
LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN EL PERÚ

Felipe Osterling Parodi

Doctor en derecho, profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

Mario Castillo Freyre

Magíster y doctor en derecho, profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

1. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMUEBLE

El tratamiento que se ha dado a este tema, a lo largo de la historia del proceso codificador nacional, podríamos rescatarlo de la siguiente manera:

1.1 Código Civil de 1852

El primer Código Civil que tuvo considerable vigencia en nuestro país (además de aquél de la Conferencia Perú-Boliviana de 1836, de efímera duración), el de 1852, en su libro tercero, De las obligaciones; y, Contratos, sección segunda; De los contratos consensuales, título primero, legislaba el contrato de compraventa, definiéndolo en su artículo 1305, y estableciendo luego el carácter consensual de la transferencia de propiedad de los bienes, siguiendo la metodología del Código Napoleón.

El artículo 1308 del Código de 1852 preceptuaba lo siguiente:

Artículo 1308.- En la venta simple pasa la propiedad de la cosa al comprador, aun antes de su entrega y pago del precio.

Esta norma, como se puede apreciar de su texto, tuvo una gran influencia del artículo 1583 del Código Napoleón, del cual recoge todos sus elementos esenciales.

Esto significa que al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar la transferencia de propiedad de la cosa "aún antes de su entrega y pago del precio", debemos entender que dicha transferencia (al igual que en el derecho francés) se realizaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, surgida de su celebración.

Precisamos que, al referirse el artículo 1308, en general, a "la cosa", y no hacer distinción alguna entre muebles e inmuebles, debemos aplicar el principio de que no es posible diferenciar donde la ley no lo hace, y afirmar, por tanto, que la transferencia de propiedad de los bienes muebles e inmuebles operaba automáticamente al momento de la celebración del contrato de compraventa, apenas surgida la obligación de transmitir propiedad.

Podemos concluir, entonces, que el Código Civil peruano de 1852 seguía el modelo francés.

Además, conviene aclarar que a la fecha de entrada en vigencia del Código bajo comentario (1852), no estaba aún vigente la ley del 23 de marzo de 1855, modificatoria del Código francés, que establecía el requisito de inscripción para la validez de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles respecto de terceras personas, ajenas al contrato; razón por la cual el Código Civil peruano de 1852 siguió fiel a la posición originaria del Código Napoleón.

1.2 Código Civil de 1936

Este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro quinto, Del derecho de obligaciones, relativa a las obligaciones y sus modalidades, incluía el artículo 1172, por el que se ratificaba el principio del artículo 1308 del Código Civil de 1852, antes citado, pero en esta oportunidad exclusiva-

mente para bienes inmuebles, cuando disponía:

Artículo 1172.- La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

Con respecto a los bienes muebles, materia que desarrollaremos más adelante, el ponente del libro V del Código de 1936, Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, durante las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, fue el partidario más ferviente de instaurar el sistema de la tradición que más tarde fue asumido por el proyecto.

Por otra parte, y refiriéndose a la transición de los bienes inmuebles, en el Acta de la Comisión correspondiente a la 120 sesión, de fecha miércoles 12 de agosto de 1925, Olaechea presentó su ya famoso memorándum en el que señalaba su parecer favorable respecto del sistema francés (con la reforma introducida por la ley de 1855 sobre la transferencia de la propiedad inmueble). Consideraba, además, que los sistemas argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad inmueble no era un sistema adecuado, ya que la tradición podía revestir las más de formas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

En la sesión del miércoles 19 de agosto de 1925, Solf y Muro presentó un memorándum a la Comisión, por el cual resaltaba las ventajas del sistema del Registro de la Propiedad. Solf y Muro concluía su exposición resumiendo cuáles eran sus planteamientos¹, diciendo lo siguiente:

1 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Actas de las sesiones. Fascículo quinto, pp. 19 y 20. Lima: Imprenta Castrillón, 1928.

Al efecto propongo la adopción de un temperamento que por el momento se traduce en una dualidad de sistemas. Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el Registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros.

Los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a reglas semejantes a las que se contienen en nuestro Código Civil.

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios del sistema Torrens o del germano a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que llegan a 24.876 urbanos, 21.398 rústicos y 3.041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, número que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentando cada día.

La cuestión sobre si el requisito de la matriculación para la validez de las transferencias o la constitución de los derechos sobre inmuebles, debe considerarse como forma de la tradición exigida desde el derecho romano, a la manera que lo hace el Código chileno, o sobre si tal requisito queda al margen de esa regla, siguiendo el camino del legislador francés, de la transmisión operada por solo consentimiento, éste es un punto materia de la ilustrada ponencia del señor Olaechea.

En esa misma sesión, Pedro M. Oliveira respaldó el planteamiento de Solf y Muro en el sentido de adoptar el sistema de la inscripción y afirmó que era posible hacerlo². Sustentando esta necesidad, Oliveira señalaba³ que:

2 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., fascículo quinto, p. 34.

3 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., fascículo quinto, pp. 36 y 37.

Urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas. Si por un apocado concepto de las posibilidades nacionales no acometemos resueltamente la reforma del Registro del Estado Civil y la reforma del Registro de la Propiedad, que son las más importantes que pueden llevarse a cabo en el orden civil, el nuevo Código caerá en el vacío y las más acertadas de sus disposiciones carecerán de eficacia. Por sabio que sea el régimen de los derechos reales en la letra de la ley, de nada servirá en la práctica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

En la sesión del miércoles 26 de agosto de 1925, Solf y Muro señaló⁴ que el principio de la inscripción en el Registro como condición indispensable para adquirir la propiedad y demás derechos sobre inmuebles no era absoluto, formulando una serie de precisiones legislativas y doctrinarias que lo conducían a proponer a la Comisión⁵ rechazar las fórmulas alemana y suiza —a pesar de considerar superior la primera sobre la segunda—, y optar por la brasileña

... que omite toda declaración ante el Registro y sólo requiere la presentación del título, por juzgarla de mejor aplicación en nuestro medio, ya que se conforma con el régimen existente. Además, esta regla tiene carácter de generalidad pues se aplicará a todos los actos inscribibles, los de transmisión entre vivos y por causa de muerte, y los simplemente declarativos.

4 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., fascículo quinto, p. 38.

5 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., fascículo quinto, p. 41.

Propuso, además, que se expresara que la inscripción se verificaría en vista del título en que constan la causa jurídica del acto, y en su caso la voluntad del enajenante de consentir en la inscripción.

En la sesión del miércoles 2 de septiembre de 1925, Juan José Calle presentó por escrito sus apreciaciones sobre el particular. Calle estaba en desacuerdo con las opiniones de Oliveira y Solf y Muro, y concordaba con las de Olaechea. Él concluía con que el nuevo Código Civil debía mantener el sistema que imperaba en esos momentos, vale decir, que para el caso de bienes muebles, su dominio se adquiriera por la tradición; y respecto de los inmuebles, se mantuviera el sistema establecido por la ley del 2 de enero de 1888, que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, proponiendo su inclusión en el proyecto de Código en debate⁶. En realidad esta ley que creó el mencionado Registro, sólo lo convirtió en declarativo, mas no en constitutivo de propiedad, razón por la cual, ésta se transmitía por la sola obligación de enajenar, criterio que Calle consideraba el más acertado para la realidad de nuestro país.

