

Sistema de Transferencia Adoptado por el Legislador Peruano de 1984*

(un comentario al artículo 947 del C.C.)

Beatriz Boza Dibos

Asistente de docencia en el curso "Derechos Reales"
de la Facultad de Derecho de la PUC

1. FUNDAMENTOS DE TODO SISTEMA DE TRANSFERENCIA

La transferencia de dominio no atañe sólo a las partes directamente vinculadas a ella sino que involucra también a la colectividad obligada a respetar al nuevo titular¹. Es por ello, que todo sistema de transferencia debe dar respuesta a dos cuestiones fundamentales: a) cómo informar y, en su caso, proteger a los terceros ajenos a la transacción, y b) cómo regular las relaciones entre el enajenante y el adquirente. Según la posición que se adopte dependerá el momento y los requisitos que se exijan para la transferencia, así como la adquisición en caso de concurrencia de acreedores.

a) Protección de los terceros²

La necesidad de tomar partido respecto del rol de los terceros se funda en la propia naturaleza de los de-

rechos reales, que siendo oponibles erga omnes el ordenamiento jurídico debe garantizar su observancia.

Los derechos reales, como se sabe, son absolutos, es decir, suponen una relación jurídica inmediata y directa de una persona con un bien susceptible de hacerse valer contra todos³. Este elemento externo tipifica el derecho real. Cossío señala que modernamente el derecho real es "considerado como una obligación con sujeto pasivo universal, (... 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 sometido a la regla de Derecho (...) una abstención"⁴. El ejemplo propuesto por Díez-Picazo es verdaderamente persuasivo al respecto. En efecto, el mencionado autor se refiere al caso de una servidumbre negativa, p.ej. de vista. Este ejemplo evidencia que el propietario del predio dominante no tiene un derecho sobre la cosa sino única-

* Al maestro Jorge Avendaño Valdez por su capacidad de despertar en sus alumnos el interés por el Derecho, con aprecio y agradecimiento.

1. Bauer, Marianne: "Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei der übereignung von Fahrnis", Festschrift für F.W. Bosch, Gieseking Verlag, RFA 1976, p. 3 y siguiente. Cossío Corral, Alfonso de: "Instituciones de Derecho Civil", Alianza Editorial, Madrid 1975, p. 565, 497 y siguiente. Howald, Martin: "Der dingliche Vertrag", tesis doctoral Universidad de Zurich, Akeret 1946, p. 49. Martínez-Radió, Antonio de la Esperanza: "La tradición en la transmisión de los derechos reales", Revista de Derecho Español y Americano Nr. 2, Madrid oct-dic 1964, p. 43. Pautasso, Tomás Humberto: "La tradición en materia inmobiliaria y mobiliaria", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nr. 76/77, Santa Fe, Argentina 1953, p. 67 y siguiente.
2. Las nociones generales desarrolladas en este punto se basan en nuestro trabajo titulado "La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables" publicado en *Thémis* Nr. 4, Segunda Epoca, Lima 1986, p. 66 y siguientes.
3. Cossío, p. 498.
4. Cossío, p. 497 y siguiente.

mente frente al dueño del predio sirviente para que no construya⁵. Los derechos reales suponen, pues, una relación jurídica, en virtud de la cual todos los miembros de la comunidad deben respetar al titular.⁶

Ahora bien, ¿en qué medida tutela el ordenamiento jurídico los intereses de los terceros obligados a respetar la relación jurídica creada? ¿Cómo garantiza el Derecho la observancia y eficacia de los derechos reales?

El legislador dependiendo del rol que le atribuya a la voluntad de los particulares y a las exigencias que le imponga a los terceros se verá en la disyuntiva de "optar por tutelar los intereses de la colectividad (...) amparando la publicitación de la transferencia de dominio por medio de la tradición, o por proteger los intereses del individuo"⁷ 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 noticia a través de actos publicitarios, o admitir la omnipotencia del consentimiento exigiendo en tutela de los terceros la máxima buena fe, especialmente del adquirente.

En líneas generales podríamos agrupar las soluciones adoptadas por los distintos ordenamientos jurídicos en dos grandes grupos: por un lado aquellas legislaciones basadas en la omnipotencia de la voluntad consagrada por el Código Civil Francés de 1804, y

por el otro aquellos ordenamientos de inspiración germánica seguidores del Código Civil Alemán de 1896.

Las legislaciones de tradición napoleónica⁸, que atribuyen a la voluntad particular un ámbito ilimitado de poder, consideran que el solo consentimiento es capaz no solo de obligar a las partes sino de transferir propiedad con efectos erga omnes. La propiedad se transmite por el mero consentimiento obligatorio. En definitiva, vender o donar equivale a enajenar⁹. A fin de tutelar los intereses de la colectividad estos ordenamientos exigen buena fe en el adquirente: éste debe ignorar la existencia de una obligación de entrega anterior, y, en consecuencia, creer que el vendedor es propietario¹⁰. El legislador concede así a las partes el poder de transferir propiedad pero les impone la obligación de proteger a los terceros. En este sistema la buena fe resulta de suma importancia, mientras que la tradición es reducida a un simple hecho real de entrega de posesión en ejecución de un contrato anteriormente celebrado.

Por el contrario, los alemanes¹¹ consideran que el consentimiento sólo es capaz de generar efectos jurídicos interpartes, más no de transferir por sí solo el dominio. El contrato de compraventa obliga a transmitir la propiedad del bien vendido pero no produce por sí solo la transferencia. Vender o donar no es, pues, enajenar¹². Para ello se requiere un elemento externo, perceptible y material que publicite la nueva titularidad del dominio, que facilite a cualquier interesado de forma suficiente acerca de la existencia o inexistencia

5. Diez-Picazo: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial".

6. Bauer, p. 3 y siguiente. Cossío, p. 565, 497 y siguiente. Howald, p. 49. Martínez-Radio, p. 43.

7. Schmid, Hansjakob: "Das Traditionsprinzip im neuerem schweizerischem Sachenrecht", tesis doctoral Universidad de Zurich, Siegfried & Co, Zurich 1945, p. 11 y siguiente.

