

MÁS ALLÁ DEL TÍTULO Y MODO: TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD EN EL PERÚ A 40 AÑOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

BEYOND THE TITLE AND MODE: TRANSFER OF PROPERTY IN PERU 40 YEARS AFTER THE 1984 CIVIL CODE

Guillermo José Arribas Irazola*
Ex Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

After 40 years of effectiveness of the 1984 Civil Code, the author reviews and questions the group of rules that regulate the transfer of property in Peru. Taking into special consideration the fact that the general rules of transfer of property in the book of Real Estate Law ('Derechos Reales') have not had any modification since its issuance in 1984, the author develops these rules together with those that complement our system of transfer of property, and the main discussions that have taken place on these matters in the last 40 years.

In each case, the coherence of the system and the relevance of potential modifications are evaluated. The author proposes concrete reforms to this section of the Civil Code in order to ensure the adaptability of the rules of property transfer to new times.

KEYWORDS: Property Rights; Civil Code; transfer; system; reform.

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil de 1984, el autor revisa y cuestiona el grupo de normas que regulan la transferencia de la propiedad en el Perú. Teniendo en especial consideración el hecho de que las reglas generales de transferencia de propiedad en el libro de Derechos Reales no han tenido ninguna modificación desde su emisión en 1984, el autor desarrolla estas normas junto con aquellas que complementan nuestro sistema de transferencia de propiedad, y las principales discusiones que se han dado sobre estas materias en los últimos 40 años.

En cada caso, se evalúa la coherencia del sistema y la relevancia de potenciales modificaciones. El autor propone reformas concretas a esta sección del Código Civil con el objetivo de asegurar la adaptabilidad de las normas de transferencia de propiedad a nuevos tiempos.

PALABRAS CLAVE: Derechos Reales; Código Civil; transferencia; sistema; reforma.

* Abogado. Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad de Yale. Profesor de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la PUCP. Asociado principal del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Perez (Lima, Perú). Contacto: garribas@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de marzo de 2024, y aceptado por el mismo el 02 de mayo de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de 40 años desde que Lucrecia Maisch von Humboldt y Jorge Avendaño prepararon el proyecto del libro de Derechos Reales de nuestro actual Código Civil. Este 2024 el Código Civil cumple 40 años, y con él, también el mencionado libro. Dentro de los varios artículos que se tratan en el Libro de Derechos Reales del Código Civil, me enfocaré principalmente en una sección que no ha tenido ninguna modificación desde su entrada en vigencia: los modos de transferencia de propiedad de bienes muebles e inmuebles.

Nuestro Código Civil regula los modos de transferencia de propiedad en dos artículos: el 947¹ para bienes muebles, y el 949² para bienes inmuebles. Los modos de transferencia de propiedad son parte de una lista más amplia de modos de adquisición de la propiedad, dentro de los cuales se encuentran, entre otros, la accesión y la prescripción adquisitiva de dominio. La diferencia principal es que los supuestos de transferencia de propiedad implican un mecanismo derivativo de adquisición de propiedad. Es decir, la propiedad se adquiere de una persona que la otorga. En cambio, en supuestos como la accesión y la prescripción adquisitiva, el mecanismo de adquisición de propiedad es originario. El derecho se adquiere por cumplir con un supuesto de hecho previsto en la ley, no por la transferencia del derecho por un tercero (Ennecerus, 1935, pp. 19-35).

Si bien todos los mecanismos de adquisición de propiedad son importantes, los supuestos de transferencia son probablemente los más usados. Día a día se generan incontables negocios jurídicos donde se pacta la transferencia de un derecho de propiedad. La compraventa de un terreno, de una botella de agua o de una criptomoneda, en todos los casos las normas previstas en los artículos 947 y 949 de nuestro Código se aplican para determinar a partir de qué momento se transfiere el derecho de propiedad correspondiente.

A pesar de no haber sido modificado en todo este tiempo, el artículo 949 es además quizá la norma de Derechos Reales que más discusión ha generado en la doctrina nacional desde la aprobación del Código Civil en 1984³. Los principales debates consisten en si es aplicable la teoría del título y modo⁴ y cuál debería ser el modo ideal para la adquisición de los bienes inmuebles en el Perú⁵.

Hay quienes consideran que la teoría del título y modo sí es aplicable tanto a la transferencia de bienes muebles como inmuebles, siendo en el caso de los bienes muebles el modo es la tradición, y en el caso de los bienes inmuebles, la obligación de enajenar (De la Puente, 1994, pp. 9-16). En cambio, hay quienes consideran que la teoría del título y modo será aplicable solo a la transferencia de bienes muebles, con la tradición, y que en el caso de los bienes inmuebles se ha adoptado la teoría del solo consenso, siguiendo a la doctrina francesa⁶.

Respecto de 'modo' ideal para la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles, hay quienes consideran que debería dividirse el sistema no en muebles e inmuebles, sino en bienes registrados y no registrados⁷. Para el caso de los bienes registrados, el modo debería ser la inscripción, y en el caso de los no registrados, se podría mantener un sistema similar al actual. De otro lado, hay quienes sostienen que el modo debe mantenerse como la sola celebración del contrato, atendiendo a las características particulares del Perú⁸. Se prioriza la ejecución de transacciones en el mercado inmobiliario sobre la seguridad en el derecho de quien adquiere estos derechos con inscripción en el registro.

En el presente artículo se revisa la discusión que hasta ahora se ha tenido sobre los artículos 947 y 949, así como las normas complementarias que comprenden nuestro sistema de transferencia de propiedad, marcando las limitaciones de las distintas posiciones, así como las oportunidades de mejora. Con base en estos comentarios, se propone

¹ Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente (1984).

² Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (1984).

³ Otra institución que ha sido ampliamente discutida en estos 40 años es la del poseedor precario (artículo 911 del Código Civil). A pesar de esto, las discusiones sobre el poseedor precario son, sobre todo, interpretativas (¿quién es el poseedor precario?), mientras que los debates sobre el artículo 949 se han centrado también en cuál debería ser el mecanismo de transferencia de propiedad de bienes inmuebles, más allá de lo actualmente regulado.

⁴ Véase a Forno Florez (1993); De la Puente (1994); Escobar Rozas (2002).

⁵ Véase a Fernández Cruz (1994); Bullard (2004).

⁶ Véase a Forno Florez (1993); Fernández Cruz (1994).

⁷ Véase a Avendaño (1997 y 2001); Bullard (2004).

⁸ Véase a Fernández Cruz (1994).

en la última sección de este escrito modificaciones puntuales a algunos artículos del Código Civil en su 40 aniversario.

II. SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD: ESTADO ACTUAL Y APARENTES CONTRADICCIONES

A. Regla general: artículos 947 y 949

1. Muebles e inmuebles

El Código Civil clasifica los bienes como muebles e inmuebles en los artículos 885⁹ y 886¹⁰. En doctrina, un bien mueble es aquel susceptible de movimiento, mientras que un bien inmueble es uno que se mantiene fijo en un lugar determinado¹¹. Un ejemplo de bien mueble sería una pelota, que puedo lanzar para que mis perros, Luna y Viktor, atrapen y la regresen a mí. En cambio, el ejemplo tradicional de bien inmueble será un terreno, el cual está fijo en un espacio geográfico en nuestro planeta desde que se tiene consciencia de su existencia y que, sin importar los años, seguirá estando en principio el mismo puñado de tierra¹². Machu Picchu o el Coliseo Romano son testimonio de ello.

No obstante, el Código Civil no aplica textualmente la doctrina de bienes muebles e inmuebles. En

realidad, los artículos 885 y 886 realizan un listado antojadizo pensando en los mecanismos de transferencia de propiedad de estos bienes, y la posibilidad de otorgarlos en garantía. Por esto, por ejemplo, dentro del listado de bienes inmuebles tenemos a las naves y embarcaciones, que claramente se pueden mover. También encontramos dentro de la lista de bienes muebles e inmuebles derechos inmateriales, como las concesiones para explotar servicios públicos en los inmuebles, y los derechos de propiedad intelectual para los muebles; sin embargo, ninguno de estos se puede mover o no mover, pues son abstracciones jurídicas incorporales.

Con este contexto, el Código Civil regula la regla general de transferencia de estos dos únicos tipos de bienes en los artículos 947, para bienes muebles, y 949, para bienes inmuebles. Estos artículos tienen el siguiente texto desde la emisión del Código Civil en 1984:

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.

⁹ Artículo 885.- Son inmuebles:

1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
4. Las naves y embarcaciones.
5. Los diques y muelles.
6. Derogado.
7. Las concesiones para explotar servicios públicos.
8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
9. Derogado.
10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
11. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad (1984).

¹⁰ Artículo 886.- Son muebles:

1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.
2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
4. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.
6. Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.
7. Las rentas o pensiones de cualquier clase.
8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.
9. Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.
10. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885 (1984).

¹¹ Véase a Planiol y Ripert (1932); Francisco Avendaño; Jorge Avendaño (2017).

¹² Es cierto que a lo largo de cientos de años puede existir una modificación en la tierra que, en teoría, modifique la ubicación de los terrenos. Sin embargo, este proceso es tan espaciado en el tiempo que no se considera.

2. Título

Como punto común de ambos artículos, ninguno dice expresamente que el presupuesto para poder transferir la propiedad a título derivativo es la existencia de un negocio jurídico que así lo indique. No obstante, en ambos casos se hace referencia a un acreedor que tiene derecho a recibir el derecho de propiedad.

Ambas normas regulan de manera implícita que la transferencia de propiedad a título derivativo requiere como justificativo base un negocio jurídico en donde una persona se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra. Usualmente, este negocio jurídico será un contrato de compraventa, pero podría ser otro, como un contrato de donación.

La existencia de este negocio jurídico base donde una persona se obliga a transferir la propiedad a otra es la causa que habilita la transferencia y se conoce como el 'título' (Albaladejo, 1994, pp.139-146; Avendaño y Avendaño, 2017, p. 73). Si es que no existe el mismo, no interesa que se cumpla con el 'modo' que comentaremos en la sección siguiente. La propiedad no se transferiría.

3. Modo

La distinción entre ambos artículos estará en el momento en el que se considera que se transfiere el derecho de propiedad del transferente al adquirente (en un contrato de compraventa del comprador al vendedor). Para el artículo 947, la transferencia de propiedad se dará cuando se realice la tradición o en algún otro supuesto que indique la ley. Para el artículo 949, será cuando se genere la obligación de enajenar, cuando la ley lo indique, o cuando las partes pacten que ocurra. Indaguemos sobre estos puntos.

El hecho jurídico a partir del cual se considera que se ha transferido la propiedad de un bien es lo que en doctrina se define como el 'modo' de transferencia de propiedad (Albaladejo, 1994, pp.139-146; Avendaño y Avendaño, 2017, p. 73). Para el

caso de los bienes muebles, el modo es aparentemente claro: la tradición. Según los artículos 900 y siguientes, la tradición es a su vez el modo de transferencia de la posesión. Si bien la manera sencilla de referirse a la tradición podría ser la entrega, es bastante más complejo que esto.

Dentro de los supuestos previstos en el Código Civil, la entrega física del bien del deudor en favor del acreedor es solo uno de los varios supuestos considerados en la ley como 'tradición'. Desde los romanos se flexibilizó este principio para reconocer otros supuestos en donde, si bien no ocurría la entrega tradicional, el contexto empujaba a flexibilizar la regla (Planiol, 1932, pp. 535-536; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 324-326). Esto lo encontramos en el Código Civil en los artículos 901¹³, 902¹⁴ y 903¹⁵ del Código Civil. En el 901, por ejemplo, se considera que se transfiere también la posesión cuando el bien lo recibe la persona que el acreedor ha designado para ello. El 902 prevé dos supuestos donde se considera que ha ocurrido la tradición: cuando el bien transferido sigue en posesión del transferente, pero cambia su título posesorio (por ejemplo, pasa de ser propietario a arrendatario) y cuando el bien transferido está en posesión de un tercero (por ejemplo, se vende un inmueble que está arrendado a un tercero) se considera que la tradición se da con la sola firma del contrato, pero es efectiva al tercero solo desde que se le notifica. Finalmente, el 903 marca como hito de la tradición la entrega de documentos que dan derecho al adquirente a recoger los bienes que se le han enviado, o retirarlos del almacén cuando se encuentran sujetos al régimen de almacenes generales. Es importante resaltar que los artículos sobre tradición tampoco han tenido ninguna modificación desde la entrada en vigor del Código Civil en 1984.

Si bien en los casos especiales de tradición que hemos indicado, el adquirente no recibe físicamente el control físico sobre el bien transferido, también se consideraría entregada la posesión y, en aplicación del artículo 947, transferida la propiedad del bien. Además de la tradición, el artículo 947

¹³ Artículo 901.- La tradición 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 (1984).

¹⁴ Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:

1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.

2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito (1984).

¹⁵ Artículo 903.-

Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos.

Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario (1984).

permite que la propiedad de los bienes muebles se transfiera según lo previsto en una norma legal especial. Tal es el caso de la transferencia de automóviles, donde la adquisición de propiedad ocurre a partir de la inscripción en el registro del nuevo propietario.