No es nuestro objetivo dar un detalle completo de toda la discusión que se suscitó en la Comisión Reformadora, porque ello escaparía a los propósitos de este trabajo, pero sí hemos querido trazar sus grandes lineamientos.

Al elaborarse el proyecto del libro V del Código Civil, la propuesta de Olaechea fue acogida por la Comisión. En la exposición de motivos del mencionado proyecto, Olaechea decía⁷ lo siguiente:

Para definir el régimen de estas obligaciones (se refiere a las de dar), precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediando la inscripción; y si tratándose de cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio.

Según el Código francés, la propiedad de los inmuebles se trasmite como efecto de la estipulación. Conforme a este sistema, la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquirente en aptitud de servirse de la cosa. La obligación nace y muere sin solución de continuidad. Se considera perfecta y ejecutada en el mismo momento de su formación. El consentimiento, decía Bigot-Préameneu, perfecciona por sí solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil. Y Marcadé agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición transfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en sí una tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio. El sistema del Código francés fue adoptado por el peruano (se entiende el Código de 1852). El Código Napoleón presume que existe, por decirlo así, una tradición de derecho implícita, y como consecuencia de sistema tan espiritualista, la convención pone los riesgos de la cosa a cargo del acreedor convertido en propietario por el consentimiento.

El sistema instaurado por el Código francés no ha sido uniformemente seguido por las codificaciones posteriores. La institución creada por aquel Código fue modificada en Francia por la ley de 23 de marzo de 1855, conforme a la cual no se puede oponer a

6 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. Op. cit., fascículo quinto, p. 57.

7 OLAECHEA y OLAECHEA, Manuel Augusto. *Exposición de motivos del libro V del proyecto de Código Civil*, pp. 16-18. Lima: Librería e Imprenta Gil S.A., 1936.

tercero ningún derecho real que no esté previamente inscrito.

El sistema que considera adquirido el derecho real como efecto de la inscripción, mira al interés general y al desarrollo del crédito territorial.

El sistema de la tradición reviste una marcada inferioridad respecto del sistema francés. La tradición es un hecho que no está subordinado a formas especiales; se prueba como todo hecho; y desde el punto de vista de la publicidad es claramente ineficaz.

La Comisión reconoce la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que construye una propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta. La inscripción no asume más valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en sí misma una verdadera sustantividad.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de la inscripción, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad. La institución del registro fue implantada en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que son insuperables a la acción de la voluntad. El Registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación requeriría, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es imperativo prescindir del sistema germánico que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo a la primera valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por sí solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del Registro.

Hasta aquí las palabras de Olaechea.

Los principios esgrimidos por él y plasmados en el Código Civil de 1936, se mantienen vigentes en la actualidad, ya que el Código Civil promulgado en 1984 tiene normas de contenido similar a las del cuerpo legislativo derogado.

Creemos necesario recordar que la fidelidad, no sólo en este aspecto sino en muchos otros, que profesó Olaechea por el derecho civil francés se debía, en gran medida, a la notable influencia que causó en su vida el viaje que realizó a ese país en los albores del siglo XX.

Al haber sido un excelente alumno en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, logró graduarse de abogado a la edad de 19 años, es decir, siendo menor de edad (la mayoría de edad en ese tiempo se adquiría a los 21 años). Por tal razón, y de acuerdo con las leyes vigentes de la época, éstas le impedían ejercer su profesión, motivo por el cual su padre, el doctor Manuel Pablo Olaechea Guerrero, lo envió a Francia para perfeccionarse y tomar lecciones de derecho con los grandes maestros de la Facultad de París⁸.

Su hijo, el doctor Manuel P. Olaechea du Bois, relata⁹ cuál fue la influencia que ejerció sobre él el derecho francés:

En París asistía diariamente a las lecciones de los maestros clásicos, al final de la rue Soufflot. Era el período que sin lugar a dudas puede llamarse la época de oro del derecho civil y en que la luz venía de Francia. Esta rama del conocimiento jurídico y la perfección de sus exégetas habían alcanzado admirable desarrollo. El culto de la lógica y la más depurada técnica, lo hacían una de las expresiones más elevadas del

8 OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. *Estudio Olaechea, 1878-1978*. Lima, 1978, p. 75.

9 OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. Op. cit., p. 75.

saber humano. Era posible enamorarse de la ciencia del derecho y éste fue el caso del doctor Olaechea.

1.3 Código Civil de 1984

El Código Civil vigente regula lo relativo a la transferencia de la propiedad en el libro V, Derechos reales; sección tercera, Derechos reales principales; título II, Propiedad; capítulo segundo, Adquisición de la propiedad; subcapítulo IV, Transmisión de la propiedad, artículos 947 a 949.

En la primera de las normas citadas (el artículo 947), el Código trata de la transferencia de propiedad de los bienes muebles, estableciendo que ésta opera por la tradición de los mismos:

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

El artículo relativo a la transmisión de propiedad de los bienes inmuebles, es el 949, precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Como se puede apreciar de la clara redacción de las dos normas transcritas, el Código peruano opta por el mismo sistema que el derecho francés, desechando todas aquellas opciones que consideran como indispensable para la transferencia de los bienes inmuebles el requisito de la inscripción. Aquí queremos, sin embargo, formular ciertas precisiones.

En la transferencia de propiedad en el Código Civil francés, de acuerdo con la doctrina de ese país, si bien la norma ge-

neral del artículo 1138, luego ratificada por el artículo 1583 (relativo al contrato de compraventa), la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se transmite por la sola obligación de enajenar. Respecto de los bienes muebles dicha norma resultó sólo declarativa, como anota Freitas cuando comenta el problema, ya que en virtud de lo establecido por el artículo 2279 del Código francés "en materia de muebles, la posesión equivale al título", lo que realmente significa que la transferencia de propiedad de estos bienes se realiza por medio de la tradición.

Desde esta óptica puede sostenerse que el derecho civil peruano nunca se apartó del principio francés.

Si bien respecto de la transferencia de propiedad inmueble el Código francés de 1804 estableció el principio de que se realizaba por la sola obligación de enajenar o el solo consenso (tal como fue asumido por el Código peruano de 1852), a través de la ley de marzo de 1855 que creó en Francia el Registro de la Propiedad Inmueble, se estableció como requisito de oponibilidad frente a los terceros, justamente el hecho de la inscripción. Este sistema respecto de las inscripciones de los inmuebles fue también asumido por el Perú, cuando, como bien señala Olaechea, en 1888 se dictó la ley sobre el Registro de la Propiedad Inmueble.

Vale decir que desde esa fecha (1888), el Perú actualizó su sistema respecto del francés, asumiéndolo nuevamente como suyo. De acuerdo con este sistema, la propiedad de los bienes inmuebles se transfiere por la sola obligación de enajenar, mas para oponerla a terceras personas es necesaria su inscripción en el Registro.