8. Entre las que destacan la francesa, italiana, belga, anglo-americana, soviética, venezolana de 1942, mexicana de 1928, guatemalteca de 1963, costarricense de 1888, nicaraguense de 1904, portuguesa de 1966, el nuevo Código Civil de la RDA de 1975, los Códigos de Rumanía, Canadá y de la República Dominicana.

9. Los hermanos Mazeaud, uno de los máximos exponentes de esta tesis, afirman que "la voluntad, todopoderosa para crear obligaciones, es todopoderosa para producir sin ninguna formalidad la tradición, la transmisión de derechos reales: (...) la compraventa, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que trasmite al comprador la propiedad de la cosa vendida" (citados por Bigio Chrem, Jack: "La compraventa y la transmisión de propiedad", Para Leer el Código Civil 1. vol, Fondo Editorial PUC, Lima 1984, p. 200). Así también Jossierand citado por Prada Cuenca, Nubby Jenith: "El modo en la compraventa de bienes inmuebles", tesis Universidad Javeriana, Bogotá 1969, p. 15. Gesche Müller, Bernardo: "El contrato como modo de adquirir", Revista de Derecho Nr. 41-42, Concepción, Chile jul-dic. 1942, p. 156. Gottheimer, Hans Georg: "Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen", *Rabels-Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, de Gruyter & Co, Berlín 1953, p. 357 y siguiente. León Barandiarán, José: "Curso del Acto Jurídico", Imprenta de la UNMSM, Lima 1983, p. 10. Martínez-Radio, p. 36. Salazar Belén, María del Rosario: "Breve monografía descriptiva de la tradición en algunos ordenamientos de origen romano", tesis doctoral Universidad Javeriana, Tipografía Hispana, Bogotá 1970, p. 17. Schefold, Dietrich: "Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Kauf beweglicher, körperlicher Gegenstände nach französischem Recht", tesis doctoral Universidad de Tübingen, Rudolf Stehle GmbH & Co. HG, Düsseldorf RFA 1968, p. 154. Röthlisberger, Andreas: "Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen", tesis doctoral Universidad de Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1982, p.i. Zusman, Shoschana: "La transferencia de propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", tesis de Bachiller PUC, Lima 1975, p. 3.

10. Avendaño Valdez, Jorge: "Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil", *Thémis* Nr. 2, Segunda Epoca, Lima 1984, p. 7. Pescio, Victorio: "Manual de Derecho Civil" tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1958, p. 196 y siguientes, 329.

11. Además del BGB, el ABGB austriaco, el ZGB suizo, Las Siete Partidas, los Códigos holandés, español, argentino, chileno de 1855, brasilero de 1916, colombiano, ecuatoriano, hondureño, cubano, paraguayo, uruguayo de 1868, panameño y salvadoreño.

12. Cossío, p. 356, 358. Lafaille, Héctor: "Derecho Civil Tomo III: Tratado de los Derechos Reales" 1. vol, Cía. Argentina de Editores SRL, Buenos Aires 1943, p. 493. Prada, p. 15 y siguientes. Röthlisberger, p. 107. Salvat, Raymundo: "Tratado de Derecho Civil argentino: Derechos Reales", tomo I, La Ley, Buenos Aires 1944, p. 64. Wolf, Manfred: "Sachenrecht", 5ta. edición, C.H. Beck, Munich 1983, p. 171.

tencia del derecho¹³. El legislador deposita en los terceros su propia protección imponiéndoles la obligación de informarse acerca de la nueva titularidad del bien. En este sistema la tradición reviste una importancia singular.

Vemos, pues, como ambas corrientes por distintos medios buscan la protección de los terceros.

b) Las relaciones interpartes

El otro pilar sobre el cual reposa la transferencia de dominio está referido a las relaciones entre el enajenante y el adquirente. El legislador debe regular como quedan las relaciones obligatorias entre las partes; es decir, si la transferencia supone necesariamente la preexistencia de un vínculo obligacional, y en caso afirmativo, si éste se extingue con la transferencia. En última instancia, de lo que se trata es de establecer en qué medida se vinculan el título y el modo.

Dependiendo de la importancia que el legislador atribuya a las obligaciones que vinculan a las partes optará en caso de incumplimiento del comprador, por concederle al enajenante una acción reivindicatoria o por fránquearle la vía del enriquecimiento indebido. Dicho en otros términos, sancionará la necesaria concurrencia del título y del modo siguiendo el sistema causalista francés, o le conferirá al modo eficacia autónoma a estilo del sistema de abstracción alemán. La posición que se adopte reviste especial importancia ante la eventualidad de una entrega indebida o quiebra del adquirente.

La corriente francesa¹⁴, que se adscribe al postulado de la omnipotencia de la voluntad particular y, por tanto, de las obligaciones, concibe la transferencia de manera causal dándole un tratamiento unitario al título y al modo¹⁵. Así, si el título fuese nulo o se invalida con posterioridad, no opera la transferencia, pudiendo el deudor reivindicar su propiedad¹⁶. Ante la eventualidad de una entrega indebida o quiebra del adquirente estas legislaciones cautelan los derechos del enajenante otorgándole la acción reivindicatoria.