Algo que no se dice expresamente en los artículos referidos a la tradición y el artículo 947 es que la ley no permite pactar ni un modo distinto de tradición ni un modo distinto de transferencia de propiedad de bienes muebles. Es decir, la autonomía privada de las partes no puede considerar un camino distinto al propuesto por los artículos 900 y siguientes, y el artículo 947. Esta limitación es importante porque, por ejemplo, cuándo podríamos considerar que se ha realizado la tradición de un derecho incorporal si no hay propiamente entrega física. El caso de la transferencia de acciones de una sociedad es un ejemplo de ello, si bien el artículo 91 de la Ley General de Sociedades señala que la sociedad reconoce como accionista a quien se encuentre registrado en el libro de matrícula de acciones, la ley no tiene una norma especial que señale a partir de cuándo se considera transferida la propiedad de la acción. Es siempre posible hacer una interpretación en el sentido que la tradición se entiende ocurre cuando se tiene el control fáctico sobre la acción, pero no se ve una razón para que se limite la facultad de las partes de determinar en el contrato a partir de cuándo se entiende producida la tradición o la transferencia de la propiedad.

Respecto del artículo 949, la ley indica que el 'modo' sería la sola 'obligación de enajenar'. Sobre si la obligación de enajenar es realmente un modo distinto al negocio jurídico que fundamenta la transferencia ha habido harta discusión, como veremos en la sección III siguiente. Sin embargo, por ahora es importante indicar que, sin perjuicio de la posición que se tome, en la práctica la conclusión es la misma: la regla general de transferencia de propiedad de bienes inmuebles implica que el hito jurídico en el que se transfiere el derecho sea la celebración del contrato, el cual contiene la supuesta obligación de enajenar. Es decir, no hay una separación entre título y modo, o ambos ocurren en un mismo momento.

No obstante, a diferencia del artículo 947, el artículo 949 sí permite que las partes pacten algo distinto a la regla general del solo consenso como hito de transferencia de la propiedad. Una manera de verlo es que ante la imposibilidad del legislador de ofrecer un modo de adquisición de propiedad lo suficientemente convincente, renunció a imponer de forma imperativa un hito de transferencia de propiedad.

B. Supuestos de excepción

Si bien los artículos 947 y 949 son las reglas generales para transferencia de propiedad de bienes muebles e inmuebles, el Código Civil contiene algunas reglas de excepción. Dentro del libro V de los Derechos Reales tenemos solo una de estas excepciones: el artículo 948, para la transferencia de bienes muebles por un no propietario. Sin embargo, otros libros del Código Civil incluyen normas que, dentro de un determinado contexto, podrán suponer también una excepción a lo previsto en el artículo 947 y 949. Tal es el caso de los artículos 1135 y 1136, en el Libro VI de Obligaciones (curso de acreedores de bienes muebles e inmuebles), el artículo 1542 del Libro VII de Fuentes de las Obligaciones (venta de bienes en locales abiertos al público), o el artículo 2014 del Libro IX, de los Registros Públicos (tercero adquirente de buena fe registral). De todos estos artículos, el único que ha sido modificado desde la entrada en vigencia del Código Civil es el artículo 2014, como se comentará más adelante.

No es el propósito de esta sección realizar un estudio exhaustivo de cada una de estas instituciones que, en determinados contextos, pueden ser un supuesto de excepción a las reglas previstas en los artículos 947 y 949 para transferencia de propiedad de bienes. Lo que se buscará es hacer una mención general enfocada en la relación que tienen dichos artículos con las normas generales de transferencia de propiedad del Código Civil. En otras palabras, ¿la conjugación de los artículos 947 y 949 con estas normas de excepción generan un sistema de transferencia de propiedad coherente en nuestro Código Civil?

1. Adquisición de *non domino*

El artículo 948 es aplicable a la transferencia de propiedad de bienes muebles. La norma indica lo siguiente:

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. (1984)

Bajo esta norma, un no propietario transfiere a un tercero la propiedad de un bien mueble. Si es que el tercero tiene buena fe, y recibe el bien con el objeto de adquirir la propiedad, entonces adquiere la propiedad de este, siempre y cuando no se trate de un bien perdido o que haya sido adquirido por el transferente no propietario en infracción a

la ley penal (por ejemplo, vía hurto o apropiación ilícita). En otras palabras, en el conflicto entre el propietario y el tercero adquirente de buena fe de un bien mueble, el Código Civil prefiere al tercero adquirente de buena fe (debiendo entenderse esta buena fe como una buena fe conocimiento, siguiendo las reglas previstas en la sección de posesión del libro de derechos reales). El legislador toma esta decisión en consideración a la relevancia que otorga a la posesión en la propiedad de los bienes muebles.

Sin perjuicio de lo anterior, lo clave para la revisión que hacemos en esta sección es determinar si el artículo 948 ha sido consecuente con el modo de adquisición de propiedad que se indica en el artículo 947 sobre transferencia de bienes muebles. La respuesta es parcialmente positiva. Más allá de la justificación para preferir al tercero que adquiere de buena fe el derecho de un *non domino*, la norma señala como requisito para la adquisición del tercero la entrega del bien mueble. Como se explicó al comentar el artículo 947, nuestro Código Civil señala como modo de adquisición de propiedad de los bienes muebles la tradición, que supone la entrega de posesión, fáctica o ficta, del bien sujeto a transferencia y, de forma consecuente, el artículo 948 señala que para que la adquisición del tercero esté protegida, será necesario que dicho tercero 'reciba' el bien.

Afirmo que el 948 es parcialmente consecuente con el artículo 947, porque este último señala como modo de adquisición de propiedad la tradición, y el artículo 948 la indica como una de las condiciones para la adquisición del tercero que reciba el bien. ¿Recibir el bien es sinónimo de que se realice la tradición del bien? La tradición supone siempre una entrega de posesión, pero esta puede ser física (la entrega misma) o jurídica (alguno de los supuestos de tradición ficta). Si bien considero que lo correcto es interpretar el artículo 948 considerando que el tercero puede recibir el bien bajo cualquier supuesto de tradición previsto en el Código Civil, lo propio hubiese sido referirse aquí también expresamente a que se realice la tradición en favor del acreedor del bien mueble.

En resumen, si bien considero que el texto del artículo 948 no es el más adecuado, sistemáticamente podemos interpretar que es consecuente con el artículo 947 al considerar que el tercero podrá adquirir la propiedad del bien si recibe su posesión, o, en otras palabras, si se realiza cualquier tipo de tradición del bien a su favor. Lo anterior, por supuesto, siempre que se cumplan con los otros requisitos para la validez de la adquisición previstos en el artículo 948 (que el tercero sea de buena fe, que reciba el bien como propietario, y que el trans-

ferente no haya adquirido el bien en infracción de la ley penal, o que se trate de un bien perdido).