El Código Civil de 1936, como ya lo vimos, mantuvo el mismo sistema, incorporándolo en los artículos 1172, 1173 y 1050, cuyos textos son los siguientes:

Artículo 1172.- La sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario.

Artículo 1173.- Si la cosa cierta que debe entregarse es mueble, y la reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiere obligado a entregarla, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de ella, aunque su título sea posterior. Si el deudor no hizo tradición de la cosa será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno de los acreedores conste de instrumento público.

Artículo 1050.- Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

El Código Civil de 1984 no ha alterado dicho sistema, salvo otorgándole mayor claridad a sus preceptos.

Por tanto, podemos concluir que nuestro derecho civil nunca varió su posición respecto de la transferencia de la propiedad, en relación a la línea trazada por el derecho civil francés.

Por lo expresado, consideramos que existe perfecta armonía entre lo dispuesto por el artículo 1529 del Código Civil peruano de 1984 (relativo a la definición del contrato de compraventa), en el sentido de que se trata de un acto meramente obligacional, y no traslativo de ningún derecho real, y el artículo 949 del mismo cuerpo legal, referente a la manera como se transmite la propiedad.

La respuesta al tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú no la podemos hallar dentro de principios ajenos a los que históricamente han regido nuestro derecho civil.

No obstante que el aparente problema que abordamos ha sido tratado y zanjado

por la antigua Escuela Exegética francesa del siglo XIX, han surgido en nuestro medio desde la aparición del Código Civil de 1984, numerosos intentos de explicación sobre el tema, además de haberse renovado preocupaciones de siempre.

Por la alta consideración que nos merecen sus propulsores, todos ellos distinguidos profesionales y catedráticos, queremos hacer mención de sus diversas posiciones, expresando además nuestro propio punto de vista sobre las mismas. Lo haremos en estricto orden cronológico a la fecha de publicación de sus opiniones.

En un artículo aparecido en el volumen I de *Para leer el Código Civil*, Jack Bigio¹⁰ analiza la regulación que el Código Civil peruano de 1984 brinda al tema de la transferencia de la propiedad inmueble. En tal sentido sus comentarios devienen en una exposición de motivos al haber sido, sin lugar a dudas, uno de los miembros más activos de la Comisión Revisora del Código Civil.

Por nuestra parte consideramos que el autor recoge, sin lugar a dudas, la motivación que tuvo el legislador de 1984 para adoptar la redacción del artículo 949 del referido Código Civil.

Por lo demás, Bigio, identificándose con un importante sector doctrinario, precisa que en el caso del artículo 949, si es que la obligación de transferir propiedad se derivase de un contrato, como es el caso del contrato de compraventa, el título y el modo coinciden en el contrato mismo. Consideramos que si bien es cierto que el título está representado por el contrato de compraventa celebrado, no será éste el

10 BIGIO CHREM, Jack. "La compraventa y la transmisión de propiedad", en: *Para leer el Código Civil*. Vol. I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, pp. 195-211.

que transfiera la propiedad del bien inmueble, sino la obligación objeto del contrato, cuya ejecución es inevitable –por mandato de la ley–, siempre y cuando estemos en presencia de un bien de propiedad del vendedor, cierto y presente, y no exista disposición legal diferente ni pacto en contrario.

No obstante ello, debemos admitir que la posición del doctor Bigio es, sin lugar a dudas, la más difundida en nuestro medio como explicación del tema referido a la transferencia de la propiedad inmueble.

Resulta importante la observación de Bigio cuando señala que la norma bajo análisis admite disposición legal diferente, a lo que se podría agregar que también cabe pacto en contrario a la misma. Todo ello nos hace ver que el artículo 949 del Código Civil es un precepto meramente dispositivo que no representa un obstáculo para los contratantes en caso de querer obligarse de manera diversa o pactar expresamente en contrario de la referida norma.

Gastón Fernández Cruz, en un artículo aparecido en diciembre de 1988¹¹, aunque relativo a la naturaleza de la prenda, abordó en algunas de sus páginas el tema de la transferencia de la propiedad inmueble.

Coincidimos con él cuando señala que la compraventa no es un contrato real, vale decir que no se celebra con la entrega del bien. No obstante ello, nos reafirmamos en que el contrato de compraventa, dentro del régimen peruano, es un contrato meramente obligacional. Así lo dispone el artículo 1529 del Código Civil de 1984. La transferencia de propiedad no se produce

en favor del comprador con la sola declaración de voluntad de los contratantes. La declaración de voluntad de los contratantes da lugar a la celebración (no al perfeccionamiento) del contrato de compraventa. Y, como lo hemos señalado al analizar las expresiones de Jack Bigio, no es que exista coincidencia entre el momento de la celebración del contrato y su ejecución, sino que la ejecución de la obligación de transferir propiedad, cumplida por mandato de la ley, coincide con el momento de nacimiento de la obligación, que técnicamente es distinto al momento de la celebración del contrato del cual constituye su objeto; aunque cronológicamente sea imperceptible la diferencia temporal entre uno y otro momentos.

Alfredo Bullard Gonzales¹², en un trabajo publicado en diciembre de 1991, expresa sus preocupaciones sobre la transmisión de la propiedad y la exclusión de los derechos de terceros en virtud de dicha transferencia de propiedad.

Las apreciaciones de Bullard revisten varios aspectos que consideramos necesario comentar.

El primero se basa en enfocar el problema desde su ya tradicional perspectiva del derecho relacionado directamente con la economía, lo que lo lleva a expresar conceptualmente y en gráficos, de manera bastante acertada, sus preocupaciones con referencia al tráfico comercial y a las probables trabas que a éste pudiera afectar un sistema imperfecto de transferencia de propiedad, punto que vincula con la posibili-

11 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "El contrato consensual de prenda", en: *Ius et Praxis* 12, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, diciembre de 1988, pp. 159-187.

12 BULLARD GONZALES, Alfredo. "Un mundo sin propiedad. Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble", en: *Derecho* 45. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, diciembre de 1991, pp. 131-175.

dad del propietario de excluir a los demás en relación con el derecho de propiedad mismo, y hasta cuestionar si dentro de un sistema de transferencia de propiedad imperfecto estamos en presencia o ausencia de un verdadero derecho de propiedad. Por lo demás, consideramos que la posición de Bullard coincide con la preocupación general en el sentido de que el sistema de transferencia de propiedad francés, implantado en nuestro país desde inicios de la República, deviene en imperfecto. Para ello basta recordar las opiniones de Manuel Augusto Olaechea en su célebre memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852. En él, más allá de manifestarse partidario de los sistemas que garantizan una propiedad absoluta, sobre todo el alemán, hacía referencia a que el sistema de transferencia de propiedad adoptado en nuestro país crea una propiedad relativa.

Nos parece evidente que el artículo 949 del Código de 1984, no puede ser interpretado de manera aislada, y que jamás podría separarse de las normas relativas a la concurrencia de acreedores y de los preceptos del libro de Registros Públicos del propio Código. Es claro que el artículo 949 es capaz de crear una propiedad relativa. Olaechea estaba en lo cierto.

