decir que estos sistemas sean malos, no es así; creemos que dichos sistemas, en sus versiones originales, proyectan sustanciosa y abundante razonamiento doctrinario con alcances objetivos. Lo que acontece respecto a ellos, en el caso nacional, es una natural consecuencia de la importación de sistemas o normas, a las que nos tiene acostumbrado el legislador patrio y que responden, bien o no tan bien, a otras realidades sociales para las cuales se concibieron.

Nuestro sistema es un caos, enfatiza Clío, pues nadie sabe a ciencia cierta cuál de los 2 principios (registral o consensualista) es el imperante. Con ello se demuestra lo grave del asunto, puesto que el derecho, manifestado a través de las distintas normas que reglamentan las conductas de los miembros de una nación, busca que estos preceptos tengan un alcance general y objetivo, lo que en la materia que nos ocupa, parecería, aún, muy lejos de suceder.

En nuestra legislación se habría venido sosteniendo que el solo consentimiento transmite una propiedad absoluta, tal y conforme lo establece la terminante disposición del citado artículo 949° del Código Civil. Siendo ello así, podría pensarse apresuradamente que la inscripción del acto traslativo no modifica en nada el sistema general de transferencia de los derechos reales. Sin embargo, existen algunas hipótesis en las cuales el principio consensualístico tambalea y, en buena cuenta es dejado de lado en beneficio de la inscripción. El caso más conocido de esta confrontación entre "consentimiento" e "inscripción" se produce en el Artículo 1135° del Código Civil, conocido 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". Aquí un ejemplo: Si el vendedor celebra un contrato de compraventa con un primer comprador

que no inscribe, lo que no parece relevante ya que este igualmente es propietario a tenor del artículo 949° del Código, y luego con un segundo comprador que sí inscribe su adquisición, resulta que este ultimo será el preferido. ¿No constituye esto una infracción al principio consensual? Seguramente la respuesta será positiva. En este sentido, tenemos que el primer comprador ya era propietario y el vendedor había dejado de serlo; en consecuencia, el segundo comprador nada debió adquirir porque el vendedor ya no era dueño; sin embargo, resulta que este segundo comprador si adquiere. Se prefiere al primer inscribiente (principio de la inscripción) frente al primer contratante (amparado por el principio de consentimiento). Resalta Clío, que, se trata de una clara excepción al artículo 949° del Código Civil, triunfando así el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda ser explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa en cuanto a que existirían dos propiedades, una relativa, entre las partes; y, otra absoluta, frente a los terceros; ya que en ese caso el "propietario relativo" no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su título ante la administración.

Consensualismo, formalismo y autonomía de la voluntad privada

En este caso, el tema que nos ocupa es abordado desde la perspectiva del principio de la autonomía de la voluntad privada; al respecto, existe un interesante razonamiento de Bonivento Correa²⁷, colombiano, cuando considera que es necesario hacer referencia al consensualismo contractual, en un primer momento; y, luego, al formalismo como supuesta contraposición a ese consensualismo.

El consensualismo, expone, tiene una relación directa con el

²⁷ BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado*. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana. República de Colombia, 2000, en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>
(Fecha de consulta: 04-OCT-2012)

principio de la autonomía de la voluntad privada, en la medida que la sola manifestación de voluntad de las partes, sería la vía como surgiría un contrato; por el contrario, el formalismo exige una solemnidad especial, propia del mismo, como vía para el perfeccionamiento del contrato y para que el mismo produzca efectos jurídicos.

El consensualismo, como tal, sería el acompañante ideal del principio de la autonomía de la voluntad privada si se tiene presente que con la sola manifestación de voluntad de las partes se estarían perfeccionando los contratos; sería la voluntad sola, como tal, la responsable del nacimiento o surgimiento de los contratos, resultando cualquier tipo de formalismo una limitante de la autonomía de la voluntad privada; sin embargo, esto último no es una limitante directa ya que debe tenerse en cuenta que cualquier tipo de formalismo o solemnidad es algo adicional al libre acuerdo de voluntades, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa de bien inmueble, que es elevado a escritura pública; aquí la solemnidad posterior de la escritura pública para el contrato en mención no se puede considerar como una intervención del legislador que limite la voluntad²⁸, ya que es algo exógeno al acuerdo de voluntades que está encaminado más a términos de seguridad jurídica y publicidad.

Ventajas y desventajas del principio consensualista

En cuanto a las ventajas del principio consensualista²⁹ se tiene que este principio: Favorece la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos materiales, combinando de esa manera los postulados del jusnaturalismo con los propios del liberalismo-económico. Así, opera como elemento activador de la circulación de la riqueza, beneficiando

²⁸ Hace referencia al caso en el que la legislación haya previsto una determinada formalidad en la celebración de ciertos contratos.