2. Venta en locales abiertos al público

El artículo 1542 es una versión más comprensiva del artículo 948. La norma indica:

Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. (1984)

A diferencia del artículo 948, no se hace referencia a la calidad de no propietario del vendedor, ni tampoco a ningún requisito del adquirente (que actúe de buena fe o que reciba el bien como propietario). En sencillo, si una persona compra un bien mueble en una tienda o local abierto al público, recibiendo una factura o póliza del vendedor, el tercero habrá adquirido comprado la propiedad del bien conforme a ley. Esto aún si el tercero sabía que el bien no era de propiedad del vendedor, o si los bienes eran perdidos u obtenidos de alguna forma en infracción a la ley penal. Si bien siempre sería posible plantear algún argumento de abuso de derecho para casos excepcionales de mala fe del comprador, el artículo tiene como objetivo blindar aquellas ventas que se realicen en locales comerciales que operan legalmente, emitiendo comprobantes de pago.

La norma trata de proteger el tráfico jurídico de los bienes muebles en locales comerciales o abiertos al público. Además de la importancia que el Código Civil da a la posesión de los bienes muebles, en este artículo también se considera el sistema comercial en general de venta de bienes muebles en locales comerciales. Realizar una revisión sobre la validez del título de propiedad de los vendedores en locales de *retail* sería simplemente prohibitivo. Imaginemos comprar un kilo de arroz en un supermercado y solicitar al cajero de turno los documentos que prueban que el supermercado es efectivamente el dueño del arroz. Sería algo tan impensable como imposible de resolver para el cajero considerando las relaciones comerciales complejas que se generan dentro de una compañía, para explicar caso por caso como un producto llega a las góndolas de las tiendas (distintos proveedores, marcas propias y marcas de terceros, maquilas, entre otros).

Sin embargo, el rol protagónico de la posesión sigue presente en el artículo. Al ser un artículo redactado dentro del libro de Fuentes de las obli-

gaciones no cuenta con la precisión terminológica que se presenta en el libro de Derechos Reales, pero es lógico interpretar que para que adquiera el cliente en la tienda o en el local abierto al público es necesario que se realice a su favor la tradición del bien mueble, siguiendo lo previsto en el artículo 947.

Sin perjuicio de la concordancia indicada con el artículo 947, en este artículo se podrían realizar dos posibles mejoras. Primero, indicar textualmente que el comprador adquiere la propiedad del bien una vez que se realice la tradición a su favor. Segundo, señalar de forma general que, para obtener la protección indicada, el vendedor debe emitir un comprobante de pago válido como lo es una factura, pero también una boleta de venta.

3. Concurso de acreedores

El concurso de acreedores para bienes muebles e inmuebles se encuentra regulado en el libro V del Código Civil, sobre las Obligaciones. Lo que la norma pretende resolver es cuál de los acreedores debe ser preferido cuando un deudor se ha obligado a entregar un mismo bien a distintos acreedores. Es muy importante considerar que los artículos 1135 y 1136 no regulan la preferencia de acreedores con base en un título de adquisición de propiedad principalmente, sino en general a cualquier concurrencia de acreedores en la entrega de un bien, sin importar el título (compraventa, arrendamiento, usufructo, donación, entre otros).

Si bien para efectos del presente artículo centraremos la atención en el potencial concurso de acreedores con base en títulos de adquisición de propiedad, estas normas no se agotan ni tienen su enfoque principal en la transferencia del derecho real de propiedad. Sin embargo, bajo situaciones particulares, estas normas podrán ser excepciones a lo indicado en los artículos 947 y 949 del Código Civil.

a. Concurso de acreedores de bienes muebles

El concurso de acreedores de bienes muebles se regula en el artículo 1136 según lo siguiente:

Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. (1984)

Como se observa, el artículo establece como presupuesto para que cualquier acreedor participe en el concurso que haya actuado de buena fe. Sin perjuicio de las discusiones que pueden existir sobre qué tipo de buena fe es requerida en este caso, coincido en que consistiría en que el acreedor no tenga la posibilidad de conocer las obligaciones paralelas de entrega del bien que ha generado el deudor (Avendaño y Avendaño, 2017, p. 76-77).

Si tenemos múltiples acreedores de la entrega de un bien mueble cierto, un solo deudor, y todos concurren de buena fe, la norma establece como escalón de preferencia prioritario a aquel acreedor respecto del cual el deudor hizo tradición del bien. Si es que el deudor no ha realizado la tradición del bien a ningún acreedor, entonces será preferido aquel que tenga fecha cierta más antigua (por ejemplo, escritura pública, firmas legalizadas, entre otras). Si no se ha realizado ni tradición ni tampoco cuenta ningún acreedor con título de fecha cierta, entonces será preferido aquel acreedor que tenga documento privado más antiguo.

Aún si todos los acreedores en el concurso lo son respecto de títulos de transferencia de propiedad (compraventa o donación, por ejemplo), ser el acreedor preferido no los hará automáticamente propietarios. Esto porque el artículo 1136 no establece un cambio de la regla general de transferencia de propiedad del artículo 947 y, siendo así, será necesaria la tradición para que se consolide la transferencia de propiedad. Podría ser el caso, por ejemplo, que el acreedor preferido lo sea por tener fecha cierta más antigua, en cuyo caso será el acreedor preferido, pero se requerirá la tradición para hacerlo propietario.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 1136 sí puede generar una excepción al artículo 947 del Código Civil. Por ejemplo, en caso de que uno de los acreedores haya recibido la tradición del bien mueble, pero no cuente con buena fe. En este supuesto, por aplicación del artículo 1136, se debería considerar que la tradición no logra los efectos de transferencia de propiedad previstos en el artículo 947. La existencia del modo sería insuficiente, resultando ineficaz.

Si bien es posible que el artículo 1136 excepcionalmente cause que un comprador de bien mueble no adquiera la propiedad del bien por tradición, el artículo en general está alineado con la tradición como modo de adquisición de propiedad de bienes muebles. Esto porque la máxima preferencia para los acreedores de un mismo bien mueble de un solo deudor es la tradición, y la tradición es según el artículo 947, el modo general de adquisición de propiedad de bienes muebles.

Finalmente, existen bienes muebles registrados en donde la inscripción en los registros públicos debería ser considerada para efectos del concurso de acreedores. En este sentido, la diferencia de bienes muebles e inmuebles para el concurso de acreedores podría estar desfasada, siendo más exacto dividir las reglas de concurso entre bienes registrados y no registrados.

b. *Concurso de acreedores de bienes inmuebles*

El concurso de acreedores de bienes inmuebles está regulado en el artículo 1135 según lo siguiente:

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua. (1948)

El 1135 sigue la misma lógica que el artículo 1136 pero para los bienes muebles. En ese sentido, el presupuesto para que diversos acreedores de un mismo deudor respecto de un inmueble determinado puedan concurrir bajo este artículo será que cada uno individualmente haya tenido buena fe. Respecto de los acreedores que sí participen en el concurso, se plantea también un orden de prelación. En el caso del artículo 1135, sin embargo, la primera preferencia la tendrá el acreedor que haya inscrito su derecho en registros públicos. Si no hay inscripción se prefiere a aquel que tiene fecha cierta más antigua y, en su defecto, aquel que tenga documento privado más antiguo.