Frente al causalismo francés los alemanes, basándose en la necesidad de la tradición y en la apariencia

legitimadora que genera la posesión, desarrollaron una solución propia en aras de cautelar ya no tanto los derechos del enajenante sino aquellos del adquirente. La transferencia no depende de la validez del título sino que se basa únicamente en la tradición como modo. Este principio conocido como "Abstraktionsprinzip" dispone que la invalidez del título no afecta a la tradición ni viceversa. De ahí que la transferencia pueda ser eficaz a pesar de antecederle una compraventa inválida¹⁷. Las ventajas de este sistema redundan en beneficio del adquirente (y sus acreedores) no sólo porque tutela su adquisición sino porque lo libera de la obligación de preocuparse por el título de adquisición de su antecesor, limitándose a entrar en posesión como propietario para merecer tutela legal. En este contexto la acción por enriquecimiento indebido despliega toda su eficacia: como la transferencia opera con absoluta prescindencia del título, si por cualquier motivo éste fuese ineficaz, el enajenante sólo recobrará la propiedad del bien transferido mediante el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido. La invalidez del título no afecta, pues, la transferencia, sino su subsistencia¹⁸.

Las posiciones adoptadas por una y otra corriente difieren tanto en sus consecuencias como en sus motivaciones, dependiendo, en última instancia, de la parte a quien el legislador quiera proteger. Debemos, pues, proceder con cautela al referirnos al sistema de transferencia adoptado por determinada legislación, porque son **dos** las cuestiones a las que el legislador debe dar respuesta: a) el rol que desempeñan los terceros y, en consecuencia, la función que se le atribuye al modo; y b) las relaciones entre las partes, esto es, el papel que desempeña el título. De ahí que no se pueda generalizar —ni siquiera deducir— que la corriente que abraza el legislador en un extremo sea también la que consagra en el otro.

Frente al causalismo francés del solo consensu tenemos la tradición transmisiva del BGB. Dicho en otros términos, mientras que los franceses consagran la omnipotencia de la voluntad particular, admitiendo la transferencia solo consensu, los alemanes le reconocen sólo poderes limitados a la voluntad particular, exigiendo un hecho externo como la tradición para la transferencia, hecho que por sí solo basta para constituir al adquirente en dueño absoluto.

13. Cossío, p. 565. Kant, en sus "Principios Metafísicos del Derecho", Editorial Americalee, Buenos Aires 1943, p. 100 y siguiente, afirma que "una cosa no se adquiere por la aceptación de la promesa sino únicamente por la entrega de la cosa prometida (...) El derecho que resulta de un contrato no es, pues, más que un derecho personal, y no llega a ser real sino por medio de la entrega". Süß, Theodor: "Das Traditionsprinzip: ein Atavismus des Sachenrechts", Festschrift für Martin Wolff, Mohr, Tübingen 1952, p. 144.

14. No sólo los ordenamientos de inspiración francesa enumerados en la nota 8 ut supra se adscriben a esta solución sino también varios ordenamientos cantonales suizos y el austríaco (Caemmerer, Ernst von: "Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnis-übereignung", Rabels—Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht, 1938—39, p. 677 y siguiente).

15. Oeckinghaus, Arne: "Kaufvertrag und übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschem und französischem Recht", Duncker & Humboldt, Berlin 1973, p. 37.

16. Martínez—Radío, p. 46. Oeckinghaus, p. 137. Thur, Andreas von: "Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte", Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basilea 1921, p. 43.

17. Wolf, p. 131.

18. Howald, p. 119 y siguiente. Martínez—Radío, p. 46.

2. OPCION DEL LEGISLADOR PERUANO¹⁹

Sentado así el marco general en materia de transferencia de dominio podemos abocarnos al análisis del artículo 947 del Código Civil a fin de concluir esclareciendo cuál es el sistema de transferencia consagrado por el legislador patrio de 1984.

a) Las "cosas muebles"

El art. 947, novedoso en nuestra legislación, dispone que "la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente". El precepto relaciona la tradición con la transferencia de las "cosas muebles".

A diferencia del lenguaje coloquial, en Derecho las cosas se engloban dentro del término más genérico de "bienes". Dentro del universo de los bienes las cosas son aquellos objetos corporales volumétricamente delimitados, que ocupan un lugar en el espacio. Las cosas se diferencian así de los derechos. La norma hace bien al limitar su eficacia a las cosas muebles excluyendo a los derechos, toda vez que éstos se transfieren en virtud de una cesión de derechos o de una cesión de posición contractual.

El artículo precisa aún más el concepto de cosas al referirse a aquellas de naturaleza mobiliaria. Cabe recordar, que la aparición de nuevos tipos de bienes (p.ej. títulos valores, bienes incorporales, aeronaves, etc.) y las exigencias del comercio moderno han hecho obsoleto el criterio tradicional de clasificación de los bienes en base a su movilidad. Es así, que la Doctrina adopta el criterio de la publicidad como elemento diferenciador, que posibilita la persecutoriedad propia de todo derecho real. Así, los bienes físicos y jurídicamente susceptibles de perfecta identificación a través de su inscripción en un registro público, constituyen la categoría de los bienes registrables, respecto de los cuales proceden los interdictos y la acción de retracto. Mientras que los demás bienes, en que los terceros carecen de medios para informarse si el poseedor es o no su propietario pertenecen a la categoría no-registrable. En este campo lo posesorio se identifica con lo petitorio. El artículo en estudio se circunscribe a ésta clase de bienes.

