

El contrato con efectos reales

Manuel de la Puente y Lavalle

Abogado. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bajo este mismo título el profesor Hugo Forno Flórez ha publicado en esta revista⁽¹⁾ un interesantísimo artículo sobre la función del contrato en el cual, con su reconocido dominio del tema, llega a la conclusión que la transmisión del derecho de propiedad de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato.

Dada la importancia de la tesis planteada y la incuestionada autoridad de su autor sobre la materia, me veo irresistiblemente tentado a exponer mis inquietudes sobre el particular. Para este efecto, inicialmente redacté el análisis de algunos conceptos previos que nos sirvieran como necesaria introducción al tema, como son la posibilidad de distinguir entre derechos reales y derechos de obligación; y los efectos de la distinción, si ella fuera posible, para desembocar en los sistemas de transferencia convencional de la propiedad.

Observando posteriormente que este análisis determinaba que el artículo tuviera una considerable extensión, decidí suprimir el desarrollo de los dos primeros temas, para concentrarme en el último.

Sin embargo, pienso que es prudente dejar constancia que respecto del primer tema, tomando en consideración que el profesor Forno centra su planteamiento en la aplicación del artículo 949 del Código civil, que se refiere a la adquisición de la propiedad de los bienes inmuebles, acepté como cierta, para los efectos de mi discurso, la distinción clásica entre derechos reales (referidos a la propiedad) y derechos de crédito o de obligación. Con relación al segundo tema, hice mía la tesis de que el contrato de compraventa es una relación jurídica entre el comprador y el vendedor, mientras que el derecho de propiedad, pese a ser mate-

ria del contrato, es una situación jurídica entre el comprador y la cosa que es materia de la propiedad.

Al analizar el tercer tema, voy a describir compendiosamente en qué consiste cada uno de los sistemas de transferencia convencional de la propiedad, su adopción por las legislaciones que más han influenciado en la elaboración del Código civil peruano de 1984 y la opción adoptada por éste.

SISTEMAS DE TRANSFERENCIA CONVENCIONAL DE LA PROPIEDAD.

El artículo 977 del Proyecto de Código civil elaborado por la llamada Comisión Reformadora (Comisión encargada del estudio y revisión del Código civil de 1936) establecía didácticamente que la propiedad se adquiere por convenio, sucesión, prescripción adquisitiva, accesión, aprehensión y demás modos establecidos por la ley.

Para los efectos del desarrollo de nuestro tema, resulta pertinente referirnos a la adquisición de la propiedad por convenio o convención.

Respecto de la adquisición convencional de la propiedad existen dos grandes sistemas: el de "separación del contrato", que requiere para la transmisión de la propiedad que el contrato obligacional de transferencia vaya unido a un contrato real de transmisión de la propiedad; y el sistema de la "unidad del contrato", según el cual el acuerdo para la transmisión de la propiedad está ya contenido en el contrato de transferencia.

Nos interesa particularmente el segundo sistema por cuanto es el que ha sido adoptado por el Código

(1) FORNO FLÓREZ, Hugo. "El contrato con efectos reales". En: IUS ET VERITAS, año IV, No. 7, pág. 77.

civil de 1984. El sistema de unidad del contrato admite, a su vez, dos modalidades: la del principio contractual puro, según la cual la transmisión de la propiedad está basada únicamente en el contrato de transferencia; y la de yuxtaposición de los principios de la unidad y de la tradición que concede a dicho contrato la aptitud para transferir el título sobre la cosa, pero que requiere la tradición de ésta para que el contratante adquiera el derecho de propiedad -distinguiéndose así entre el título de adquisición y el modo de adquirir-.

La primera modalidad ha sido adoptada, entre otros, por los Códigos civiles de Francia e Italia; la segunda informa, entre otros, los Códigos civiles de Argentina y España. Se duda respecto a cuál es la modalidad elegida por el codificador peruano de 1984.