Pero no por ello el artículo 949 deviene en un precepto abominable. Simple y llanamente expresa un principio abstracto, contra el cual las partes pueden pactar con toda libertad. Adicionalmente, creemos que la verificación de todos los datos a que hace referencia Bullard, cuando plantea la hipótesis de consultar a un abogado respecto de la compra de un bien inmueble, representará el complemento de la seguridad jurídica absoluta de la que precisamente adolece el artículo 949.

Así las cosas, podríamos llegar a afirmar que del artículo 949, si bien puede enten-

derse que crea una propiedad relativa, también puede deducirse que dicha propiedad se convertirá en absoluta, en la medida en que las partes contratantes –y obviamente sus abogados– apliquen adecuadamente el resto de normas que complementan el principio dentro del propio Código y fuera de él para, de este modo, lograr un derecho de propiedad verdaderamente sólido y estable.

Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós, en el tomo IV de su *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, aparecido en el año 1991¹³, hacen un análisis histórico de la evolución del tema de la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú.

Consideramos sumamente valiosas las apreciaciones de ambos autores en relación con el análisis histórico y la situación actual del problema de la transferencia de la propiedad en el Código Civil peruano de 1984.

Adicionalmente, nos parece muy positivo que hayan dado un paso adelante, proponiendo soluciones al tema en cuestión. De dichas soluciones es sumamente acertado el énfasis que ponen en la necesidad de implantar un catastro obligatorio, con el fin de registrar todos los inmuebles de la República.

Coincidimos en que se cree un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, pero discrepamos en que ello pueda ejecutarse en la actualidad, es decir de inmediato. A pesar de las bondades del Registro obligatorio para los actos futuros sobre los bienes ya registrados –propuesta planteada

13 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Ángela ARIAS-SCHREIBER MONTERO y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo IV. Los Derechos Reales. Lima: Librería Studium, 1991. pp. 286-288 y 300-305.

en la sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, de fecha 19 de agosto de 1925, por Solf y Muro, y a la cual se adhirió Pedro M. Oliveira— creemos que tales modificaciones sólo podrían llevarse adelante si se dieran las condiciones y facilidades económicas a los Registros Públicos en el Perú, y si cambiase la idiosincrasia de nuestro pueblo, muy proclive a la informalidad en todos los planos, como son la vida, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial.

Miguel Torres Méndez¹⁴ también analiza y plantea una interpretación sobre el tema que nos atañe.

Coincidimos con él en que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio. Pero nuestras coincidencias con su posición terminan en este punto.

Tal como hemos expresado al analizar algunas otras opiniones, la transferencia de la propiedad inmueble no se produce con el solo contrato, lo que equivale a decir con el mero consentimiento de las partes, sino que representa la ejecución —ordenada por la ley— de la obligación de transferir propiedad surgida de dicho contrato.

Considera Torres que existe una flagrante contradicción entre el contenido de los artículos 949 y 1529; opinando que se ha repetido en el Código de 1984 la incoherencia que al respecto tenía el Código Civil de 1936.

Por nuestra parte, podemos afirmar que no existe contradicción alguna entre el artículo 1529 del Código Civil, que establece que el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador, y el artículo 949, a través del cual se expresa que la sola obligación de enajenar un bien in-

mueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. La primera de las normas es propia del derecho de los contratos (vale decir, de las relaciones obligatorias), en tanto que la segunda es propia de los derechos reales. Lo que ocurre es que técnicamente el contrato genera obligaciones. En este caso, el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con él, obligación que la ley da por ejecutada, como rezago de los dispositivos que al respecto contenía el Código Napoleón y teniendo como fundamento el que expresamos al analizarlos.

Adicionalmente Torres propone que se consoliden las normas del Código Civil en relación con la transferencia de propiedad, respecto de la naturaleza obligatoria del contrato de compraventa, ratificándose en que los artículos 949 y 1529 son normas contrapuestas; lo que, como hemos señalado anteriormente, no es compartido por nosotros.

No creemos en la solución interpretativa que Torres da al problema de la aparente contradicción de los artículos 949 y 1529 del Código Civil peruano. En su razonamiento, al establecerse en el artículo 949 que "la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente...", el artículo 1529 constituiría una excepción a la regla establecida por el artículo 949. Es más, Torres llega a afirmar que además del artículo 1529, relativo al contrato de compraventa, constituyen disposiciones legales diferentes al artículo 949, los artículos 1602 (relativo al contrato de permuta) y 1621 (referido al contrato de donación); razonamiento desde el cual concluye en que el artículo 949 no es de aplicación a estos supuestos, sino única-

14 TORRES MÉNDEZ, Miguel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Parte I. Lima: Editora Jurídica Grifley, 1993, pp. 132-135 y 143-151.

mente al resto de contratos que impliquen la obligación de transferir la propiedad.

No creemos que esta afirmación tenga sentido, por cuanto el artículo 949, si bien es de aplicación general a los contratos en que existe obligación de transferir la propiedad, resulta aplicable –por excelencia– al contrato de compraventa, al contrato de donación y al contrato de permuta. De no considerarlo así, podríamos estar seguros de que el ámbito del artículo 949 sería tan reducido o estaría tan restringido, que los actos a los que les sería aplicable no pasarían de un número ínfimo de contratos a través de los cuales una de las partes se obligase a transferir a otra la propiedad de un bien inmueble.

El artículo 1529 no puede devenir –de ninguna manera– en excepción del artículo 949, ya que si así fuese el artículo 1529 sería la regla y el artículo 949 quedaría como una diminuta excepción.

Por último, Torres sostiene que el Código Civil peruano de 1984 no contempla el modo de transferir la propiedad de los bienes inmuebles, al no aplicarse el artículo 949 al contrato de compraventa –sobre el que se basa su estudio–. Dice que como no hay modo sino título (el aludido contrato de compraventa), hay una omisión legislativa, un vacío legal, proponiendo efectuar una interpretación analógica en relación con el artículo 949, llegando a sostener que la transferencia de la propiedad inmueble opera en el Perú por la entrega, salvo pacto en contrario, posición que redondea con una serie de argumentos de orden práctico.

Discrepamos de tan ilustrado parecer, ya que se aleja absolutamente de las raíces históricas del artículo 949, y de la correcta interpretación que del mismo hizo la Escuela Exegética francesa, para comprender cabalmente el modo de la transferencia de la propiedad inmueble dentro del sistema

frances, que –como hemos visto– es también el peruano.

En noviembre de 1993, Hugo Forno Flórez¹⁵ planteó una posición bastante peculiar sobre el tema.

En primer lugar debemos manifestar que la explicación con respecto al problema de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles que expone Forno Flórez es novedosa e interesante. No obstante, no la compartimos, por las siguientes consideraciones.