Ahora bien, como nuestro legislador no se atrevió a dar el paso decisivo en materia de clasificación de

los bienes, retomó el obsoleto criterio de la movilidad, por lo que tuvo que consagrar en la última parte del art. 947 una salvedad, que debe entenderse referida a aquellos bienes muebles que no se transfieren por tradición, es decir, a los bienes muebles registrables (tales como las acciones, los automóviles, etc.). En definitiva, entonces, las cosas no-registrables se transfieren por tradición²⁰.

b) Necesidad de la tradición

Ante la pregunta cardinal de cómo informar y, en su caso, proteger a los terceros ajenos a la transacción el Codificador de 1984 sancionó novedosamente en la legislación peruana el carácter trasmisivo de la tradición, imponiendo a los terceros la obligación de tomar noticia acerca de la nueva titularidad del dominio. Así lo dispone el precitado art. 947, zanjando en esta medida la discusión doctrinaria surgida a raíz del Código anterior y tan prolijamente analizada por Zusman²¹. Conciente que un sistema de transferencia no reposa en un único dispositivo sino que se configura por la interrelación del conjunto de normas contenidas en un mismo cuerpo legal, fundamentamos esta conclusión en diversas otras reglas, entre las que caben destacar el carácter netamente obligatorio de los contratos típicos (art. 1529 compraventa, art. 1602 permuta, art. 1621 donación, art. 1648 mutuo, art. 1810 mandato sin representación y art. 1923 renta vitalicia), la posibilidad de contratar sobre bienes futuros o ajenos (art. 1409), la venta de bien incierto (art. 1532), etc. Nuestro Codificador acoge así la tesis alemana: la tradición transfiere propiedad sin que importe la buena o mala fe del adquirente²².

Abrazamos con vivo interés la solución adoptada por nuestro legislador, porque responde a la propia naturaleza de los derechos reales. En efecto, del carácter absoluto de los derechos reales se desprende su oponibilidad erga omnes. En tal virtud es preciso acudir a medios que faciliten noticia a cualquier interesado de forma suficiente acerca de su existencia o inexistencia. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. En consecuencia, si se quiere que la colectividad respete el derecho real, es menester que éste no sólo se acomode a lo que la colectividad entiende por derecho real, sino que se manifieste, que se evidencie, que se publicite para que pueda llegar al conocimiento de los obligados a respetarlo²³. Es así, que el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de establecer la publicidad como elemento constitutivo para la transferencia de

19. Las conclusiones aquí vertidas han sido tomadas de nuestra tesis de Bachiller titulada "Transferencia de los bienes no registrables: Naturaleza jurídica de la Tradición", PUC, Lima 1986.
20. Esta disquisición hubiera resultado innecesaria si nuestro Legislador hubiese consagrado el criterio de la identificabilidad de los bienes, clasificándolos en registrables y no-registrables.
21. Zusman, Shoschana: "La transferencia de propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", tesis de Bachiller PUC, Lima 1975.
22. Acerca de la aparente contradicción entre el art. 947 y el 1136 ver nuestro artículo publicado en el Nr. 4 de esta misma revista titulado "La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables", p. 65-69.
23. Bauer, p. 4. Cossío, p. 565, 548 y siguiente. Martínez-Radio, p. 43. Pautasso, p. 67 y siguiente. Süß, p. 144. Wolf, p. 10.

los derechos reales²⁴. La publicidad estará dada no por un hecho efímero en el tiempo, sino por un signo que perdure en el espacio, no será un acto sino un estado. En materia no—registrable la posesión cumple esta función publicitaria. La posesión directa como signo externo (y no la entrega, que generalmente permanece oculta a la colectividad), es la que exterioriza la existencia del derecho real y justifica la tradición.

Hay, sin embargo, quienes ponen en tela de juicio la función publicitaria de la posesión, arguyendo que es equívoca porque puede responder a finalidades diversas, que siendo de carácter privado da pie a un sinnúmero de fraudes, etc. Tratadistas de la altura de Salvat, Lafaille y Süss cuestionan así la eficacia publicitaria de la posesión²⁵. Sin embargo, dada la naturaleza tan particular de los bienes no—registrables, estimamos que, en ausencia de un medio mejor, la posesión directa se desempeña satisfactoriamente como elemento publicitario. No pretendemos con esto afirmar que sea tan eficaz como la anotación registral, sino constatar que, mal que bien, sirve para evidenciar el dominio no—registrable.

Ahora bien, si decimos que la propiedad es un derecho absoluto que impone una obligación universal de abstención, y que debe publicitarse *urbi et orbe* para que sea respetada, y afirmamos luego que la posesión directa se desempeña, mal que bien, como elemento publicitario, debemos colegir necesariamente, que para la transferencia de dominio se requiere la entrega. La entrega entendida como el traspaso de la posesión directa de manera exclusiva en favor del adquirente. En algunos casos bastará, que el enajenante señale el bien o entregue las llaves (del granero o cofre), mientras que en otros deberá desprenderse físicamente del bien en favor del adquirente. Nuestro legislador basándose en estas consideraciones ha recogido con lucidez y acierto la necesidad de la tradición para la transferencia del dominio no—registrable.

Es más, el sentimiento popular respalda esta tesis. De 400 personas (ajenas al Derecho) encuestadas²⁶,

un 88 o/o opina que la tradición transfiere (79 o/o soy dueño desde que me entregan la cosa y no desde que la separo en la tienda; 96 o/o soy dueño con la entrega y no desde que me la ofrecen). En igual sentido un 85 o/o dispondría del bien como propietario, aunque no hubiese pagado el precio (97 o/o usaría el bien como propio; 79 o/o transferiría el bien a un tercero; 81 o/o lo llevaría a componer). Sin embargo, pese a que la mayoría considera que recién la entrega transfiere, esa mayoría no vendería dos veces el mismo bien.