El artículo 1135 permite observar dos aspectos importantes en contraste con el artículo 1136. El primero es que a diferencia de este último artículo la prioridad máxima del concurso no está alineada con el modo de adquisición de propiedad prevista en la regla general de transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Como se explicó, el artículo 949 establece por regla general como modo de adquisición de propiedad la existencia de la sola obligación de enajenar, sin embargo, el artículo 1135 indica que el acreedor preferido será aquel que inscribe su derecho.

Desde ya se puede apreciar una aparente desconexión entre la regla general de transferencia de propiedad prevista en el libro de Derechos Reales, y el artículo 1135 del libro de Obligaciones. Esto causa que el 1135, a pesar de que regule un concurso de acreedores de la entrega de un bien inmueble (Obligaciones), sea una excepción más

común a la regla de transferencia de propiedad del 949 en comparación con lo comentado para los artículos 1136 y 947 en la transferencia de bienes muebles. Según la regla general del artículo 949, aquel acreedor que tenía su título de adquisición en un documento privado, por regla general, ya era propietario del bien desde el momento en que se celebró el contrato. Sin embargo, esa adquisición en el orden de prelación del artículo 1135 será de último rango. Si es que algún otro acreedor tiene documento privado de fecha posterior, pero en fecha cierta, o si logran la inscripción en los registros públicos, automáticamente la adquisición de aquel acreedor con documento privado de fecha más antigua será ineficaz.

Un segundo aspecto para comentar es que el artículo 1135 no da ninguna relevancia a la posesión y la entrega misma del bien. Esto parece discutible, sobre todo considerando que el concurso de acreedores es por la obligación de entrega del bien inmueble determinado, y no en específico sobre la obligación de entrega en un contexto de transferencia de propiedad. Más aún, al no dar un valor a la entrega física del inmueble, se desconoce que existen muchos inmuebles en el Perú que no están inscritos (ya sea porque no están inmatriculados o, lo que es bastante común, porque no se ha formalizado su independización en los registros públicos). Considero que omitir un rango de preferencia a la tradición en estos casos es un error.

4. Tercero adquirente de buena fe registral

El tercero adquirente de buena fe registral está regulado en el artículo 2014 del Código Civil, dentro del libro IX, de los Registros Públicos. Muchas veces la discusión del artículo 2014 se centra en el contexto de bienes inmuebles, pero es importante resaltar que esta norma es parte de la sección general del libro de los Registros Públicos, y es aplicable a cualquier bien registrado, sea mueble o inmueble. Esta aclaración concuerda con la sugerencia de modificación realizada respecto del concurso de acreedores, en donde propongo que la división sea entre bienes registrados y no registrados, en lugar de bienes muebles e inmuebles.

El artículo 2014 es el único de los artículos tratados en este texto que ha tenido una modificación desde la emisión del Código Civil en 1984. A continuación, presento tanto el texto original como la modificación aprobada por la Ley 30313, publicada el 26 de marzo de 2015:

Texto original, 1984:

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el

registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Texto vigente (modificado en el 2015):

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

El contexto del artículo 2014 supone que un tercero adquiere un derecho de alguien que según la información registral tiene derecho para concederlo. Por ejemplo, el tercero quiere comprar un inmueble y lo adquiere del titular registral. Sin embargo, es posible que ese propietario registral no sea el propietario real. Por ejemplo, el bien ha sido adquirido por un tercero por prescripción adquisitiva de dominio, o se ha resuelto el contrato que le dio derecho al propietario registral a efectivamente adquirir la propiedad del bien en cuestión. En este escenario, el Código Civil establece una norma de excepción, donde el tercero mantendrá el derecho aún en caso el derecho del transferente se anule, rescinda o resuelva, y, según el texto actual modificado, se agrega también en caso se cancele, haciendo alusión a la cancelación de un asiento registral.

Tanto la norma original como la modificada señalaban como requisitos para el tercero adquirente de buena fe registral que sea efectivamente un tercero, que el título que le daba el derecho en cuestión fuese a título oneroso, y que lograse la inscripción de este derecho. Sobre ser un tercero, ello implica que la persona que alega la protección de buena fe registral no sea parte en el acto que se anula, rescinda o resuelva, o del título que se cancela en los registros públicos. Siguiendo la lógica de la compraventa, el tercero es justamente el que celebra un segundo contrato

de compraventa, que no presenta ningún vicio, pero que se encuentra en riesgo porque cuando efectivamente compró su vendedor legalmente ya no era propietario.

Respecto del hecho de que el tercero tenga buena fe registral, se ha dado bastante discusión¹⁶, e inclusive una sentencia del Tribunal Constitucional en el 2020¹⁷. A mi parecer, esta buena fe registral es la posibilidad razonable de conocer la inexactitud del registro. Ello implica una revisión de la información registral. Sobre esto, antes de la modificación del artículo en el 2015, existía controversia sobre cuál era la información registral por revisar, ¿solo el asiento registral o también los títulos archivados que sustentaron la inscripción? La modificatoria del 2014 zanja la discusión incluyendo tanto los títulos archivados como los asientos de inscripción como parte de la buena fe registral. La revisión de los títulos archivados, además, era la práctica común para la revisión de un inmueble desde antes de la modificatoria del artículo. Esta revisión para los predios inscritos por prescripción adquisitiva de dominio se hace por el periodo de 10 años, esto es así previsto en el artículo 950 del Código Civil: “la propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años [...]”.

Sobre la buena fe se debe considerar además el último párrafo del artículo 2014, que indica que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro. Ello parece correcto considerando que según el artículo 2012, la información de los registros públicos se presume conocida por todos, sin admitir prueba en contrario. No obstante, esta línea abre la discusión de si es que el tercero adquirente de buena fe debe hacer una revisión extra registral del bien a adquirir. Por ejemplo, si se trata de un inmueble, ¿debe visitar el lugar para evaluar si es que existen algunos poseedores ilegítimos en el terreno? Este aspecto también ha formado parte de la discusión sobre el 2014. A mi parecer sí es necesario que se haga la revisión. Considero fundamental no dejar de lado los efectos de publicidad de la posesión en el Perú. Ello en especial considerando los altos grados de informalidad¹⁸. Ello acotado como es lógico a una revisión razonable del estado del bien a ser adquirido, que es además lo común en las transacciones de compraventa de inmuebles en la actualidad.

¹⁶ Véase a Arata, Arribas, Del Risco, Lama y Mendoza en la Mesa Redonda: la transferencia de inmueble en el Perú, los artículos 1135 y 2014 del Código Civil sobre la adquisición a través del *non domino* (2023) y Ortega (2023).

¹⁷ Véase a la Sentencia del expediente 0018-2015-PI/TC.

¹⁸ Véase a Arribas (2024).