No creemos que el legislador francés haya “olvidado” atribuir directamente al contrato el efecto traslativo, y se haya expresado en términos obligacionales. La estructura del Código Napoleón y de muchos de los que lo siguieron se basa, fundamentalmente, en la teoría clásica que se encargó de aclarar y precisar posteriormente la Escuela Exegética francesa, en el sentido de que el contrato es fuente de obligaciones, y que éstas tienen por objeto prestaciones que consisten en un dar, un hacer o un no hacer. Para bien o para mal –a nuestro entender para bien– el Código Civil peruano de 1984 ha recogido este esquema clásico acerca del objeto del contrato, el que, por lo demás, es compartido y esgrimido por la más calificada doctrina de nuestra tradición jurídica de todos los tiempos. Entre los que comparten esta teoría está, por sólo citar al más ilustre y renombrado de ellos, G. Baudry-Lacantinerie.

No creemos, por ello, que el hecho de que el Código Napoleón haya considerado al contrato como fuente generadora de obligaciones constituya un error, sino un acierto, más allá de lo que significaba la ab-

15 FORNO FLÓREZ, Hugo. “El contrato con efectos reales”. *Ius et Veritas* 7. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, noviembre de 1993, pp. 77-87.

surda distinción entre contrato y conven-
ción –hoy en día superada ampliamente–.

Forno insiste en la aparente contradic-
ción existente entre los textos del Código
francés sobre la transmisión de la propie-
dad inmueble y el carácter obligacional del
contrato de compraventa.

Consideramos que los Mazeaud, al ex-
presar que el contrato, además de sus efec-
tos obligacionales tiene efectos reales, se
equivocan, y lo que hacen es una interpre-
tación en todo caso literal del artículo fran-
cés relativo a la transferencia de la propie-
dad; al igual que se equivoca –y lo decimos
con todo respeto– el doctor León Ba-
randiarán, porque no es el consentimiento
el que transfiere la propiedad del bien, si-
no la ejecución legal de la obligación de
transferir la propiedad, emanada del con-
trato a que da lugar dicho consentimiento;
razón por la cual –nos ratificamos en ello–
el contrato no transfiere de por sí la propie-
dad.

El autor del artículo bajo comentario se
cuestiona si por las consideraciones esbo-
zadas, se puede afirmar que en realidad la
obligación de transferir la propiedad in-
mueble es una obligación. Por nuestra par-
te, creemos que no hay nada de extraño
en ello; salvo el hecho de que se trata de
una obligación cuya ejecución deviene en
especial, por las consideraciones históricas
que le dieron origen. Así, la obligación de
transferir la propiedad inmueble no deja
de tener una prestación. Concordamos con
Forno en que la prestación es concebida
por la generalidad de la doctrina y la más
autorizada, como una actividad humana.
Pero, en el caso de la obligación de trans-
ferir la propiedad inmueble –por los ante-
cedentes históricos expresados–, esta obli-
gación es la única que la ley no permite in-
cumplir a los particulares que contraten en
tal sentido. Así, es cierto que la obligación
se entiende cumplida con la ejecución de

la prestación debida, pero estamos ante un
supuesto excepcional en el cual la presta-
ción la ejecuta la propia ley. Es así que en
este caso, para la ejecución de la presta-
ción debida no se requiere de ninguna
conducta del deudor.

Por lo demás, estas consideraciones se
hallan en absoluta concordancia con el es-
quema teórico adoptado por nuestro Cód-
igo Civil. Ahora bien, si no se cree en el es-
quema teórico plasmado en el Código –lo
que es absolutamente lícito–, no nos cabe
la menor duda de que el resultado sería di-
verso y, por consiguiente, las respuestas al
problema planteado también lo serían.

Es cierto que el pago de la obligación
de transferir la propiedad inmueble se pro-
duce con independencia de toda actividad
del deudor, y que, como dice Forno, “ella
se paga por sí misma”. Pero nosotros sos-
tenemos que tal situación no es siempre
así, ya que existen determinados casos en
los cuales dicha obligación no se ejecuta
por sí misma y en el mismo acto de su ge-
neración. Es el caso de las obligaciones de
transferir la propiedad de bienes inciertos,
de las obligaciones alternativas con presta-
ciones de dar bienes ciertos o inciertos, de
las obligaciones de transferir la propiedad
de bienes futuros o ajenos o de aquellos
contratos en los que la ejecución de la
mencionada obligación está sujeta a condi-
ción suspensiva.

El caso de los bienes ajenos, por lo de-
más, es ilustrativo del problema. Como ya
fue expresado en una obra anterior, por
uno de los coautores de este trabajo¹⁶, en
el caso de que una persona se obligue, en
virtud del artículo 1529, a transferir a otra
la propiedad de un bien inmueble ajeno,

16 CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes
ajenos*. Lima: Concytec, 1990, pp. 185-187.

debemos aplicar como regla primera, la general que establece dicho artículo, es decir que a pesar de no ser propietario del bien al momento de la celebración del contrato, se ha obligado a transferir al comprador la propiedad. Sabemos que en el ordenamiento jurídico peruano, el contrato de compraventa no es en sí mismo traslativo de propiedad. Ahora bien, podría entenderse que surgiría un problema cuando analizamos el contenido del artículo 949 del Código Civil, precepto que establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de éste, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Pero en realidad no hay inconveniente alguno. El Código Civil peruano de 1984 permite la venta de un bien inmueble ajeno, ya que se podría vender un bien de este carácter aplicando el artículo 1529, obligándose a transferir la propiedad de ese bien al comprador. Lo que no puede hacer, obviamente, mientras no sea propietario de ese bien, es transferir su propiedad, pues carece de ella y, por tanto, de la facultad de hacerlo.

Así, el artículo 1529 es aplicable al caso de la compraventa de bienes ajenos en sentido estricto y, al utilizarlo, no salimos del campo meramente obligacional. Pero no podemos aplicar el artículo 949 del Código Civil, inmediatamente después de celebrado un contrato de compraventa de bien inmueble ajeno, ya que esta norma, ubicada en el libro de los Derechos reales, sólo será de aplicación cuando el vendedor tenga el derecho de propiedad del bien materia de la compraventa. Pensar si quiera lo contrario sería un absurdo.

De esta forma, se hace necesario distinguir cuándo estamos en el campo del derecho de obligaciones y cuándo lo estamos en el de los derechos reales, para saber en qué momento debemos aplicar una norma o abstenernos de hacerlo.

Dada la naturaleza de la obligación de transferir la propiedad de un bien ajeno, futuro o cualquier otro de los supuestos enunciados líneas atrás, resulta imposible la aplicación inmediata del artículo 949, apenas nacida la obligación. Se aplicará automáticamente el artículo 949 cuando el bien pertenezca al obligado –en el caso de los bienes ajenos–, cuando tenga existencia –en el caso de los bienes futuros–, cuando se haya producido la elección del mismo –en el caso de los bienes inciertos–, etc.

Por otra parte, queremos expresar nuestra discrepancia cuando Forno sostiene que de tratarse de un negocio jurídico unilateral, no tendría sentido la ejecución inmediata de la obligación de transferir la propiedad inmueble, citando como ejemplo el caso de la promesa unilateral. Este tema no reviste problema alguno, por la sencilla razón de que las obligaciones en general requieren del asentimiento del acreedor de las mismas para recibir el pago, más aún cuando han surgido de la voluntad unilateral del deudor.