Frente la disyuntiva: tradición transmisiva al estilo alemán o tradición como un mero hecho de ejecución de un contrato anteriormente celebrado, nuestro legislador se apartó de su pasado espiritualista francés inclinándose por la primera alternativa. Podemos, pues, concluir tal como enseña un célebre jurista nacional, que "la tradición es un elemento esencial y constitutivo (...) para transmitir la propiedad (...) de tal manera que el solo consentimiento no es capaz de producir la enajenación"²⁷.

c) Tradición causal

Al regular la segunda cuestión fundamental en materia de transferencia de dominio, es decir las relaciones interpartes, nuestro Legislador siguiendo al Derecho francés consagró un sistema causal de transmisión, que supone la existencia de un título y de un modo válidos. No basta, pues, que el título o acto de naturaleza obligatoria que da lugar a una obligación que consiste en una prestación de dar, concorra con la tradición o modo. Es menester que la tradición extinga las obligaciones nacidas del título. La causalidad no se agota por la concurrencia aislada de ambos elementos, sino en la medida que la tradición logre los efectos del pago.

Lo expuesto se desprende del mencionado art. 947, que no hace mención del "adquirente" sino que se refiere "al acreedor", así como de los arts. 1267 y siguientes que conceden al deudor la facultad de rei-

24. Feigin de Bendersky, Martha: "La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales", Lecciones y Ensayos Nr. 31, Buenos Aires 1966, p. 103. Howald, p. 49. Süss, p. 144. Wolf, p. 10.

25. Lafaille, p. 193. Salvat, p. 456. Süss, p. 153.

26. Encuesta realizada en noviembre de 1986. Total de encuestados: 400, de los cuales 63 o/o eran alumnos de quinto de secundaria en colegios particulares, 25 o/o estudiantes de Estudios Generales Letras de la PUC y 13 o/o amas de casa. 1. ¿Desde qué momento eres dueño de una cosa, p.ej. de un radio o bicicleta? a) desde que me lo entregan, b) desde que lo separo en la tienda. ¿Habría alguna diferencia en que te regalen un TV o que lo compres: en uno y otro caso, en qué momento te conviertes en dueño del TV? a) desde que me lo entregan, b) desde que me lo ofrecen. 2. En una tienda compras una licuadora a plazos. Ahí mismo te la entregan. Durante un año vas a pagar mensualmente una cuota fija. ¿Vas a usar la licuadora como si fuese tuya? a) si, b) no. Un amigo te ve usando la licuadora y le parece el regalo ideal para su madre. Como tu ya no la necesitas te ofrece comprártela por el doble de precio, ¿se la venderías? a) si, b) no. 3. Quieres vender tu TV así que pones un aviso en el periódico. Un señor lee el aviso y va a tu casa. Se interesa por el TV. Estás feliz porque conseguiste un comprador. Resulta que el señor no tiene en ese momento todo el dinero, va a ir a su casa y regresará a pagarte y a recoger el TV. Poco después llega un conocido tuyo que recién se entera de la venta. Siempre quiso un TV como el tuyo, así que te ofrece darte en ese instante el mismo precio que el señor te iba a dar. ¿Le venderías el TV a tu amigo? a) si, b) no. 4. Como todos sabemos en Tacora se pueden comprar cosas robadas a precios muy cómodos. Tu vas y compras algo porque lo necesitas. Pagas el precio al contado. ¿Aceptarías que el antiguo dueño (o sea, al que le robaron la cosa) te la quite, o tu ya eres dueño? a) ya soy dueño, b) la cosa es del antiguo dueño.

27. Avendaño, p. 6.

vindicar el bien erróneamente dado en pago (figura del pago indebido) y la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento indebido (art. 1954 y siguiente), entre otros.

Compartimos plenamente esta solución porque se adecúa mejor a la realidad de los hechos. Quien celebra una compraventa no desea transferir hasta no verificar la tradición, y aún en la hipótesis de haber hecho tradición, si la compraventa se invalida deseará que todo se retrotraiga a su estado original, anterior a la celebración de la compraventa. Resulta lógico y está en la conciencia popular, que el vendedor pueda reivindicar el bien indebidamente entregado. Si bien el sujeto quiere transferir propiedad, lo hace porque pretende no sólo extinguir su obligación, sino, además, recibir el precio. Ambas figuras están íntimamente ligadas. No debe olvidarse, por otro lado, que la ejecución forzada es posible gracias a la presencia del título, y que la causalidad tutela los derechos de los acreedores del enajenante en caso de quiebra del adquirente. Las ventajas de la transferencia causal superan, pues, aquellas del sistema de abstracción alemán.

El Codificador de 1984 toma partido respecto de las dos cuestiones fundamentales sobre las cuales reposa todo sistema de transferencia: la participación de los terceros, y la vinculación habida entre el título y el modo. Respecto de la primera abraza la tesis germana de la necesidad de la tradición, quedando los terceros encargados de su propia protección, ya que deberán tomar noticia acerca de la nueva titularidad del dominio. Respecto de la segunda se adscribe a la corriente causalista francesa, que refleja mejor la realidad de los hechos y la voluntad de las partes. De esta forma podemos apreciar que nuestro legislador no se ha limitado a copiar cualquier solución extranjera, sino que ha forjado su camino, sanciona una solución auténtica, da una respuesta propia, que refleja el nivel y la capacidad de nuestros juristas, en particular, del ponente del Libro de los Derechos Reales.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA TRADICION²⁸

Debemos ocuparnos ahora de la naturaleza jurídica de la tradición, esto es, esclarecer si constituye un mero hecho, a pesar de ser un acto voluntario, o si por el contrario es un acto jurídico, a fin de dilucidar si la reglamentación vigente se adecúa a ella. El tema que nos ocupa no es sencillo, pues linda, por un lado, con las necesidades del comercio moderno y, por el otro, con siglos de formación jurídica. Sin embargo,

si reflexionamos brevemente, con cargo a profundizar más adelante, repararemos que la tradición, además de ser un hecho relevante para el Derecho porque acarrea efectos jurídicos (la transferencia del dominio), es un hecho voluntario en el que interviene necesariamente la voluntad de los sujetos. No debemos, pues, dejarnos llevar por la costumbre, debemos preguntarnos qué es en realidad este **hecho jurídico voluntario** llamado tradición.