1. El sistema de la unidad del contrato.

Planiol y Ripert⁽²⁾ describen de la siguiente manera el sistema francés de transmisión de la propiedad:

"El derecho francés ha abandonado el antiguo principio que imponía como necesaria la tradición para realizar la transmisión. En nuestras leyes, el contrato es, no solamente fuente de obligaciones como en derecho romano, sino también **traslativo de la propiedad**. Vender, es enajenar; ambas nociones eran distintas en la antigüedad; hoy se confunden. La transmisión de la propiedad se ha convertido en un efecto directo e inmediato del contrato como la misma creación de las obligaciones. 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 entre las partes, **es ejecutada al mismo tiempo que se forma**. Este resultado se expresa diciendo que **la propiedad se transmite por el mero consentimiento**".

El principio del sistema francés de transmisión de la propiedad se encuentra plasmado en el artículo 1138 del Código de Napoleón, que repite dos veces la misma idea bajo redacciones distintas. Su texto es el siguiente:

Artículo 1138.- La obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes.

Ella hace al acreedor propietario y coloca la

cosa a su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición, a menos que el deudor esté en mora de entregarla; en cuyo caso el riesgo de la cosa sigue a cargo de este último.

En el Derecho italiano el enfoque es similar. Messineo⁽³⁾ lo explica así:

"Por lo que concierne a la adquisición del derecho de propiedad (y también de los derechos reales menores) están fusionados y unificados el **título de adquisición** (*titulus adquirendi*), que era el **fundamento** de la adquisición, y el **modo de adquisición** (*modus adquirendi*), que era el **medio** con el cual se realizaba efectivamente la adquisición, según la distinción de origen romanístico que tenía, como campo de aplicación, la adquisición de la propiedad (o de otros derechos reales) a título derivativo. Hoy se habla únicamente de **modos de adquisición**, entendiéndose que el contrato traslativo es, al mismo tiempo, el fundamento del traspaso de la propiedad (relación obligatoria, que nace del contrato traslativo) y el medio de adquisición de ella; el contrato, bajo determinados presupuestos, transfiere, sin más, el derecho".

El Código civil italiano de 1942 ha recogido este sistema en su artículo 1376, que dice:

Artículo 1376.- En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado.

Obsérvese que tanto el artículo 1138 del Código civil francés como el artículo 1376 del Código civil italiano responden perfectamente a la doctrina que los informa, desde que si la transmisión de la propiedad es el efecto directo e inmediato del contrato de transferencia, es lógico y consecuente que, si el derecho de crédito y el derecho real nacen indisolublemente unidos, la sola obligación de transferir produce la transmisión de la propiedad. En otras palabras, el contrato de transferencia, de por sí, no sólo crea la obligación de transferir sino también es el medio suficiente de adquisición de la propiedad, de tal manera que se borra la distinción entre el título de adquisición y el medio de adquirir. Como dice Messineo, el contrato transfiere, sin más, el derecho real.

(2) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Cultural S.A., Habana, 1946, Tomo II, pág. 534.

(3) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, Tomo II, pág. 331.

2. La teoría del título y el modo.

Nos relata Lopez de Zavalía⁽⁴⁾ que el sistema romano reposaba sobre la distinción entre el título y el modo.

El contrato de transferencia (compraventa) era el título, o sea el acto que por sí solo no transmitía el dominio, pero que **mediatamente** servía para ello, al explicar y justificar al modo, dándole su razón de ser.

“...la introducción del artículo 949 del Código civil de 1984 no tiene el significado de la inaplicación de la teoría del título y el modo a la transferencia de bienes inmuebles determinados, (...) por el contrario, dicha teoría es aplicable tanto para el caso de bienes muebles determinados como para el de bienes inmuebles determinados”

El modo era, en cambio, el acto que servía **inmediatamente** para la transmisión del dominio, habiendo originariamente distinguido los romanos según las cosas fueran *mancipi* o *nec mancipi*, asignando para las primeras, como modo, la *mancipatio* (que era un acto jurídico formal, que exigía el cumplimiento de ciertas solemnidades, como la presencia de cinco testigos) y la *in iure cessio* (que era también un modo formal y abstracto, que sustancialmente consistía en un proceso fingido de reivindicación ante el pretor) y para las segundas, la *traditio* (que estaba constituida por actos materiales), pero que con el andar del tiempo cayeron en desuso los dos primeros modos, y la *traditio* se convirtió en el modo general apto para la transmisión de la propiedad de cualquier clase de cosas, tanto *mancipi* como *nec mancipi*.