Además, si nos atenemos a la promesa unilateral de recompensa, ésta será una obligación unilateral en la cual resultará absolutamente imposible la ejecución de la obligación del deudor (el promitente) en la medida en que todavía no se halle identificada la persona que se ha hecho acreedora a dicha recompensa. Recién en este momento podríamos hablar de la ejecución de transferir la propiedad inmueble, si es que estamos en presencia y en el supuesto de tratar de una obligación de estas características, y si es que el acreedor lo acepta.

Y si nos ceñimos a los actos de liberalidad, es regla por excelencia en nuestro derecho y en nuestra tradición jurídica que para que un acto de estas características sea válido, será absolutamente necesario contar con el asentimiento expreso o tácito del acreedor, quien será parte en el mismo.

Por otro lado, y a pesar de no tratarse de un catedrático nacional, consideramos necesario recordar la posición del profesor argentino Ernesto Clemente Wayar sobre el particular¹⁷. En su ponencia hizo alusión al tratamiento del tema en una serie de derechos extranjeros, al igual que en el derecho peruano, el que –como hemos dicho en innumerables ocasiones– tiene su fundamento y continuidad en el derecho civil francés.

Ernesto Clemente Wayar establece las excepciones al principio de que la propiedad se transfiere con la sola obligación de enajenar. Estamos de acuerdo con él.

Sólo queremos reiterar –una vez más– que esta regla se aplica en el plano obligatorio y no en el contractual propiamente dicho.

Por otra parte, es verdad, como dice Wayar, que el sistema francés de transferencia de la propiedad inmueble crea una situación de inseguridad jurídica respecto del bien sobre el cual se ha celebrado un contrato de compraventa; pero, también es cierto que esta situación no es privativa de dicho contrato, sino que se extiende a todo el ámbito de la contratación privada, la misma que es *res inter alios acta*, y las situaciones jurídicas que genere no tienen por qué ser conocidas por terceros.

Y, por último, en lo referente a los probables peligros que origina el sistema francés –que es también el peruano– en relación con el principio *res perit domino*, esta situación no es realmente novedosa, puesto que el bien usualmente se pierde para su dueño, se adopte el sistema que se

adopte en relación a la transferencia de propiedad. En el caso del derecho nacional, lo único que debe hacerse es concordar dentro del régimen del Código Civil de 1984, los principios del artículo 1138 con aquellos relativos a la transferencia del riesgo en el contrato de compraventa y las normas referentes a la transmisión de la propiedad, no precisamente para ver las consecuencias del principio *res perit domino*, pues éstas son obvias, sino para analizar cuál de las partes de la relación obligacional debería sufrir la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

El análisis sobre los diversos pareceres que se han esgrimido en el derecho civil peruano en relación al sistema adoptado sobre la transferencia de la propiedad inmueble en el Código Civil de 1984, y nuestra posición, sólo han aspirado a relevar el interés académico y práctico del tema. Por lo demás, reiteramos lo expresado en un inicio, en el sentido de que todas las opiniones comentadas nos merecen –al igual que sus autores– la más alta consideración y respeto.

Nos es grato que más allá de algunos matices nuestra posición sobre esta materia coincida con la de Manuel de la Puente y Lavalle¹⁸, cuando sostiene que resulta imposible aplicar en el derecho nacional el esquema teórico planteado por el artículo 1470 del Código Civil italiano de 1942, a través del cual se comprende que no se requiera de la creación de una obligación para que, mediante la ejecución de la respectiva prestación, se realice la conclusión del contrato de compraventa y se produzca el efecto traslativo de la propiedad.

De la Puente afirma que la situación es distinta en el caso del Código Civil perua-

17 WAYAR, Ernesto Clemente. "La teoría del título y el modo". Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Lima el martes 9 de agosto de 1994, en el Congreso de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

18 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios sobre el contrato de compraventa". *Gaceta Jurídica*. Lima, 1998, pp. 31-32.

no, ya que el contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien.

Así, no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque sería algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso –según De la Puente–, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario del bien.

También anota que es cierto que no resulta necesario que el vendedor ejecute una prestación, pero ello no significa que la obligación no exista, puesto que es la ley la que toma a su cargo la ejecución del efecto traslativo buscado por la obligación de transferir la propiedad.

De la Puente agrega que lo anteriormente expuesto no impide que se pueda transferir convencionalmente la propiedad u otro derecho real.

Anota que siendo la convención (género del contrato) un acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir *solo consensu* cualquier vínculo jurídico, sea cual fuere su naturaleza, no existe inconveniente conceptual alguno para que una convención tenga efectos reales.

Luego, De la Puente anota que, sin embargo, tratándose de la transferencia de la propiedad de un inmueble determinado efectuada mediante una convención, no sería de aplicación el artículo 949, desde que éste requiere la existencia de una obligación de enajenar el bien, lo que no ocurriría en el caso de la convención, que transferiría la propiedad del inmueble sin crear previamente la obligación de hacerlo.

De la Puente considera por estas razones que el sistema peruano de transmisión

convencional de propiedad de todos los bienes determinados, sean muebles o inmuebles, es la teoría del título y el modo, que requiere la indispensable conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al título el carácter de causa remota de la transferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma. En el caso de los bienes muebles determinados, la causa remota está constituida por el respectivo contrato de transferencia y la causa próxima por la tradición, en aplicación del artículo 947 del Código Civil. En el caso de los bienes inmuebles determinados, la causa remota está también constituida por el respectivo contrato de transferencia y la causa próxima por la aplicación del artículo 949 del mismo Código.

Concluye De la Puente expresando que no conviene terminar su estudio sin destacar que la tradición que se efectúa en virtud de un contrato anterior, no es un nuevo contrato sino un acto de cumplimiento, un acto de pago de una previa obligación.

2. LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DE LOS BIENES MUEBLES

En materia de bienes muebles, el Código Civil de 1984 establece que la propiedad se transmite con la tradición. Este principio recoge una antigua doctrina peruana, pero ante ciertos cuestionamientos a los que luego se alude, es preciso la respuesta a dos preguntas: ¿Desde cuándo se produce la transferencia de la propiedad de los bienes muebles?, ¿desde el momento en que el contrato de compraventa ha quedado celebrado o desde que el vendedor entrega al comprador la cosa vendida?

Recuerda Raymundo Salvat¹⁹ que en el derecho romano se exigía, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, no sólo el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino la tradición o entrega real de la cosa. Consideraban los romanos que la voluntad de las partes, por sí sola, no debía ser suficiente para crear el derecho de propiedad, y que la tradición o entrega de la cosa, que exteriorizaba la transferencia del dominio, prevenía a los terceros.

Agrega Salvat que en el antiguo derecho francés prevaleció el sistema romano, pero que la tradición llegó, posteriormente, a considerarse una mera ficción, estimándose cumplida por medio de cláusulas en virtud de las cuales el vendedor se daba por desposeído y el comprador por puesto en posesión de la cosa. Ante este precedente, el Código Napoleón estableció el principio de que la propiedad de los bienes muebles se transmitía por el solo efecto de las convenciones (artículos 711 y 1138), con las reservas de los comentaristas de dicho Código que antes hemos anotado.