Respecto de los últimos dos requisitos del artículo 2014, tenemos que la adquisición del tercero sea de forma onerosa y que la adquisición sea inscrita en los registros públicos. Sobre lo primero, se requiere un sacrificio económico. En el caso de un contrato de compraventa, sería el precio de venta a pagar al vendedor. Respecto del segundo, la adquisición del tercero tiene que ingresarse y quedar inscrita en los registros públicos para reclamar la protección. No basta tener buena fe registral, es necesaria la inscripción.

¿Cómo conjuga el 2014 con los artículos 947 y 949? En el contexto de transferencia de propiedad, quien vende lo hace luego de haber perdido ya su derecho de propiedad. Es decir, es una especie de adquisición *a non domino* como el artículo 948, pero priorizando los registros públicos como modo de adquisición. Esto es porque, tanto en el caso de bienes muebles como inmuebles registrados, si quien actúa como vendedor ya no era propietario en ese momento, no tendría capacidad para transferir el derecho conforme a las reglas generales de los artículos 947 y 949. Es por la existencia de este artículo que quien inscribe, cumpliendo con los requisitos antes indicados, se convierte en propietario.

El 2014 importa una doble excepción tanto al 947 como al 949. Primero, se permite que un no propietario transfiera válidamente el derecho que mantiene inscrito en los registros públicos a un tercero, y, segundo, el modo de adquisición no será la tradición para los bienes muebles, ni la celebración del contrato para el 949, sino la inscripción en los registros públicos. Antes de la inscripción, el tercero formalmente no ha adquirido la propiedad del bien comprado, aún si se le hace tradición en el caso de un bien mueble, o si se celebra el contrato en el caso de los bienes inmuebles.

III. TÍTULO Y MODO: DISCUSIONES ALREDEDOR DE LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Desde la entrada en vigor del Código Civil de 1984, se ha discutido en varias ocasiones sobre las normas que regulan la transferencia de propiedad. En esta sección me refiero a las dos discusiones que a mi modo de ver han sido más relevantes. Estas son (i) la obligación de no enajenar o el solo consenso como modo de transferencia de propiedad de bienes inmuebles; y (ii) la inscripción en registros públicos o el solo consenso como modo de transferencia de propiedad sobre bienes inmuebles.

Sin perjuicio de que a lo largo del tiempo muchos autores han participado de estas discusiones, me centraré en quienes dieron origen a la controversia: para el primer caso Manuel de la Puente y Hugo Forno, para el siguiente Alfredo Bullard y Gastón Fernández.

A. Obligación de no enajenar o el solo consenso

Manuel de la Puente y Lavalley fue, como Jorge Avendaño, miembro de la comisión reformadora del Código Civil de 1936 que concluyó con la emisión del Código Civil de 1984. Entre otros, De la Puente consideraba que los contratos solo podían generar, modificar o extinguir relaciones obligatorias (1991, pp. 95-96). Hugo Forno no estaba de acuerdo con esta posición, y en 1993 publicó en la revista *Ius et Veritas* el artículo titulado *El contrato con efectos reales*, donde argumentando sobre la posibilidad de que los contratos creen relaciones jurídicas distintas a las obligaciones, abrió el debate al que hacemos referencia en esta sección¹⁹. El artículo de Forno provocaría la respuesta de Manuel de la Puente en la misma revista, la que fue publicada el año 1994²⁰.

De la Puente, partiendo de la lógica de que los contratos solo pueden contener relaciones obligatorias, argumentaba que el artículo 949 mantenía la teoría del título y modo, siendo el modo de adquisición para la propiedad de los bienes inmuebles la sola obligación de enajenar (1994, pp. 9-16). En cambio, Forno señalaba que la firma del contrato mismo generaba la transferencia de propiedad, considerando, entre otros, que una obligación de no enajenar no puede existir, pues esta no supone una prestación (1993, pp. 77-87).

En realidad, la discusión de los autores se basaba en una discusión sobre todo terminológica, en tanto ambos consideraban que la transferencia de propiedad según el artículo 949 ocurriría con la sola celebración del contrato. Para De la Puente, la supuesta obligación de enajenar nacería con la firma del contrato que la contenía. En el caso de Forno, al ser el solo contrato lo que a su modo de ver generaba la transferencia de propiedad, su celebración sería suficiente para generar dicho efecto.

Ambos autores hacen un recuento comparativo para ubicar a nuestro artículo 949 dentro de los sistemas legales de transferencia de propiedad en el mundo. No hay mayor discusión sobre que el Código Civil de 1984 es un heredero del artículo 1138 del Código Civil francés, el cual estable-

¹⁹ Véase a Forno (1993).

²⁰ Véase a De la Puente (1994).

ce, para bienes muebles e inmuebles, que el solo consentimiento de las partes hará al acreedor del bien propietario del mismo. Esta norma fue el resultado de un proceso evolutivo que se inició desde el Derecho romano, donde se flexibilizaron los mecanismos de tradición requeridos para perfeccionar la transferencia de propiedad (Planiol, 1932, pp. 535-536; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 324-326).

Tanto los romanos como los redactores del Código napoleónico de 1804 tenían como objetivo facilitar los rituales que se encontraban alrededor de la transferencia de propiedad o, visto desde una perspectiva económica, reducir los costos de transacción. De manera previa al Código Civil francés, la transferencia derivativa de dominio requería la tradición como modo de adquisición de propiedad que, salvo que se estuviera en algún supuesto de tradición ficta, implicaba una toma física del control del bien para que pudiese considerarse transferido el derecho de propiedad. En 1804, previo a los automóviles o los aviones, esto podría implicar semanas de viaje del comprador y el vendedor, con la compañía de notario, por tierra de una localidad francesa a otra para poder concluir la compraventa. El tiempo que se requería para completar la transacción la hacía demasiado costosa. Incluso de forma previa a la emisión del Código Civil francés, los notarios comenzaron a incluir una cláusula dentro de los contratos de compraventa indicando que con la firma del documento la posesión ya había sido transferida, a pesar de que los notarios y las partes del contrato sabían que el comprador aún no había tomado control físico del bien (Planiol, 1932, pp. 542-544; Mazeaud *et al.*, 1978, pp. 326-329).

El consensualismo francés se importó al Perú solo para los casos de transferencia de bienes inmuebles. El antecesor del Código Civil 1984, es decir, el Código Civil de 1936, indicaba en el artículo 1172: “la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario”. El actual artículo 949 del Código Civil siguió también el consensualismo francés, aunque en esta norma se reemplazó la obligación de dar por la obligación de ‘enajenar’, aspecto no considerado ni en el Código Civil francés ni en el Código Civil de 1936.