a) Comparencia de dos partes

Resulta obvio que la tradición suponga la presencia de dos partes: una que entrega y otra que recibe. Esta idea bipartita no impide, empero, que varias personas sean las que entreguen y/o reciban el bien. Quien procura propiedad a otro se coloca en la posición jurídica del enajenante, a quien se le imputen las consecuencias de esta adquisición es el adquirente. Hasta que se efectúe la tradición, el vendedor no es enajenante, ni el comprador adquirente.

b) Declaraciones de Voluntad

Cabe remarcar, que la tradición no es una simple entrega sino que constituye una entrega cualificada²⁹, que tiene por objeto la transferencia de un derecho real. Toda entrega no configura por sí sola tradición; requiere además la intención o animus de transferir y, a su turno, adquirir dominio³⁰. La voluntad de las partes determina si la entrega transfiere posesión o propiedad. La entrega deberá, pues, estar aparejada de la recíproca voluntad de transferir y, a su turno adquirir dominio, voluntad ésta que se plasma en un acuerdo de transferencia.

En nuestra Tesis de Bachiller ilustramos esta afirmación en base a varios ejemplos, como el caso del comprador que se introduce subrepticamente en el local del vendedor para apropiarse del bien vendido. Este caso pone de manifiesto que el vendedor en ningún momento se desprendió del bien; por el contrario, el comprador se apropió de él contra la voluntad del primero. En igual sentido, el vendedor de alfombras no verifica la entrega, si fuera de horas de oficina, las deja en la puerta del establecimiento del comprador. Este no esperaba la mercancía ese día, desconocía que estuviese ahí, y por tanto no se sentía dueño. Asimismo la omisión del joven en recoger su equipo de música que dejó a reparar no constituye al técnico en propietario, aunque éste hubiese constituido

28. Nos hemos ocupado de este tema en varias oportunidades, una preliminar en una publicación en la Revista del Foro Nr. 3 de 1985, titulada "La tradición del bien mueble no identificable: un contrato real", y de manera exhaustiva en nuestra tesis de Bachiller ya citada, cuyos lineamientos generales pasamos a detallar.

29. Arroyo Camacho, Dulio: "El problema de la doble venta", Lex Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá Nr. 3, Panamá, enero-abril 1976, p. 47 y siguiente.

30. Arroyo, p. 47. Martínez-Radio, p. 30 y siguiente. Pescio, p. 317. Salazar, p. 12 y siguiente. Westermann, Harry: "BGB-Sachenrecht", 7ma. edición, Schwerpunkte, Heidelberg 1984, p. 79. Wolf, Manfred: "Die Eigentumsvermutung des Art. 1006 BGB-BGH, NJW 1984, 1456", JuS 1985, 941.

al primero en mora. El descuido del joven puede deberse a distintas causas, una de ellas a que estaba fuera del país, pero en ningún caso puede entenderse como la voluntad de desprenderse del bien en favor del técnico; para que esto ocurra es menester que el joven consienta en ello.

El sujeto no sólo debe tener la voluntad de aprender físicamente el bien sino de transferirlo. Dicho en otros términos, la entrega supone un **querer natural**, que se exterioriza en la relación física con el bien. Es la voluntad de tener el bien entre las manos. Pero, por otro lado, para que haya tradición el sujeto debe querer los efectos de la misma, **su voluntad debe recaer sobre las consecuencias jurídicas del acto**. El Derecho centra su atención en esta voluntad otorgándole el rango de Declaración de Voluntad.

No cabe duda que la voluntad de las partes determina el propósito de la entrega; sin embargo, las opiniones doctrinarias y legislativas discrepan respecto de su oportunidad. Hay quienes sostienen que al obligarse se consiente en la transferencia, mientras que otros consideran que ésta obedece a un momento volitivo distinto. Según la primera corriente de inspiración napoleónica, la voluntad de transferir está implícita en la declaración de obligarse. Los defensores de esta tesis afirman que la intención de las partes no se limita a quedar obligadas sino que persiguen un efecto económico. Si la conclusión del contrato obligatorio sólo importase un vínculo personal —agregan— el bien vendido no podría ser objeto de ejecución forzada, ya que las partes habrían afectado genéricamente su patrimonio, y no un bien específico. La voluntad de transferir se da según esta corriente en el marco de un consenso mayor. La compraventa cumple una función doble, obliga y transfiere.

Compartimos, por el contrario, la otra tesis, según la cual la voluntad de transferir obedece a un momento volitivo distinto. No puede ser una misma voluntad la que crea la obligación y aquella que al manifestarse cumpliéndola, la extingue³¹. El hecho que el título y el modo configuren un acto unitario —cual es la transferencia de dominio— no significa que ambas figuras carezcan de trascendencia propia. La voluntad de transferir se diferencia de la voluntad de obligarse. Si bien se motiva en esta última no fluye de ella. Tan es así, que la constitución en mora no transfiere propiedad, y el contrato a favor de tercero requiere el asentamiento de éste último para beneficiarlo patrimonialmente.

Que me obligue frente a otro con determinado propósito no impide que para obtener ese propósito me ponga nuevamente de acuerdo con la contraparte³², más aún, si por este segundo acuerdo no se cons-

tituyen obligaciones sino que transfiero un derecho real, es decir, si el contenido de ambos pactos es distinto. El efecto de obligarme es condicionar mi voluntad futura para obtener el propósito perseguido al obligarme: no me obligué a obligarme sino a transferir, esto es, a plasmar en realidad el propósito que motivó mi obligación.

Ambas voluntades se dan en planos o niveles distintos. La voluntad de obligarse genera sus consecuencias en el campo de las obligaciones, mientras que la voluntad de transferir hace lo propio respecto de los Derechos Reales. Estamos ante ámbitos del Derecho claramente diferenciales.