Expresa Salvat, por último, que el Código Civil alemán exige, para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles, el consentimiento y la tradición, volviendo al sistema romano.

¿Cuál era el sistema en el Código Civil peruano de 1936?

Para Osterling, uno de los autores de este artículo, era evidente que el Código Civil peruano de 1936 había seguido, en esta materia, al Código Civil alemán, el que, para que opere la transferencia de

propiedad de los bienes muebles, además de la conclusión del contrato, o sea del consentimiento, exige la tradición. Sin embargo, un ilustre jurista, Jorge Avendaño Valdez, sostenía que bastaba el consentimiento, o sea el simple acuerdo de voluntades, para que, sin requerir de la tradición, operara la transferencia de propiedad de los bienes muebles. Afirmaba, con cierto sarcasmo, que los codificadores de 1936 "habían pensado en alemán pero habían escrito en francés".

Esta discrepancia de pareceres entre Avendaño, decano en aquel entonces de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de Derechos reales, y el suscrito, profesor de Derecho de obligaciones, generó entre los alumnos de la Facultad el vehemente deseo de que polemizáramos públicamente sobre nuestras respectivas posiciones, lo que en la realidad de los hechos ocurrió un día del año 1967, en el que tercamente, al concluir un cordial pero ardoroso debate, ambos continuamos manteniendo nuestras propias tesis.

Ese hecho nos vino a la memoria de manera muy vívida cuando Marcial Rubio Correa, vicerrector de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor de derecho civil, pronunció un discurso el 2 de noviembre de 1999, con motivo del octogésimo aniversario de la Facultad de Derecho y cuyos párrafos pertinentes transcribimos:

Una mañana del año 1967, en la casona de Riva Agüero se produjo la esperada polémica, anunciada durante varios días por el Centro Federado de Derecho, en relación a la transferencia de los bienes muebles a propósito del artículo 1173 del Código Civil [el de 1936, naturalmente].

El tema era uno de los muchos vértices que tienen las obligaciones y los derechos rea-

19 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Tomo I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1952, pp. 309 y 310.

les. Yo estaba en primero de derecho, estudiaba 'personas' y, por consiguiente, no entendí mucho de los detalles de aquella discusión. Como un espectador al que llevan a un stadium en el que se juega un deporte extraño, pude concentrarme en la discusión en sí. Fue intensa y muy viva como cuando, en ciertas partidas encarnizadas del ajedrez, van cayendo las piezas una a una hasta que la presencia solitaria de los dos reyes en el tablero, hace ineludible el empate.

Hace dos meses nuestro rector convocó a una reunión de autoridades académicas para discutir sobre el quehacer de nuestra Universidad y un informe preliminar mostró datos importantes provenientes de encuestas de opinión pública. Nuestra Facultad aparecía, en relación a sus pares, sólida, líder y con aprobación creciente.

Creo que estas buenas noticias y la discusión sobre el artículo 1173 del Código derogado tienen mucho que ver entre sí. Jorge Avendaño y Felipe Osterling, cuando realizaron esta polémica, estoy casi seguro de que tenían bastantes menos años que yo ahora. Mi impresión primera fue que no podían ser sino líderes de dos grupos enemigos y me sorprendió enterarme que, por el contrario, eran (y desde luego son ahora) grandes amigos.

Con este episodio aprendí mucho sobre la tolerancia propia de la Universidad y su vinculación con los afectos, tanto institucionales como personales. Aprendí que los amigos podían discrepar sin pelearse y, también, que promover la discusión era una forma de construir institucionalidad, provisto que se respetaran las reglas del buen convivir.

Los usos de nuestra comunidad de docentes han sido, precisamente, el respeto y la discrepancia. Hemos aprendido a convivir con diferencias de apreciación teórica, de ejercicio profesional y de concepción de la enseñanza. En nuestra Facultad no ha existido ni verdad oficial ni método único de hacer las cosas. Nuestras autoridades supieron siempre abrir varias puertas en vez de cerrarlas todas menos una. Desde el círculo más alto de profesores, en cascada, ha ido distribuyéndose una propensión al diá-

logo que es considerado de enriquecimiento mutuo y de progreso.

... Algo que no interesa indagar hoy debió ocurrir en la Facultad cuando mi generación ingresó a sus aulas: nosotros conocemos a nuestros profesores, pero casi no conocimos a los profesores de nuestros profesores. Hoy la situación es muy distinta y mejor: mi generación comparte la cátedra con sus profesores y con alumnos de sus alumnos. Son varias las promociones sucesivas de docentes que se ocupan, entremezcladas, de dar la formación a los alumnos de hoy. No en vano, la anécdota a propósito de la transferencia de los bienes muebles y del artículo 1173 del Código Civil derogado, se produjo entre dos de nuestros profesores emblemáticos, que además son los decanos de entre nuestros decanos.

Hemos dicho que Osterling Parodi mantuvo, luego de esa afectuosa confrontación, su tesis. Y, recordando el Código Civil de 1936, los argumentos fundamentales que la sustentaban eran los siguientes:

- *El artículo 890 del Código Civil de 1936.* Este precepto disponía que aquél que de buena fe y como propietario recibía de otro la posesión de un mueble, adquiría el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión careciera de facultad para hacerlo. La norma exigía, además de la buena fe, que se efectuara la entrega del bien y que quien lo recibiera lo hiciera a título de propietario. El texto era de claridad meridiana.

El artículo 890 aludía, como se ha expresado, a que se recibiera "la posesión de un mueble". El artículo 843 del mismo Código prescribía, por su parte, que la posesión se adquiría por la tradición. Y el artículo 844 establecía, finalmente, que la tradición quedaba verificada entregando el bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por

él o por la ley. Cuando el artículo 890, en consecuencia, se refería al desplazamiento de la posesión, aludía, sin duda, a la entrega del bien a quien debía recibirlo o a la persona designada por él o por la ley.

Desde luego que la tradición y, por consiguiente, la entrega o transferencia de la posesión del bien mueble, también operaba en las hipótesis previstas por los artículos 845 y 847 del Código Civil de 1936, relativas al poseedor del bien por título distinto; a la transferencia del bien que estaba en poder de un tercero; y a los artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales. En estos casos no se requería, para el traslado de la posesión, la transmisión física del bien mueble objeto de la transferencia. Se trataba de casos excepcionales en que el legislador, por la naturaleza de las cosas, había previsto la tradición sin necesidad del desplazamiento.

- *El artículo 1172 del Código Civil de 1936.* Esta regla establecía que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hacía al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario. Si el legislador de 1936 hubiera querido incorporar este mismo precepto a los bienes muebles, habría agregado, indudablemente, la expresión "o mueble" después de la palabra "inmueble". No lo hizo porque el artículo 890 ya se refería a los bienes muebles, estableciendo un precepto distinto, o sea que la transferencia del dominio requería de la tradición.

