

# La Tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables

**Beatriz Boza Dibós**

Alumna del 7o. Ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC, y miembro del Comité de Redacción de THEMIS

El artículo 947 del Código Civil de 1984 establece novedosamente en la legislación peruana que la tradición transfiere el dominio de los bienes muebles, salvo disposición legal diferente. Esta salvedad debe entenderse referida a cierto tipo de bienes de fácil identificación que están anotados en un Registro Público en el que se indica quién es su propietario, de tal suerte que para su transmisión requieren de un hecho distinto: la inscripción<sup>1</sup>. Es el caso de los bienes muebles registrados, tales como las acciones, los vehículos, las armas, determinada maquinaria, etc.

Así pues, la regla general es que los bienes no registrables (también denominados "bienes no identificables") se transfieren por tradición<sup>2</sup>.

A su turno el artículo 901 del mismo cuerpo de leyes explica en qué consiste la tradición, señalando que "se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece".

Es importante destacar que el principio inspirador de esta novedosa reglamentación enseña que en materia de bienes no-registrables "la posesión vale título". De allí pues, que este tipo de bienes se transfieran por tradición, mientras que los bienes identificables ameriten inscripción. En perfecta armonía con lo expuesto, el artículo 912 estatuye que "el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito".

En síntesis, la entrega (ya sea material o ficta) de un bien no registrable convierte al adquiriente en propietario, sin necesidad de inscripción ni de otro requisito adicional. Esto se justifica, toda vez que los terceros mediante la publicidad generada por la entrega podrán percatarse del cambio de titular.

Ahora bien, el artículo 1136 ubicado en el Libro de Obligaciones legisla el caso de concurrencia de

- 1 Así Avendaño Valdez, Jorge: "Transferencia de la Propiedad Mueble en el nuevo Código Civil", en THEMIS, Revista de Derecho, segunda época, año 1, No. 2, pág. 6.
- 2 Röthlisberger, Andreas señala en su obra "Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen", Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1982, que todos los Códigos latinoamericanos definen las cosas muebles como aquellos bienes cuya transferencia de propiedad se efectúa sin ningún tipo de registro.

acreedores establecido un orden de prelación, según el cual se preferirá al acreedor de buena fe a quien el deudor hubiese hecho tradición del bien, en defecto suyo, al acreedor de título que conste de documentos de fecha cierta más antigua, y por último al acreedor cuyo título sea de fecha anterior.

La lectura del precepto induce a pensar que se trata de un error del legislador, ya que si de conformidad con lo dispuesto por el artículo 947 el acreedor que recepciona el bien adquiere propiedad, a razón de qué debería ser preferido si él ya es propietario. Por otro lado, habría una aparente contradicción entre los artículos 1136 y 947 ya que el primero exige tradición más buena fe mientras que el segundo sólo tradición.

Es más, según lo prescrito por el artículo 1136 sólo se requiere buena fe en la hipótesis de haberse efectuado la tradición, más no en los demás casos allí contemplados. Dicho en otros términos, si el acreedor cuyo título consta de documento de fecha cierta se hubiese coludido con el deudor para perjudicar a un acreedor cuyo título careciese de certeza acerca de su antigüedad, la redacción del artículo induciría a pensar que el Derecho ampararía a ese acreedor malicioso. Esta interpretación no parece equitativa; ¿qué fundamento habría para limitar la exigencia de la buena fe al primer caso?. Por otro lado ¿de haber querido el legislador consagrar la necesidad de la buena fe para la transmisión de los bienes muebles, por qué no lo estableció expresamente al sancionar el artículo 947?

Con el objeto de evitar estas contradicciones e interpretaciones absurdas analizaremos sucintamente en qué consiste la transferencia de propiedad mueble para concluir en esa medida con una interpretación armónica de los preceptos en cuestión.

### 1. Sistemas de transferencia de propiedad

Como es sabido, la exigencia de la tradición, de la buena fe o de ambos elementos en conjunto no es una invención del legislador peruano sino que responde a la naturaleza misma de los derechos reales, especialmente a su máximo exponente: la propiedad.

Se han dado diversas definiciones acerca del concepto "derecho real" cuyo listado y análisis escapa al tema en estudio, sin embargo podríamos resu-

mir las distintas versiones doctrinarias entendiendo por derecho real la relación jurídica inmediata y directa entre una persona y un bien determinado susceptible de hacerse valer contra todos<sup>3</sup>. Esta eficacia hacia el exterior constituye la característica esencial del derecho real, que se denomina carácter absoluto, en virtud del cual todos los miembros de la comunidad deben respetar la relación jurídica creada. De allí que algunos tratadistas consideren que el derecho real impone una obligación general de abstención<sup>4</sup> con sujeto pasivo universal<sup>5</sup>, partiendo "de la idea que el hombre no tiene derecho sobre las cosas, sino frente a los demás hombres, y que el titular del llamado derecho real, para lo único que está facultado es para exigir de todos los individuos sometidos a la regla de Derecho (...) una abstención"<sup>6</sup>.