En este contexto, resultaría difícil afirmar que el artículo 949 contempla una clara división entre el título y el modo para la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Al contrario, se puede afirmar como señala implícitamente De la Puente,

y explícitamente Forno, que el solo consenso generará por regla general la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en nuestro sistema legal. Aún si consideráramos como lo hace De la Puente que es la sola obligación de enajenar lo que genera la transferencia de propiedad, no hay discusión sobre que el artículo, tal como lo hace el 1138 del Código Civil francés, no requiere el cumplimiento de dicha obligación, sino solo su existencia. Es decir, con la sola celebración del contrato y creación de la obligación de enajenar se transferiría la propiedad del bien.

Dicho esto, ¿existe la obligación de enajenar? Esto ha sido ampliamente discutido por autores en el Perú²¹. La exposición de motivos del Código Civil no explica por qué se dio este cambio, limitándose a señalar que se replicó la fórmula del Código Civil de 1936 (Maisch, 2015, pp. 251-252), aunque respecto a este no se siguió el mismo texto.

Entendiendo a la obligación de enajenar como la obligación de transferir a título derivativo la propiedad de un bien, considero que sí existirían diversas prestaciones que el deudor tendrá que cumplir para que efectivamente se perfeccione la transferencia del derecho de propiedad. Para comenzar, está la entrega del bien, en tanto la posesión es la base del poder de exclusión de los derechos reales. Además de la entrega, dependiendo del bien, tendremos otras obligaciones. En el caso de un predio, por ejemplo, la entrega de las cartillas de impuestos municipales, la colaboración para dar de alta el derecho de propiedad del comprador en la municipalidad, y de baja la propiedad del vendedor. En el caso de inmuebles inscritos en los registros públicos, también será necesaria la colaboración del vendedor para lograr la inscripción del derecho en el mismo registro, lo que podrá implicar la firma de una escritura pública además del propio contrato de compraventa.

Me parece que lo central no es si conceptualmente se pueden encontrar prestaciones dentro de una supuesta obligación de enajenar, sino que el artículo indica que la sola obligación de enajenar, su sola existencia, más allá de la ejecución o no de esta, genera la transferencia de propiedad. El Código Civil de 1936 y el Código francés contemplaron lo mismo, pero refiriéndose a la obligación de dar. Bastaba con que existiera la obligación de entregar el bien para que por regla general se transfiriera la propiedad del bien inmueble. Esto no significaba que si se celebraba un contrato de compraventa de bien inmueble y el vendedor no transfería en la realidad la posesión del bien, el comprador no pu-

²¹ Véase a Forno (1993); Escobar (2002).

diese demandar el incumplimiento de la obligación de entrega, y requerir que se haga la tradición. Por esto, el artículo 1172 señala que la ‘sola obligación de dar’ genera la transferencia de propiedad, y no el cumplimiento de la obligación de dar, que sería la tradición.

El legislador de 1984 trató de innovar, en el sentido que de la sola lectura del artículo 1172 no queda claro que el título que genera la obligación de dar sea uno que genera la transferencia del derecho de propiedad. Un contrato de arrendamiento, de usufructo o de superficie, también incluye la obligación de dar una ‘cosa inmueble determinada’. No obstante, en ese intento por aclarar el texto original de la norma, generó una terminología *sui generis* dentro de las clasificaciones del derecho de obligaciones, aspecto que ha sido varias veces reclamado por distintos autores²². La precisión se debió realizar no respecto de la obligación de dar, sino en el título que creaba la obligación de entrega, debiendo ser este último uno en el cual el deudor se obligaba a transferir la propiedad del bien.

B. Inscripción en registros públicos o el solo consenso

Desde la comisión que se encargó de la preparación del Código Civil de 1936, ya se evaluaba si es que la inscripción en los registros públicos debía o no ser constitutiva para efectos de la transferencia del derecho de propiedad. Así lo propuso en ese momento el Dr. Solf y Muro, pero fue rechazada porque, como explicaría en su momento el Dr. Olaechea, aún no había los registros públicos en muchas provincias (Maisch, 2015, pp. 251-252). En caso de que se hubiera admitido esta postura, el artículo 949 del Código Civil habría sido muy similar al artículo 947, con la única diferencia que el modo de transferencia sería la inscripción en los registros públicos en lugar de la tradición²³. Finalmente, esta opción no fue recogida, y se siguió, en cambio, la fórmula consensualista del Código Civil francés.

Lo mismo ocurrió en la preparación del Código Civil de 1984. Tanto Jorge Avendaño como Lucrecia Maisch von Humboldt consideraban de forma favorable que la inscripción fuese el modo de adquisición de propiedad para los bienes inmuebles. Sin embargo, se concluyó finalmente que los registros públicos aún no tenían una consolidación suficiente para realizar el cambio (Maisch, 2015, pp. 251-252).

Maisch von Humboldt veía como esperanzador el trabajo que se venía realizando en asentamientos humanos con los procesos de titulización para transformar el registro en constitutivo de derecho (2015, p. 252). Si bien los registros públicos existen en el Perú desde 1888, el sistema de inmatriculación de las propiedades tradicionalmente funcionó en base a la descripción del área del inmueble que se indicaba en la solicitud de inscripción. Al no tener una base de datos integrada como hoy sería posible con un sistema de coordenadas georeferenciadas, en muchos casos se pueden observar superposiciones registrales. Esto sobre todo en el ámbito rural, donde las extensiones eran más grandes y los documentos que sustentan la propiedad pueden tener particularidades sobre todo luego de la reforma agraria del general Velasco Alvarado (por ejemplo, partidas expropiadas que nunca se cerraron, partidas independizadas de las cuales no se dejó constancia en la matriz, entre otros). Sin embargo, durante los procesos de titulación de propiedad informal, sí se hizo el esfuerzo de generar un registro no solo documental, sino con base en planos georeferenciados.

Es más, como bien da cuenta Maisch von Humboldt, de acuerdo a la normativa solo se consideraba propietario a aquellos poseedores de lotes en los asentamientos humanos que contaban con derecho inscrito. Con base en esto, Maisch von Humboldt consideraba que en poco tiempo el registro inmobiliario en general podría adoptar las innovaciones que se habían iniciado con el registro en los procesos de titulación (2015, p. 252), y cambiar el Código Civil para que finalmente el registro fuese constitutivo de derecho, tal como el Dr. Solf y Muro propuso desde antes del Código Civil de 1936.

Jorge Avendaño, por su parte, propuso cambiar la clasificación de bienes, de bienes muebles e inmuebles a bienes registrados y no registrados (1997, pp. 36-37). No existía una obligatoriedad de inmatricular inmuebles que no se encontrarán aún inscritos en los registros públicos, pero respecto de los cual efectivamente hubiera inscripción, así como de cualquier otro que estuviese inscrito en los registros públicos, como vehículos o embarcaciones, serían todos considerados como bienes registrados. Junto con esta modificación, se habría previsto que los bienes registrados se transferían con su inscripción, y para los demás se mantendría un sistema como el que hoy tenemos.

Esta controversia continuó luego de la emisión del Código Civil de 1984. El intercambio más co-

²² Véase a Escobar (2002); Fernández (1994); Forno (1993).