La voluntad de obligarse debe ser totalmente libre, porque el sujeto vincula en esa medida la integridad de su patrimonio durante un lapso, muchas veces prolongado. Este es el ámbito de gobierno de la Autonomía de la Voluntad, en que los sujetos tienen la facultad de crear obligaciones aunque, por cierto, no de manera ilimitada ya que una situación de monopolio o la contratación por adhesión restringen esa autonomía.

La voluntad de transferir, por el contrario, puede ser sustituida. No es que la parte se vea coaccionada contra su voluntad, sino que se ve obligada por mandato de un acuerdo en el que intervino libremente. Es su propia libertad la que la ata. El sujeto conserva la voluntad omnímoda de vincularse con quien quiera y en los términos que estime convenientes, en la medida que su propia libertad no haya determinado algo distinto.

En caso de incumplimiento esta voluntad será declarada por el juez, quien se basará evidentemente en el título pero no porque éste contenga la voluntad de transferir, sino porque ahí el demandado se obligó a transferir, para cuyo efecto en un momento posterior declararíamos su voluntad en ese sentido. El juez no “quiere la transferencia” en lugar del demandado (es decir, no lo representa) ni ejecuta una voluntad ya declarada sino que **la sustituye** otorgándole eficacia coercitiva a la obligación asumida. La sustitución judicial de la voluntad de transferir encuentra su fundamento en la propia libertad humana y en la función pública que debe cumplir el juez ante el incumplimiento de una de las partes.

Con esto no pretendemos reducir el título a la categoría de un mero contrato preparatorio ni nada semejante. De lo que se trata es de reconocerle un ámbito propio de acción a cada institución: por un lado el título que versa sobre obligaciones, y por otro la tradición que despliega su eficacia en el campo de los Derechos Reales. El título tan no es un contrato preparatorio que su nulidad, como hemos visto, afecta la eficacia de la tradición, cosa que no ocurre con

31. Prada, p. 34.

32. Howald, p. 122.

los contratos preparatorios, ya que su nulidad no acarrea la del definitivo.

Queríamos destacar, y estimamos haberlo puesto en evidencia, que la tradición obedece a un momento volitivo propio.

c) Consentimiento trasmissivo

Ahora bien, las voluntades individuales no bastan para producir la transferencia, es menester que éstas coincidan. Ambas voluntades deben ser concordantes, deben darse simultáneamente y fusionarse, las partes deben consentir.

Como la voluntad de las partes determina el propósito de la entrega, el acuerdo real debe existir al momento de la entrega. Puede darse antes, pero sus efectos deberán producirse necesariamente cuando se tenga el bien o al momento de recibir la posesión plena o, cuanto menos, mediata³³.

d) Capacidad

Es el caso, que para la transferencia de propiedad no basta la intención de transferir el dominio sino que se requiere ser capaz y tener la libre disposición del bien. Así, el quebrado, incapaz, cónyuge o condómino no podrá transferir propiedad sin la intervención del síndico, representante legal, cónyuge o condómino. Podríamos criticar la norma que nos ocupa en el sentido de señalar que peca por omisión, toda vez que debió exigir en la línea de los Códigos chileno y colombiano facultad para transferir en el enajenante. Sin embargo, estimamos que el artículo siguiente, que regula la adquisición a non dominio, suple esta omisión, ya que legisla precisamente la hipótesis en que el enajenante carece de facultad para disponer.

A su turno, el adquirente debe ser capaz de ejercicio y estar en la aptitud de gozar del derecho que pretende adquirir. El curador no podrá adquirir los bienes del incapaz ni el funcionario los bienes nacionales. Estas reglas se ven flexibilizadas por las normas sobre adquisición de buena fe; figura que plantea interesantes cuestiones en cuya complicada problemática no es posible ahora profundizar.

e) Contrato real

A estas alturas podemos definir la tradición como

la entrega en virtud de la cual el poseedor—enajenante de acuerdo con otra persona capaz para adquirir, transfiere el dominio de un bien no registrable.

Nadie puede poner en duda que la tradición es un hecho que acarrea efectos jurídicos propios, es decir, que es un hecho jurídico. Por otra parte, la tradición es un hecho voluntario en que interviene la voluntad del enajenante y del adquirente, es decir, es un acto bilateral. Pues bien, para determinar la naturaleza jurídica de la tradición debemos tener presente que el contrato privado es fuente no sólo de relaciones jurídicas obligatorias sino también de relaciones absolutas o derechos reales³⁴. Así lo dispone el art. 1351 al referirse a “una relación jurídica patrimonial”. Será el contenido del consentimiento el que determinará qué tipo de relación se regula: si recae sobre una obligación (o relación jurídica patrimonial de carácter relativo) el contrato será obligatorio, si, por el contrario, versa sobre un derecho real (o relación jurídica de carácter absoluto) estaremos ante la presencia del contrato real.

El contrato real supone para su validez, un elemento volitivo (el acuerdo real que recae sobre una relación de carácter absoluto) y uno fáctico o publicitario, que en materia de bienes no registrables es la entrega. La tradición en este orden de ideas constituye un contrato real, y, en particular, dada la presencia del título, un **contrato real causado**. Como tal las partes pueden supeditar su eficacia a una condición suspensiva (p.ej. reserva de dominio), resolutoria o a un plazo.