Dado que el derecho real impone a la colectividad la obligación de respetar a su titular, "es necesario no sólo que se acomode a lo que la colectividad entiende por derecho real, (...y...) que (...) haya algo que lo exteriorice o proclame"<sup>7</sup>, sino que además, su transferencia no debe vulnerar los derechos de terceros. En efecto, la transmisión de un derecho real no sólo atañe a las partes (enajenante y adquirente) sino que afecta también a la colectividad, que en adelante tendrá que respetar al nuevo titular. El Derecho, en consecuencia, debe supervigilar y regular las modificaciones en la titularidad de los derechos reales en aras de garantizar su absolutividad tutelando en esa medida los intereses de la sociedad.

Es así, que el legislador dependiendo del rol que le atribuya a la voluntad particular y las exigencias que le imponga a los terceros, se verá en la disyuntiva de "optar por tutelar los intereses de la colectividad, especialmente aquellos de la economía crediticia, amparando la publicitación de la transferencia de dominio por medio de la tradición, o por proteger los intereses del individuo"<sup>8</sup> exigiendo buena fe en el adquirente. El legislador deberá pues decidir entre reconocer a la voluntad particular un campo restringido de acción, imponiendo a los terceros la obligación de tomar noticias a través de actos publicitarios, o admitir la omnipotencia del consentimiento exigiendo en tutela de los terceros la máxima buena fe, especialmente del adquirente. El punto que debe ser esclarecido, es, si la propiedad se transfiere únicamente como consecuencia de un contrato obligacional, o si requiere además de la tradición.<sup>9</sup>

3 En igual sentido Cossío Corral, Alfonso de: "Instituciones de Derecho Civil", Alianza Editorial, Madrid 1975, pág. 498.  
4 Martínez-Radio, Antonio de la Esperanza: "La tradición en la transmisión de los derechos reales", en Revista de Derecho Español y Americano, Madrid, Oct.-Dic. 1964, No. 2, pág. 43.  
5 Cossío, op. cit., pág. 497 y siguiente.  
6 Cossío, op. cit., pág. 497 y siguientes.  
7 Martínez-Radio, op. cit., pág. 43.  
8 Schmid Hansjakob: "Das Traditionsprinzip im neuerem schweizerischem Sachenrecht", Tesis doctoral, Universidad de Zurich Siegfried & Co., Zurich 1945, pág. 11 y siguiente.  
9 Caemmerer, Ernst von: "Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübertragung", en *Rebels-Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1938/39, pág. 676.

### a) Sistema publicista

Algunos ordenamientos jurídicos consideran que el consentimiento sólo es capaz de vincular a dos sujetos dando lugar a una obligación en virtud de la cual uno de ellos (llamados acreedor) puede exigir del otro (denominado deudor) la ejecución de una prestación; es decir que la voluntad particular es todopoderosa para generar consecuencias jurídicas relativas o de efectos inter partes, más no absolutas oponibles a terceros.

En este orden de ideas la transferencia de dominio, que por naturaleza también atañe a la colectividad<sup>10</sup>, supondrá además del consentimiento un elemento externo, perceptible y material que publicite<sup>11</sup> la nueva titularidad del dominio<sup>12</sup>, que facilite noticia a cualquier interesado de forma suficiente acerca de la existencia o inexistencia del derecho<sup>13</sup>.

De allí que estas legislaciones inspiradas en el sistema alemán exijan como hecho externo reconocible para los terceros, la tradición, toda vez que en materia de bienes no registrables la posesión "en cuanto supone una situación perfectamente perceptible para cualquiera, es en principio suficiente para asegurar esa publicidad"<sup>14</sup>. Es importante aclarar que la posesión como estado, y no el simple acto de entrega, que muchas veces permanece oculto a la colectividad, es quien cumple esta función publicitaria inherente a todo derecho real.

Veamos pues, como el legislador opta por proteger los intereses de la colectividad pudiendo incurrir en injusticia frente a las partes<sup>15</sup>. El carácter absoluto de los derechos reales obliga a que el ordenamiento

jurídico limite la autonomía de la voluntad determinando por un lado, el contenido de los derechos reales, y por otro, los requisitos que deben concurrir para su transferencia<sup>16</sup>.