El mismo autor nos señala que en el Derecho argentino la venta de bienes muebles está regida por el sistema romano del título y el modo, siendo la compraventa el título y la tradición el modo. En la venta de inmuebles se conserva también el principio romanista que exige el título y el modo, pero que este último ha sido mutilado de tal manera que sólo sirve para hacer adquirir el dominio respecto al vendedor, mientras que para hacer adquirir el dominio *erga omnes* hace falta, además, la inscripción. De allí ha nacido la distinción entre título, modo (pero modo mutilado) y medio (o forma) de publicidad. Con arreglo a ello, la compraventa es título, la tradición es modo (mutilado) y la inscripción es medio.

Esta doctrina está reflejada en los artículos 2601, 2602 y 2505 (según Ley 17.711) del Código civil argentino, que a la letra dicen:

Artículo 2601.- Para que la tradición traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir.

Artículo 2602.- La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio.

Artículo 2505.- La adquisición o trasmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o trasmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

Consecuente con esta posición, el Código civil argentino no contiene disposición alguna respecto a que la sola obligación de transferir un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él.

En el Derecho español el régimen legal es descrito por Ruiz Serramalera⁽⁵⁾ con las siguientes palabras:

“Adopta nuestra legislación, en materia de adquisición derivativa por contrato de los derechos reales, el sistema romanista inspirado en la teoría del título y el modo, según el cual la propiedad o cualquier otro derecho real no se adquieren sino por la concurrencia de dos requisitos esenciales: por una parte, la causa jurídica de la adquisición -llamada título-, y por otra parte, la transmisión efectiva de la posesión de la cosa o tradición -denominada modo-; si faltare cualquiera de estos requisitos no se produce la adquisición del derecho, puesto que el contrato (título) sólo origina un vínculo

(4) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Teoría de los contratos. Víctor V. de Zavalía, Buenos Aires, 1971, Tomo I, pág. 28.

(5) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Derecho Civil. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1981, pág. 29.

obligacional, dirigido en estos casos, precisamente, a la entrega de la cosa (contenido de la prestación), y el modo (tradición) no es suficiente tampoco para la validez y eficacia de los negocios jurídicos, sino que es preciso que la entrega tenga un fundamento anterior, sin el cual sólo se produce, como máximo, el nacimiento de la posesión (por ser el resultado, únicamente, de una situación de hecho).

En nuestra legislación, por lo tanto, hay que distinguir, cuando la adquisición de la propiedad o de los demás derechos reales se realice a través de un contrato, dos momentos distintos de los que surgen, respectivamente, un derecho de crédito (a la entrega de la cosa) y un derecho real (sobre la misma cosa), estando condicionado el nacimiento de este último a la validez del título transmisivo y a la realidad de la tradición o entrega".

El Código civil español recoge esta doctrina en su artículo 609, según el cual "la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten (...) por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición".

A semejanza del Código civil argentino, el Código civil español no contiene ninguna disposición sobre el efecto traslativo de la obligación de transferir bienes inmuebles.

3. El sistema peruano.

Los artículos 947 y 949 del Código civil peruano de 1984 disponen lo siguiente:

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

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

Sostienen muchos comentaristas que nuestro Código acoge una modalidad mixta, según la cual se aplica el sistema de la unidad del contrato para la transferencia de los bienes inmuebles determinados y la teoría del título y el modo para la transferencia de los bienes muebles. Piensan otros que tratándose tanto de la transferencia de muebles como de inmuebles rige únicamente la teoría del título y el modo.

Para dilucidar los fundamentos de estas dos posiciones conviene estudiar la elaboración del Código civil en lo referente a la clasificación de los bienes y a la transmisión convencional de la propiedad.

El Proyecto de Código civil elaborado por la llamada Comisión Reformadora clasificó los bienes en registrados y no registrados, pudiendo estos últimos ser registrables y no registrables.

Partiendo de esta clasificación, el mismo Pro-

yecto estableció que la adquisición convencional de los bienes registrados quedaba perfeccionada con su inscripción en el registro respectivo, mientras que la adquisición convencional de los bienes no registrados quedaba perfeccionada con la tradición.