Las palabras del profesor Cossío resultan esclarecedoras al respecto. El mencionado tratadista señala que el contrato obligatorio no basta “para transferir el dominio; (...) del mismo (...) sólo se derivan obligaciones: es necesario que (...) se añada la entrega de la cosa. Pero la entrega de la cosa, por sí sola, tampoco produce la transmisión de la misma (...) es preciso que al mero consentimiento obligatorio se añada un acuerdo de dotar a dicha entrega de efectos reales y trasmissivo”. Y continúa, “se plantea el problema de si este consentimiento trasmissivo, por sí solo, es suficiente para transferir la propiedad, o si es necesario, además, la concurrencia de un título obligatorio que lo legitime. Por ejemplo, si alguien me entrega una cosa creyendo que la compro, y yo la recibo convencido de que se hace donación de ella, no existe duda de que existe un acuerdo real trasmissivo unido a la entrega, puesto que la cosa se me da en dominio y yo la recibo en tal concepto; falta, sin embargo, el título obligato-

33. Eccius: “Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht”, Gruchots—Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts tomo 47, Berlín 1903, p. 53. Schefold, p. 158. Wolf, Manfred: “Sachenrecht”, 5ta. edición, C.H. Beck, Munich 1983, p. 170.

34. Al respecto, el profesor De la Puente en su prolija obra sobre el contrato privado, luego de estudiar exhaustivamente las características, elementos y noción del contrato señala que “dado que la doctrina moderna considera que el contrato es fuente de relaciones jurídicas patrimoniales, comprende no sólo la creación, modificación y extinción de obligaciones, sino también de derechos reales. Ello llevaría a la necesidad de consignar las reglas generales sobre el contrato, tal como dice Albaladejo, como informantes no sólo del Derecho de obligaciones sino también del Derecho de cosas” (De la Puente y Lavalle, Manuel: “Estudios del Contrato Privado”, Cultural Cuzco, Lima 1983, tomo I, p. 136).

rio que legitime o justifique esta transferencia, y entonces cabe preguntarse: ¿habrán, a pesar de todo, de atribuirse efectos transmisivos a dicha entrega? (...) El Derecho español (... exige ...) para que la tradición produzca sus efectos, que se encuentre legitimada por un título obligatorio anterior que la determine: si éste falta o es nulo, la tradición no puede producir tales efectos trasmisivos, sino que es absolutamente ineficaz"³⁵.

Podemos, pues, concluir afirmando que la tradición es necesaria para la transferencia del dominio no registable; que la ley distingue clara y acertadamente entre el acto obligatorio y el acto de transferencia; que la voluntad de obligar genéricamente el patrimonio se diferencia así jurídicamente de la voluntad de disponer de un bien; que esta última es jurídicamente relevante, y unida a un elemento publicitario acarrea la transmisión de propiedad; que la transmisión supone, además, la existencia de un título válido; que la tradición se verifica para extinguir la obligación emanada del título; que, en definitiva, **la tradición constituye un contrato real causado.**

4. LA TRADICION COMO MODO DERIVADO DE ADQUISICION

Finalmente debemos ocuparnos, aunque brevemente, de la tradición como modo de adquisición. Este tema reviste especial importancia tratándose de la adquisición de buena fe o a non dominio, cuyo fundamento es, precisamente, la tradición.

Desde épocas remotas se ha diferenciado entre los modos originarios y derivados de adquisición³⁶, según se cree o transfiera un derecho real. El derecho que nace en forma directa y sin necesidad que haya existido antes en otra persona, se adquiere de modo originario o no derivado. Es el caso de la ocupación, del hallazgo, de la apropiación, especificación, mezcla y de la accesión. Así, la adquisición originaria, en virtud de la cual se crea un derecho real, se caracteriza como aquella producto de un hecho unilateral. A esta noción se contraponen la de modo derivado o traslati-

cio, que supone la preexistencia del derecho en el enajenante. En este orden de ideas, no se crea un derecho nuevo sino que se recibe uno ya existente, como ocurre con la tradición. La adquisición derivada implica la concurrencia de dos voluntades; constituye pues, un hecho bilateral de transferencia.

En realidad la finalidad de esta clasificación no radica en establecer si se crea o transfiere un derecho, ya que en ambos casos, la adquisición por parte de una persona conlleva necesariamente la pérdida del mismo por parte de otra —salvo el caso de las extintas res nullius. La posesión en si no es el elemento diferenciador, sino la entrada en posesión. De este evento dependerá el modo de que se trate: si es por voluntad unilateral o bilateral, es decir, si interviene o no el consentimiento. En consecuencia, la diferenciación está encaminada a saber, si la adquisición se deriva de un acto bilateral (modo derivado) o de un hecho unilateral (modo originario). En uno y otro caso habrá toma de posesión; la diferencia radicará en su unilateralidad o bilateralidad. Es por ello, que la denominación más adecuada para la adquisición, que se deriva de la concurrencia de dos voluntades, es la de **adquisición convencional** (también llamada derivada), y aquella que se origina en un hecho (generalmente unilateral) **adquisición originaria o unilateral**. Lo fundamental en el modo derivado es su carácter contractual. La adquisición será convencional en la medida que intervengan dos sujetos que consientan en ella. En las demás hipótesis estaremos frente a un caso de adquisición originaria.

La tradición, tal como la hemos estudiado en los párrafos precedentes, constituye un modo derivado o convencional de adquisición³⁷.

EN RESUMEN: nuestro Legislador ha consagrado con lucidez y gran acierto un sistema causal de transferencia por tradición. La Tradición se yergue así como un contrato real causado que acarrea la transferencia del dominio de las cosas muebles, constituyendo en tal virtud un modo convencional de adquisición.

35. Cossío, p. 562 y siguientes.

36. Molinario, Alberto: "Derecho patrimonial y Derecho real", La ley, Buenos Aires 1965, p. 127 y siguiente. Neppi, Vittorio: "Sobre la distinción de los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivados", La Ley tomo 30, p. 366. Romero Romaña, Eleodoro: "Derecho Civil: Los Derechos Reales", UNMSM, Lima 1948, p. 79.

37. En igual sentido Lafaille, p. 493. Salazar, p. 40. Diego citado por Zusman, p. 23 y siguiente.