La autonomía de la voluntad es restringida, toda vez que los efectos jurídicos no se generan en el momento determinado por las partes sino en el momento de la tradición<sup>17</sup>.

### b) Sistema consensualista

Otras legislaciones de corte liberal inspiradas en las enseñanzas de la doctrina francesa atribuyen a la voluntad particular un ámbito de poder ilimitado. Consideran que el consentimiento es omnipotente, capaz no sólo de obligar a los sujetos sino de generar consecuencias jurídicas oponibles también a los terceros, como por ejemplo: transferir el dominio.

A fin de tutelar los intereses de la colectividad estos ordenamientos de inspiración napoleónica exigen que el adquirente tenga buena fe, esto es, que ignore la existencia de una obligación de entrega anterior<sup>18</sup>, y que, en consecuencia, crea que el vendedor es propietario<sup>19</sup>.

Como en Derecho francés la sola obligación de dar transfiere el dominio, el segundo comprador no contrata ya con el dueño, de allí que para adquirir propiedad deba desconocer la venta hecha con anterioridad, es decir, deba creer en la propiedad del vendedor. "El requisito de la buena fe resulta de suma importancia, pues se estaría adquiriendo un derecho ajeno, lo cual es posible únicamente si quien adquiere

10 Pautasso, Tomás Humberto: "La tradición en materia inmobiliaria y mobiliaria", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe Argentina 1953, No. 76 y 77, pág. 67 y siguientes.

11 Molinario, Alberto D. señala en su obra "De las relaciones reales", La Ley, Buenos Aires 1965, pág. 179, como elemento de todo derecho real "la realización de un acto que imparta publicidad, o sea que haga posible el conocimiento en el tiempo y en el espacio la constitución del derecho real".

12 Así Süß, Theodor: "Das Traditionsprinzip. - Ein Atavismus des Sachenrechts", en Festschrift für Martin Wolff, 1952, Mohr, Tübingen, pág. 144.

13 Cossío, op. cit., pág. 565.

14 Cossío, op. cit., pág. 565. A su turno, según Bauer, Marianne: "Zur Publizitätsfunktion des Besizes bei Ubereignung von Fahrnis", en Festschrift für F.W. Bosch, Giesecking Verlag, RFA 1976, pág. 1, la casi totalidad de la doctrina alemana concibe la posesión como el símbolo externo de los derechos reales sobre bienes muebles, asociándole dos funciones esenciales: la de publicitar la transferencia (denominado "Traditionsprinzip") y tutelar la adquisición de buena fe (llamado "Principio de apariencia jurídica"). Así Westermann, Wolf-Raiser, Lent-Schwab, Eicheler, Palandt-Degenhardt, Erman-Westermann, Staudinger-Seufert y numerosa jurisprudencia del máximo tribunal alemán.

15 Howald, Martin: "Der dingliche Vertrag", Tesis doctoral, Universidad de Zurich, Akeret 1946, pág. 87.

16 Howald, op. cit., pág. 49.

17 Howald, op. cit., pág. 50.

18 Avendaño, op. cit., pág. 7.

19 Pescio V., Victorio: "Manual de Derecho Civil", tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1958, pág. 196 y siguientes, desarrolla el concepto de la buena fe. Explica que Pothier definió la buena fe diciendo que es la justa opinión que tiene el poseedor de haber adquirido el dominio o propiedad de la cosa que posee. Asimismo anota que para De Ruggiero y Maroi la buena fe es la convicción de ejercitar un derecho propio, es decir la ignorancia, al poseer, de perjudicar un derecho ajeno. En tal virtud agrega, la buena fe reposa sobre la base de un error. Por otro lado el referido tratadista afirma que el Código Brasileño parece haberse inspirado en la definición de Planiol y Ripert al establecer que la buena fe es la ignorancia del vicio u: obstáculo que se opone a la adquisición. Más adelante, en la pág. 329 Pescio expone la noción consagrada por el Código Chileno en su artículo 706, que dispone, que la buena fe es la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla.

tiene buena fe<sup>20</sup>. Podemos, pues, definir la buena fe en este caso como la convicción de ser propietario, a esta creencia "corresponde evidentemente, la ignorancia de que quien transfiere la propiedad no es el verdadero propietario. Vista desde sus dos ángulos, la buena fe consiste, pues, a la vez en una creencia de ser titular del derecho y en una ignorancia de que adquirió mal"<sup>21</sup>.