Resultaba así muy clara la adopción de la teoría del título y el modo, pues en el caso de los bienes no registrados el título de adquisición era el contrato de transferencia y el modo de adquirir era la tradición, mientras que en el caso de los bienes registrados también el contrato de transferencia era el título de adquisición, pero el modo de adquirir era la inscripción en el registro respectivo.

La Comisión Revisora modificó la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. En el caso de los muebles conservó el principio de que su enajenación se efectúa con la tradición, con lo cual el título de adquisición continuó siendo el contrato de transferencia y el modo de adquirir es la tradición. Sin embargo, tratándose de inmuebles aplicó un sistema, inspirado en el artículo 1172 del Código civil de 1936, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él.

La adopción de este sistema ha dado lugar a la divergencia de opiniones en la doctrina peruana a la que he hecho referencia anteriormente.

Pienso, a título personal, que la introducción del artículo 949 del Código civil de 1984 no tiene el significado de la inaplicación de la teoría del título y el modo a la transferencia de bienes inmuebles determinados, sino que, por el contrario, dicha teoría es aplicable tanto para el caso de bienes muebles determinados como para el de bienes inmuebles determinados.

Las razones que me llevan a pensar así son las siguientes:

a) El artículo 1351 del Código civil establece que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Ya se ha visto en la introducción de este artículo, que el derecho de crédito u obligación da lugar a una relación jurídica entre el deudor y el acreedor de la prestación, de tal manera que la relación jurídica patrimonial creada por el contrato tiene carácter obligacional.

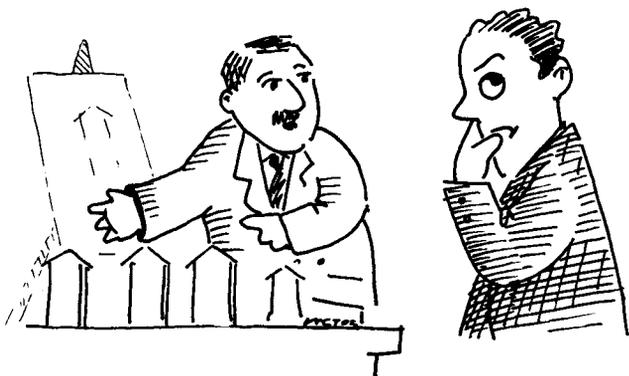
Es verdad que la doctrina italiana sostiene que la relación jurídica patrimonial creada por el artículo 1321 del Código civil italiano, que es similar al artículo 1351 del Código civil peruano, no se circunscribe al campo de las relaciones obligacionales sino que comprende también la figura del contrato con efectos reales.

Sin embargo, me parece que la situación es distinta por cuanto el artículo 1402 del Código civil peruano, que no tiene correlato en el Código civil italiano, establece que el objeto del contrato consiste en

crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones, de tal manera que el contrato sólo puede generar derechos de crédito u obligación y no derechos reales.

b) Tratándose del derecho de propiedad, cuyo carácter de derecho real es generalmente admitido, el contrato de transferencia no tiene como efecto la transmisión de dicho derecho sino únicamente la obligación de transmitirlo.

En efecto, tomando a título de ejemplo el contrato de compraventa por ser el contrato de transferencia más común, el artículo 1529 del Código civil dispone que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Puede observarse que el contrato de compraventa no es apto, por sí mismo, para transferir la propiedad, desde que su efecto es obligacional y no real.



Esto queda patente si se compara dicho artículo con el artículo 1470 del Código civil italiano (que está adscrito, como se ha visto, al sistema de la unidad del contrato), según el cual la venta es el contrato que tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa o la transferencia de un derecho contra la compensación de un precio. Obsérvese que en el Derecho italiano el objeto de la compraventa es la transferencia de la propiedad, mientras que en el Derecho peruano el objeto de dicho contrato es la obligación de transferir la propiedad.

Resulta así que si bien en el Derecho italiano el contrato de compra es apto para transferir, por sí solo, la propiedad de una cosa, en el Derecho peruano no ocurre lo mismo, pues se requiere **algo más** que el

contrato de compraventa para producir tal efecto.