El caso de los bienes muebles estaba pues previsto por el artículo 890 del Código Civil y el caso de los bienes inmuebles por el artículo 1172. Esto explica por qué se suprimió en el proyecto de Código Civil y, posteriormente,

en el Código Civil de 1936, la norma consignada en el anteproyecto que exigía en forma expresa la entrega para la transferencia del dominio de los bienes muebles. La regla se eliminó por la simple y llana razón de que ya se encontraba consignada en el dispositivo que correspondía en el Código Civil de 1936 al artículo 890. Mantener aquel precepto hubiera significado consignar la misma regla en dos normas distintas. La duplicidad, además de ociosa, hubiera sido antitécnica.

- *El artículo 1173 del Código Civil de 1936.* Esta norma se refería a las prelauciones cuando el deudor se había obligado a entregar un mismo bien a diversos acreedores. En el caso de los bienes muebles, previsto por la regla citada, se prefería al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiera efectuado la tradición de la cosa, aunque su título fuera posterior. O sea que el artículo 1173 confirmaba la regla consignada en el artículo 890 del Código Civil que exigía para la transferencia del dominio de los bienes muebles la buena fe de quien los recibía y la tradición. Y esto aunque existieran otros adquirentes con títulos de fecha anterior.

En caso de que el solo acuerdo de voluntades transfiriera el dominio de los bienes muebles, ¿no se habría preferido acaso al acreedor de título más antiguo –aunque no hubiera operado la tradición a su favor– porque habría sido su legítimo dueño?

- *El artículo 1175 del Código Civil de 1936.* Esta norma disponía que si una cosa mueble determinada se perdía sin culpa del deudor, antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva, quedaba disuelta la obligación. Es regla universal en el derecho moderno la de *periculum est de-*

bitoris: el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor. El artículo 1175 del Código Civil, en aplicación de este principio, estatuyó que la pérdida de la cosa mueble sin culpa del deudor, antes de que se efectuara su tradición, disolvía la obligación. La cosa se perdía pues para el deudor quien, en el caso de los bienes muebles, continuaba siendo el dueño hasta que operara la tradición.

La regla era tan clara que en el caso de los bienes inmuebles no existía disposición legal alguna, porque el comprador o acreedor adquiría el dominio por el simple acuerdo de voluntades, sin necesidad de que se efectuara la tradición a su favor, según se ha visto al analizar el artículo 1172 del Código Civil derogado. Y si en esta hipótesis la cosa se perdía sin culpa del vendedor o deudor, antes de efectuarse la tradición, la pérdida la asumía el comprador o acreedor, en su calidad de propietario.

- *El artículo 1412 del Código Civil de 1936.* Esta regla disponía que en la venta de cosas muebles que no se habían entregado al comprador, si éste no pagaba ni otorgaba la garantía cuando a ello se hubiese obligado, podía el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión. ¿Si el vendedor ya no era el dueño –porque habría transferido la propiedad del bien mueble por el simple acuerdo de voluntades– cómo podría disponer de él? Parecería incongruente que el vendedor pudiera disponer del bien ajeno, sin solicitar, previamente, la rescisión del contrato.
- *La exposición de motivos del libro V del proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora.* Dice Manuel Augusto Olaechea en la exposición de motivos que:

El título primero de esta sección se refiere a las obligaciones de dar y su exposición requiere un breve desarrollo. Para definir el régimen de estas obligaciones, precisa resolver si conviene adoptar respecto de los inmuebles el sistema que no considera adquirido el derecho real por el simple consentimiento, sino mediante la inscripción; y si tratándose de las cosas muebles, debe mantenerse el principio de que la tradición es requisito indispensable para adquirir el dominio. (...) La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

- *La opinión de los comentaristas más distinguidos del Código Civil peruano de 1936.* Expresa José León Barandiarán²⁰:

Pero es evidente que tratándose de cosas muebles, la regla de nuestra ley civil es que *solus consensus non perfectuntur*. Así resulta del sentido del artículo 1175, de indicaciones pertinentes formuladas por el autor del Código, y también de la disposición a que se contrae el número 890, que reza: 'Aquél que de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de un mueble, adquiere el dominio, aun cuando el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo'.

Agrega el autor²¹ que:

Si sólo con la tradición se adquiere la propiedad de la cosa mueble, es evidente que quien ha recibido la cosa es el único que puede invocar tal derecho; otro acreedor sólo tiene a su favor un simple derecho de

20 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones. Modalidades y efectos*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editores, 1954, p. 21.

21 LEÓN BARANDIARÁN, José. Tomo II. Op. cit., pp. 25 y 26.

crédito, pero que ya no puede concretarse en la cosa, de la que se ha desposeído el trasmite, por lo mismo que aquélla ha salido del patrimonio de este último y ha ido a residir en el del adquirente a quien se hizo la tradición. No importa que se invoque un título de fecha anterior, pues éste no es constitutivo de dominio, ya que en este caso sólo *consensus non perfectumtur*.

Eleodoro Romero Romaña²², por su parte, afirma que:

Al estudiar la posesión hemos visto (...) que ésta se adquiere por la tradición o entrega de la cosa. Pues bien, tratándose de los bienes muebles, esta tradición es de tal naturaleza e importancia que no solamente se adquiere en esa forma la posesión, sino también, en muchos casos, la propiedad. Esto es lo que establece el artículo 890; naturalmente, con ciertos requisitos tales como el que la persona tenga buena fe al recibir como propietario el bien mueble. Debe estar convencido de que la persona con quien está tratando es el verdadero propietario.

Y agrega que:

El fundamento de la disposición obedece a que la adquisición de los bienes muebles es completamente diferente de la de los inmuebles, por ser distinta la situación de unos y otros. Los inmuebles tienen títulos de propiedad y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble. En cambio, en los muebles no existe, por lo general, ningún título, reputándose propietario de ellos a quien los tiene en su poder. El que contrate sobre bienes muebles no tiene, en realidad, cómo asegurarse sobre quién es su verdadero propietario.

22 ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil. Los derechos reales*. Lima: Editorial P.T.C.M., 1947, pp. 211-212.

Jorge Eugenio Castañeda²³ manifiesta que:

El acreedor del inmueble no es un mero acreedor, es un propietario. Por ejemplo, el comprador, el donatario, no son sólo acreedores que pueden exigir la entrega; son dueños y pueden, por tanto, reivindicar, no obstante no haber tenido nunca la posesión. Por el contrario, tratándose de cosas muebles, el comprador o el donatario a los que no se les hubieran entregado, no son dueños.

Dice Ángel Gustavo Cornejo²⁴ que:

Tratándose de cosas muebles su dominio se adquiere por la tradición.

Finalmente, Rosendo Badani expresa que:

En cuanto a los muebles, la tradición es necesaria para la transmisión del dominio, conservándose así respecto a ellos la doctrina del derecho romano.

Para finalizar estos breves comentarios, debemos señalar que toda la problemática que hemos desarrollado ha quedado zanjada con la redacción del artículo 947 del Código Civil de 1984, el mismo que establece:

La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

23 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de derecho civil*. Tomo I, Derecho de las obligaciones. Lima, 1957, p. 91.

24 CORNEJO, Ángel Gustavo. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo II, Derecho de obligaciones, Vol. I. Lima, 1938, p. 88.