A lo ya expuesto sumaremos que en esta línea de pensamiento la buena fe debe existir en todo momento y en cualquier hipótesis, ya que sólo así se garantiza la protección del primer adquirente y de los demás interesados. En tal virtud la buena fe será imperiosa no sólo en el caso de haberse realizado la tradición, sino también en la adquisición por parte del acreedor con documento de fecha cierta.

Por el contrario en un sistema basado en la tradición "el conocimiento que de la primera venta haya tenido el comprador no estorba para reconocer que contrató con el verdadero propietario, y, por consiguiente, no puede tachársele de mala fe en el sentido jurídico de la palabra; la mala fe se funda en el supuesto de que sabía que trataba con un no-propietario. Pudo indudablemente tener noticia de que el vendedor faltaba a otra obligación, pero éstas son exclusivamente personales, y no afectan a terceros, los cuales jurídicamente no están obligados a respetarlas"<sup>22</sup>.

## 2. Sistema de transferencia consagrado por el legislador peruano de 1984

Por su parte el artículo 947 del Código Civil de 1984, norma sin precedente en nuestra legislación, estatuye novedosamente que la tradición del bien no-registrable transfiere el dominio. "No queda ninguna duda que la tradición de la cosa es ahora un elemento esencial de la transferencia de la propiedad de los muebles (...), de tal manera que el solo consentimiento no es capaz de producir la enajenación"<sup>23</sup>

La discusión doctrinaria acerca de la transferencia de propiedad mueble surgida a raíz del Código de 1936 y tan minuciosamente estudiada y analizada por Zusman ha sido inequívocamente zanjada en el nuevo Código que en su artículo 947 dispone que la transferencia de los bienes no registrables opera por tradición.

Escapa a los alcances de este trabajo enumerar minuciosamente todos los demás casos contemplados por el legislador del '84 en que se evidencia nuestra afirmación; sin embargo cabe remarcar de manera ilustrativa, que el Código de 1984 permite expresamente en su artículo 1409 inciso segundo la venta de bien ajeno —de haber consagrado la transferencia "solo consenso" no habría permitido semejante estipulación<sup>24</sup>.

Así pues el legislador peruano optó por la seguridad reconociéndole un ámbito restringido a la voluntad particular y depositando en los terceros interesados su propia protección, es decir imponiéndoles la obligación de informarse acerca de la nueva titularidad del bien.

Como consecuencia de lo expuesto se desprende que la tradición es el elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no-registrables, sin que se requiera buena fe.

Cabe destacar que el hecho de prescindirse de la buena fe del adquirente no significa que el ordenamiento jurídico peruano ampare al acreedor malicioso. Como ya se ha expresado, la mala fe supone saber que se trata con el no-propietario. Dentro del sistema adoptado por el legislador del '84 el conocimiento de la primera venta no perjudica en nada el hecho de estar contratando con el verdadero propietario, toda vez que la transferencia opera únicamente por medio de la tradición<sup>25</sup> y mientras el enajenante no haya entregado el bien seguirá siendo propietario y como tal podrá válidamente obligarse e incluso transferir el bien.

20. Zusman de Bigio, Shoschana: "La transferencia de la propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", Tesis PUC, Lima 1975, pág. 78 y siguiente.

21. Zusman, op. cit., pág. 46 y siguiente. Pescio V., op. cit., pág. 198 y siguientes, señala a su turno que "la buena fe no constituye una simple impresión del espíritu sino una convicción o persuasión (...) que es producto de los hechos o circunstancias que rodean la adquisición de la posesión (...). Así, si el poseedor hurtó la cosa (...) sería inadmisiblesu pretensión de ser poseedor de buena fe". Invocando la autoridad de Trabucchi agrega que "la buena fe (...) no es un factor puramente psicológico, en el sentido que baste para constituirla la simple ignorancia de que se está lesionando el derecho ajeno; es menester que esa ignorancia no implique negligencia grave (...). El fundamento ético de la protección de la buena fe se revela en esa excusabilidad".

22. Zusman, op. cit., pág. 79 y siguiente.

23. Avendaño, op. cit., pág. 6.

24. Boza Dibós, Beatriz: "La Tradición del bien mueble no identificable: un contrato real", en Revista del Foro, C.A.L., No. 2, 1985.

25. Avendaño, op. cit., pág. 7, observa que "el conocimiento o ignorancia de la enajenación anterior es absolutamente irrelevante porque la compraventa sólo queda perfeccionada por virtud de la entrega o tradición conforme al artículo 947. El convenio anterior ha sido absolutamente ineficaz para la transferencia de la propiedad, de donde resulta irrelevante que se conozca o desconozca la existencia de ese acto jurídico sin efecto alguno en el ámbito de los Derechos Reales".