Tratándose de bienes muebles determinados, este **algo más** es la tradición. En el campo de los bienes inmuebles determinados dicho **algo más** ha sido asignado al artículo 949 del Código civil, que concede a la obligación de transferir la propiedad creada por el artículo 1529 el efecto traslativo de que esa obligación carecía, y es así como la conjunción del efecto del artículo 1529 (la obligación de transferir) con el efecto del artículo 949 (la propiedad por razón de la existencia de la obligación de transferir), lo que llega a producir la transferencia de la propiedad.

De la misma manera como la tradición de un bien mueble determinado, de por sí, no produce la transferencia de la propiedad si no está precedida por un contrato que justifique la transferencia, así también el sistema del artículo 949, de por sí, no transfiere convencionalmente la propiedad de un bien inmueble si no está precedida por un contrato que cree la obligación de transferir.

Puede decirse, por lo tanto, que el rol de modo que juega la tradición en el caso de los bienes muebles determinados lo desempeña el artículo 949 en el caso de los bienes inmuebles determinados.

c) Debe tenerse presente que el artículo 949 del Código civil peruano, cuyo efecto cobra pleno sentido en el sistema de la unidad del contrato, en el cual la celebración del contrato de transferencia produce, de por sí, la transmisión de la propiedad, como ocurre en el caso del artículo 1138 del Código civil francés y del artículo 1376 del Código civil italiano, resulta postizo en el régimen peruano.

En efecto, tal como se ha visto, consta de los antecedentes de la elaboración del Código civil de 1984, cuyo primer Proyecto clasificaba los bienes en registrados y no registrados, que el codificador optó claramente desde el principio por el régimen de la teoría del título y el modo, en el cual la tradición era el modo de adquisición de los bienes no registrados y la inscripción el modo de adquisición de los bienes registrados, requiriéndose en ambos casos la existencia de un contrato de transferencia que sirviera de título. El cambio efectuado en el segundo Proyecto respecto a la clasificación de los bienes en muebles (en sustitución de los bienes no registrados) e inmuebles (en sustitución de los bienes registrados) no estuvo orientado a modificar el régimen de transmisión convencional de la propiedad de los bienes, tanto es así que se conservó el efecto exclusivamente obligacional del contrato (que se patentiza singularmente en el de compraventa), sino evitar los peligros que representaba la ineficiencia de nuestros Registros Públicos. Sin embargo, como este cambio de clasificación dejaba en el aire el tratamiento de la adquisición de la propiedad de los bienes inmuebles, se

recurrió a la regla contenida en el artículo 1172 del Código civil de 1936, según la cual la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella, olvidando que ella estaba ubicada en el Libro del Derecho de Obligaciones y no en el Libro de Derechos Reales.

Esto es importante, por cuanto el régimen del Derecho de Obligaciones descansa en bases distintas del régimen de los Derechos Reales. "La razón para que sea preferible el sistema que exige el perfeccionamiento del acto dispositivo, ora la tradición de la cosa (para muebles), ora esta misma o la inscripción en el registro respectivo (para inmuebles)", dice León Barandiarán comentando el artículo 1172 del Código civil de 1936⁽⁶⁾ "...estriba en el propio carácter del acto que entraña transferencia de dominio. A diferencia del derecho personal, relativo únicamente a las personas del acreedor y del deudor, el derecho real tiene un valor absoluto, pues es eficaz *erga omnes*. Luego es preciso un hecho notorio o de publicidad -la posesión de la cosa por el adquirente mediante la tradición, o la inscripción del acto en el registro respectivo- para que el derecho adquirido pueda merecer el respeto del tercero. Tal consideración fue la que tuvo presente el legislador alemán (Chalemel)".

Resulta así que la adopción del que después fue artículo 949 del Código civil de 1984 obedeció a un propósito de encontrar un sustituto al modo de la entrega o de la inscripción de los bienes inmuebles, sin pretenderse cambiar el régimen de la teoría del título y el modo.

He dicho que esta solución es postiza por cuanto derivaba innecesario recurrir a ella, desde que bastaba establecer, como lo hace el artículo 609 del Código civil español (adscrito, como se ha visto, a la teoría del título y el modo), que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes (muebles e inmuebles) se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Esta disposición queda complementada por el artículo 1095 del mismo Código, según el cual el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa (mueble o inmueble) hasta que le haya sido entregada.