²⁹ Sintetizadas por Clío en op.cit.

directamente al comprador, quien se convierte en propietario de la cosa antes que se produzca la entrega o el pago del precio; tenemos el caso del comprador que adquiere un bien inmueble sin tener el dinero para pagar el precio, pero puede procurárselo con la reventa de la cosa e incluso asegurarse una ganancia.

Sobre las desventajas, los autores reconocen las limitaciones generadas por un sistema consensual a ultranza. Mazeaud indica que:

“El principio ‘solo consensus’, al hacer producir a la voluntad el efecto más completo presenta dos graves peligros para los terceros ya que al ser transmitida la propiedad por el solo cambio de los consentimientos, es de temer que el enajenante, cuando tenga la casa en su poder, la ofrezca a un segundo adquiriente que ignora la primera enajenación y que será engañado por la apariencia; este segundo adquiriente no llegará a ser propietario, ya que el enajenante había perdido definitivamente la propiedad a favor del primer adquiriente. El segundo inconveniente de transmisión ‘solo consensus’ resulta de la necesidad de un contrato válido para producir esa transacción puesto que el contrato nulo no surte efecto obligatorio ni real; además de que tampoco crea la obligación, no transmite la propiedad.”³⁰

Así pues, 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 adquiriente 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, a parte que 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

³⁰ MAZEAUD, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen 4, Editorial Jurídica Europa- América, Buenos Aires, 1960, pág. 325.

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.

Conclusiones:

1. Por el principio del consensualismo, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de la partes sin necesidad de la entrega del bien ni el pago del precio, ni de la observancia de ninguna formalidad; de donde se desprende que este principio es contrario al principio del formalismo.
2. Históricamente, el consensualismo surge en contradicción al sistema del título y el modo del derecho romano, en virtud del cual, de este sistema formalista, los contratos se perfeccionaban, luego del consentimiento, en el cumplimiento de la formalidad prevista; así, en la compraventa de bien inmueble, la traslación del dominio requiere de la entrega de la posesión de dicho bien como acto material adicional.
3. 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.
4. El consentimiento implica la existencia de voluntades internas que una vez manifestadas coinciden para dar lugar a una voluntad externa que constituye una declaración de voluntad común.
5. Nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble se rige por el principio consensualista en desmedro del contrato real; pues, la sola

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

6. En relación con el principio registral, el principio consensualista de nuestro sistema sufre una yuxtaposición de la regla del título y el modo; pues, en caso de concurrencia de acreedores, se prefiere al primer inscribiente (principio de la inscripción) frente al primer contratante (amparado por el principio de consentimiento).
7. Entre el consensualismo y el formalismo, el primero guarda armonía y fortalece a la autonomía de la voluntad mientras que el segundo puede constituir una limitación a esa voluntad si es que impuesta; en cambio, si el formalismo es opcional robustece la autonomía privada de la voluntad.
8. En cuanto a las ventajas y desventajas del principio consensualista: respecto de lo primero, se tiene que este principio favorece la circulación de la riqueza y la utilización de los recursos materiales; sobre lo segundo, 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 jurídica.

Bibliografía y recursos de internet

- ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. TOMO I. Edición 2006. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.
- BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. *La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado*. Tesis de grado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Pontificia Universidad Javeriana. República de Colombia, 2000, en:
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>
(Fecha de consulta: 04-OCT-2012)

- CLÍO, Claudia. *El Principio Registral*, en:
<http://es.scribd.com/doc/57851758/12/EL-PRINCIPIO-REGISTRAL#page=21>
 (Fecha de consulta: 02-OCT-2012)
- CORTEZ PÉREZ, César Daniel. *Dos caras de la misma moneda – Transferencia de la propiedad inmueble; consensualismo e inscripción*, en:
www.uss.edu.pe/Documentos/derecho/produccionjuridica/2010-II/DOS_CARAS_DE_LA_MISMA_MONEDA_TRANSFERENCIA_DE_PROPIEDAD_INMUEBLE_CONSENSUALISMO_E_INSCRIPCION.doc
 (Fecha de consulta: 01-OCT-2012)
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. En: Para leer el Código Civil, Volumen XI, primera parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La consensualización de los contratos reales*, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; versión On-line ISSN 0718-6851:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100001&script=sci_arttext
 (Fecha de consulta: 02-OCT-2012)
- MAZEAUD, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Segunda, Volumen 4, Editorial Jurídica Europa– América, Buenos Aires, 1960.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo II, Cultural S.A, Habana, 1946.
- SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. TEA, Buenos Aires, 1964.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico*. Edición Abril 2001. Editorial Moreno S.A. Lima – Perú.

Para citar:

Donaires S., P. (2012). El principio del consensualismo en el derecho de los contratos. *Derecho y Cambio Social*, n.º 30-2012, pp. 1-22. ISSN: 2224-4131.
 DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4434969>