Si por el contrario la malicia del acreedor no sólo se limita al conocimiento de la venta anterior sino que recepciona el bien con el ánimo de burlar a los acreedores del insolvente, estaremos frente a un caso de fraude en que por aplicación del artículo 195 el acto de disposición quedará sin efecto. Es sólo en el marco restringido de la figura del fraude y siempre que la adquisición fuese a título oneroso, que la buena fe del adquirente desempeñaría un papel determinante; en los demás casos es irrelevante.

Por último es menester aclarar cómo debe entenderse el artículo 1136 ya que su lectura contradice todo lo expuesto anteriormente, evocando una incongruencia<sup>26</sup> en relación al artículo 947 "La exigencia de la buena fe del tercero adquirente tiene justificación cuando la transferencia de la propiedad no queda perfeccionada con la entrega sino con el consentimiento. Conforme al nuevo Código esto no es así: la tradición es un elemento esencial y constitutivo. Ella sola basta para transmitir la propiedad, la buena fe del adquirente es entonces intrascendente"<sup>27</sup>. Es más, de exigirse para la adquisición del dominio de los bienes no-registrables tradición de buena fe ¿a dónde quedaría la prescripción corta? Dicho en otros términos, la adquisición de buena fe por prescripción regulada en el artículo 951 carecería de sentido.

Entonces, respecto del problema que nos ocupa caben las soluciones siguientes —que por cierto, en mayor o menor grado implican en última instancia desaciertos legislativos.

Por un lado, puede sostenerse que se trata realmente de un gazapo de legislador, ya que los artículos 947 y 1136 regulan la transferencia de propiedad mueble imponiendo requisitos y consecuencias distintas. Esta interpretación resulta pragmática pero no aporta elementos nuevos para compatibilizar ambos artículos.

Debemos pues preguntarnos, si la adquisición está siendo derivada de quien sigue siendo propietario, ya que ella opera únicamente mediante la tradi-

ción ¿para qué exige el artículo 1136 buena fe? "Parecería ser que no se está adquiriendo del verdadero propietario (...) Si es que la tradición es el único modo de adquirir la propiedad, la ignorancia de anteriores transferencias es irrelevante"<sup>28</sup>. Resulta, pues, imperioso entender que el precepto en cuestión legisla la adquisición a "non dominio" o adquisición derivada del no-propietario. Creemos que ésta es la única interpretación posible que salvaría la incongruencia referida; más aún cuando "uno de los efectos de la buena fe es hacer adquirir instantáneamente la propiedad de los bienes muebles" transferidos por quien no es propietario<sup>29</sup>.

Sin embargo, en esta línea de pensamiento la norma resultaría redundante y por tanto obsoleta, toda vez que el artículo 948 prevee expresamente el caso de la adquisición de los bienes no-registrables de manos del no-propietario. Cabe anotar, empero, que este precepto excluye los bienes robados y perdidos mientras que el artículo 1136 omite hacer tal distinción. Partiendo de la premisa que en un mismo cuerpo de leyes la misma hipótesis no puede estar legislada de manera diferente, y considerando que tanto el artículo 947 como el 1136 regulan la transferencia de propiedad mueble, debemos entender que el último se refiere a los bienes registrables, tales como las acciones, los automóviles, etc.; mientras que el primero hace lo propio respecto de los bienes no-registrables. Siendo los bienes registrables de fácil identificación, su posesión no desempeña la función de título, de tal suerte que no es necesario distinguir entre bienes robados o perdidos y bienes no robados ni perdidos. Siguiendo este orden de ideas, en uno u otro caso, el artículo 1136 no se aplicaría a la adquisición derivada del propietario.

En resumen, sea cual fuere la solución adoptada para zanjar esta inconcordancia, la tradición derivada del propietario en materia de bienes no-registrables transfiere el dominio con absoluta prescindencia de la buena o mala fe del adquirente. Podemos, pues, concluir acertadamente afirmando que en el ordenamiento civil peruano la propiedad no-registrable se transfiere por tradición.

26 Avendaño, op. cit., pág. 7, conluye que "hay pues una falta de concordancia entre los artículos 947 y 1136. El contenido de este último se justificaba plenamente en el Código anterior y, en efecto, la regla estaba incluida en el artículo 1173. Pero la exigencia de la buena fe no tiene justificación a la luz del actual artículo 947 porque la tradición es elemento indispensable y suficiente" para transferir el dominio.

27 Avendaño, op. cit., pág. 7.

28 Zusman, op. cit., pág. 75 y siguientes.

29 Mazeaud, Henri, León y Jean, citados por Zusman, op. cit., pág. 48.