Un sistema similar ha sido adoptado por el Código civil argentino (artículos 2601 y 2602), que también sigue la teoría del título y el modo.

No se explica por qué el codificador peruano, que tenía ante sí dos alternativas muy claras: la de aceptar en su plenitud el sistema de la unidad del contrato, aplicable tanto para muebles como para

inmuebles; o conservar la teoría del título y el modo, exigiendo la tradición de bienes muebles e inmuebles, recurrió a una solución insólita, extrayendo del primer sistema la regla sobre la transferencia convencional de la propiedad para aplicarla exclusivamente a los bienes inmuebles determinados, con la finalidad de insertarla en la teoría del título y el modo, que conservó toda su efectividad para la transferencia de la propiedad de los bienes muebles determinados.

Pienso que con ello sólo se logró la desnaturalización de la regla que confiere a la existencia de la obligación el efecto de la constitución de la propiedad, que no puede cumplir adecuadamente su verdadera finalidad dentro de la teoría del título y el modo.

“...el sistema peruano de transmisión convencional de la 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”

No resulta, pues, fuera de lugar atribuir al artículo 949 del Código civil el carácter de una suerte *sui generis* de modo de adquisición de los bienes inmuebles determinados, que requiere la existencia de un título previo que crea la obligación, y aplicarlo siguiendo este criterio.

d) Podría objetarse que el modo debe estar siempre constituido por la tradición del bien, lo cual no ocurre en el caso del artículo 949 del Código civil.

Si bien es verdad que esta objeción recoge el sentido general dado por la doctrina al modo, pienso que es conveniente hacer algunas precisiones.

Se ha visto que históricamente eran modos de transmisión de la propiedad no sólo la *traditio* (de ca-

(6) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código civil peruano. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, 1956, Tomo II, pág. 21.

rácter material) sino también la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran actos jurídicos formales y abstractos, que no requerían la entrega del bien. Por otro lado, como dice Ruiz Serramalera⁽⁷⁾, los actos palpables de aprehensión pasaron a ser ficticios, por un proceso de espiritualización, admitiéndose la *traditio longa manu* (mostrar a la distancia el bien que se transfiere), la *brevi manu* (declaración de las partes cuando el adquirente era tenedor del bien) y el *constituto posesorio* (declaración de las partes cuando el enajenante del bien convenía en quedarse como tenedor del mismo).

Hay, pues, una serie de supuestos en los cuales puede decirse que la tradición, entendida como efectiva entrega o como traspaso posesorio, es ficticia (*traditio ficta*). Así ocurre en la *traditio brevi manu*, que más que verdadero traspaso posesorio es una transformación convencional del título o del concepto por virtud del cual se posee.

La teoría del título y el modo ha sido construida o elaborada, en realidad, en base a las ideas de posibilidad y efectividad. La posibilidad, o sea el contrato de transferencia, fue llamada causa remota; y el medio efectivo de concretar la transmisión, fue llamado causa próxima. A la causa remota se le llamó, a su vez, título de adquisición, y a la causa próxima se le llamó modo de adquirir.

Todo esto permite pensar que la constitución de la propiedad que se opera en virtud de la aplicación del artículo 949 del Código civil, desde que no puede tener efecto por sí sola, ya que requiere la previa creación, por acto distinto, de la obligación de transferir la propiedad del bien inmueble determinado, constituye, en realidad, la causa próxima de la transferencia, o sea el modo legal de adquirir, siendo el contrato de transferencia la causa remota de ésta, o sea el título de adquisición.

Cabe, en consecuencia, opinar que el Código civil de 1984 admite, tanto para la transferencia de la propiedad de bienes muebles determinados como la de inmuebles determinados, la teoría del título y el modo, entendida en su concepción moderna de distinguir entre la posibilidad (causa remota) y la efectividad (causa próxima), a diferencia del sistema de la unidad del contrato, según el cual el contrato de compraventa es por sí mismo traslativo de dominio, de tal manera que un solo acto conjuga la posibilidad y la efectividad.

e) Entendido así el artículo 949 del Código civil es jurídicamente posible que, por ejemplo, el contrato de compraventa cree la obligación de transferir la propiedad de un bien inmueble determinado, sin ir más allá. Esto se comprende fácilmente si la obligación (no el contrato) está sujeta a condición o a plazo suspensivos (Albaladejo⁽⁸⁾ admite que la condición puede alcanzar a una cláusula singular del contrato, de manera que se quiera en parte puramente y en parte bajo condición; Galgano⁽⁹⁾, por su lado, afirma que la autonomía contractual permite someter a condición suspensiva alguna cláusula y no otras y, en particular, la obligación de una parte y no la obligación de la otra), eventualidades en las cuales la obligación existirá pero no producirá efecto alguno hasta el cumplimiento de la condición o el vencimiento del plazo.

Sólo si la obligación de transferir la propiedad es exigible, esta obligación producirá el efecto de hacer al comprador propietario del bien, pero no por razón del contrato de compraventa, que sigue en su limitado rol de creador de una relación obligacional, sino por efecto del artículo 949 del Código civil, que convertirá al comprador (acreedor de la obligación) en propietario.

Podría objetarse que en virtud del artículo 949 la creación de la obligación de enajenar un inmueble determinado y el efecto de hacer al acreedor propietario de él se producen sin solución de continuidad, de tal manera que ambos eventos se identifican dando lugar a que la celebración del contrato produzca directamente la adquisición de la propiedad.

Empero, debe tenerse presente que la simultaneidad de esos dos eventos no significa su identificación sino simplemente su ocurrencia sucesiva, desde que son perfectamente separables. Algo similar ocurre en un contrato de transferencia de un bien mueble de ejecución inmediata, en el cual no obstante no existir solución de continuidad entre la celebración del contrato y la adquisición de la propiedad por el adquirente en virtud de la entrega del bien, es evidente que la propiedad se adquiere por razón de la entrega y no de la celebración del contrato, pudiendo distinguirse perfectamente entre el título de adquisición y el modo de adquirir.

f) Lo anteriormente expuesto no significa que no se pueda transferir convencionalmente la propiedad u otro derecho real.

(7) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Op. cit., pág. 30.

(8) ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil. Librería Bosch, Barcelona, 1975, Tomo I, volumen 11, pág. 188.

(9) GALGANO, Francisco. El Negocio Jurídico. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 156.

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

Sin embargo, tratándose de la transferencia de la propiedad de un inmueble efectuada mediante una convención, no sería de aplicación el artículo 949 del Código civil, 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 directamente la propiedad del inmueble sin crear previamente la obligación de hacerlo.

Por estas razones considero que el sistema peruano de transmisión convencional de la 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. En el caso de los bienes muebles determinados, el título está constituido por el respectivo contrato de transferencia y el modo por la tradición, en aplicación del artículo 947 del Código civil. En el caso de los bienes inmuebles determinados, el título está también constituido por el respectivo contrato de trans-

ferencia y el modo por la aplicación del artículo 949 del mismo Código.

En virtud de las mismas razones pienso que el contrato en general (incluidos los contratos de transferencia de la propiedad) tiene efectos exclusivamente obligacionales, esto es se limita a crear una relación jurídica compuesta de obligaciones, y no puede, por sí solo, tener efectos reales, pues para ello se requiere adicionalmente un modo de constituir el derecho.

No creo, pues, que la propiedad de los bienes, sean éstos muebles o inmuebles determinados, pueda adquirirse por efecto exclusivo de un contrato.

Puede observarse que el profesor Hugo Forno y yo llegamos a conclusiones opuestas. Ambos estamos sinceramente convencidos de la bondad de nuestras respectivas tesis, lo que pone de manifiesto que el Derecho es una ciencia que permite interpretaciones diferentes. Como dice De Trazegnies⁽¹⁰⁾, el razonamiento jurídico no trabaja en un mundo de certezas y de demostraciones sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico sino al de lo discutible, donde todo está hecho con materia controvertida. Corresponde a cada cual tomar su propia posición, en vista de los argumentos expuestos. ^{AB}

(10) DE TRAZEGNIES, Fernando. "75 años de la Facultad de Derecho". Discurso de Orden pronunciado el 29 de abril de 1994 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.