²³ Véase a Avendaño Valdez (1997 y 2001).

nocido es el que se dio entre Alfredo Bullard y Gastón Fernández²⁴.

Bullard, utilizando las herramientas del análisis económico del derecho, consideraba que lo fundamental en un sistema de transferencia de propiedad era permitir al adquirente excluir a cualquier tercero. Con base en esto, consideraba que un sistema de transferencia de propiedad basado en el solo consenso generaría unas propiedades precarias, susceptibles frente al reclamo de terceros que, al no conocer la adquisición del comprador, podrían comprar nuevamente el bien al anterior propietario. Por esta razón, consideró en la línea de Solf y Muro, Jorge Avendaño y Lucrecia Maisch von Humboldt, que el registro debía ser constitutivo de derecho para la transferencia de los bienes registrados, y argumentó en favor de la propuesta de Jorge Avendaño para la clasificación de bienes en registrados y no registrados.

Gastón Fernández, al contrario, en la línea de Olaechea en el Código Civil de 1936, y la postura que terminó primando también en la emisión del Código Civil de 1984, consideraba que se debía mantener el sistema consensualista francés en nuestro Código Civil. Fernández señala que existen dos tipos de seguridades que el legislador debe considerar al momento de diseñar un sistema de transferencia de propiedad: la seguridad dinámica y la seguridad estática. La seguridad dinámica prioriza el tráfico de bienes, es decir, facilita las transferencias de propiedad. Por otro lado, la seguridad estática, prefiere la protección al adquirente, fortalece la oponibilidad de su derecho. Si se prefiere la seguridad dinámica, entonces es coherente mantener un artículo como el 949 del Código Civil, que reduce al solo consenso el requisito para transferir la propiedad de un bien inmueble. En cambio, si se prefiere la seguridad estática, se adoptaría un sistema como el diseñado por Jorge Avendaño e impulsado por Alfredo Bullard, en tanto que al ser los registros públicos legalmente conocidos por todos, según el artículo 2012 del Código Civil, sin admitir prueba en contrario, estos serían un mecanismo objetivo para informar y reforzar el derecho del adquirente.

Fernández, sin embargo, consideraba que no era adecuado aún tener un registro constitutivo básicamente, porque resultaría muy costoso y porque los registros públicos aún no eran lo suficientemente sofisticados (1994, pp. 149-173). Sobre lo primero, para inscribir una transferencia en los registros públicos es necesario elevar el contrato de

compraventa o donación, por ejemplo, a escritura pública. Esto implica además la autorización de la minuta por un abogado, al ser este un requisito para elevar el contrato a escritura pública. Una vez ingresado el contrato, también es posible que se planteen observaciones por el registrador, las cuales el comprador o vendedor probablemente no podrán subsanar sin asesoría legal. Todo esto supone costos de transacción que encarecen en tiempo y recursos la consolidación de la transferencia de propiedad. Respecto a lo segundo, el autor indica que existen aún muchos terrenos en las áreas rurales donde la información registral puede presentar errores que no hacen 100% confiable lo previsto en los registros.

Sin perjuicio de lo anterior, como hemos explicado en la sección II, y Alfredo Bullard también lo comenta²⁵, es importante considerar que nuestro sistema de transferencia de propiedad no funciona solo en base a los artículos 947 y 949, sino que existe un conjunto de artículos que complementan estas normas (948, 1135, 1136, 1542, 2014). Estas normas, que para el caso de los bienes inmuebles dan una relevancia especial a los registros públicos, relativizan las posiciones de Bullard y Fernández.

Si bien es cierto que según el artículo 949 uno es propietario del inmueble por regla general desde la sola celebración del contrato, este no estará 100% protegido mientras que no haya logrado inscribir su derecho en los registros públicos (artículos 1135 y 2014). De otro lado, más allá del registro, la sola celebración del contrato de compraventa es suficiente para adquirir la propiedad, y podrá preferirse sobre otros coacreedores cuando estos hayan celebrado sus contratos de compraventa sin buena fe, a sabiendas de que habían existido ventas previas.

En este contexto, ¿cómo se debe transferir la propiedad en el Perú hoy?

IV. REVISANDO LAS NORMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD

Como se ve de lo descrito en las secciones precedentes, la principal atención en la discusión sobre los modos de transferencia de propiedad ha estado relacionada con el artículo 949 del Código Civil y la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles. Ello quizá hace sentido considerando que los bienes inmuebles son supuestamente los bienes de mayor valor, y que existe un consenso

²⁴ Véase a Bullard (2004); Fernández (1994).

²⁵ Véase a Bullard (2006 y 2011).

implícito respecto de que la posesión es el mejor mecanismo de prueba del derecho de la propiedad para los bienes muebles. Por esto el artículo 947 ha mantenido a la tradición como modo de adquisición de la propiedad, y además no se permite pacto en contrario. Creo que esto es un error, y vale la pena repensar algunos conceptos.

Supuestamente, la característica principal de los derechos reales es ser oponibles ante cualquier persona por su titular (*erga omnes*). Esto tiene una doble dimensión, por un lado, el propietario tiene derecho a elegir quién puede acceder a su bien, y por otro, tiene derecho a recuperar su bien de cualquier tercero que lo haya tomado sin su autorización (acción reivindicatoria). La exclusión a la que muchas veces se hace alusión al hablar del derecho de propiedad, se refiere a esta oponibilidad.

La exclusión tiene un aspecto físico y otro legal. El propietario tiene derecho fáctico en decidir quién puede poseer o modificar su bien, en tanto él tiene control físico sobre el bien. Es por esto que se ha indicado al desarrollar la facultad de exclusión en diversos sistemas de propiedad en la historia que esta facultad puede al principio ser violenta o poco sofisticada, pues si no hay un consenso sobre a qué tenemos derecho como propietarios, esos derechos se van a tener que delinear por el ejercicio continuo de la protección del bien (Merrill, 1998, p. 747).

Sin embargo, en el tiempo aparece una dimensión legal de esta facultad de exclusión, que es justamente la posibilidad que tiene el titular de exigir a un Estado que haga valer su derecho de propiedad, ya sea porque alguien lo ha despojado indebidamente de su bien, o porque alguien perturba su tenencia. Ya no hay necesidad de emplear la fuerza para proteger el derecho, sino que se puede acudir a la magia inmaterial del Derecho para que el Estado lo respalde en las cortes, pudiendo utilizar la fuerza pública en caso de que la decisión no quiera ser acatada por el tercero.

De otro lado, la posesión es para la propiedad también un sistema de publicidad de derechos, al igual que los registros públicos. Es por esto que Carol Rose indica que el poseedor al controlar un bien es como si estuviera enviando un mensaje a todo interesado señalando que el es el propietario, y que, si alguien quiere el bien, debe tener primero su consentimiento (1985, pp. 73-88). Para el caso de los bienes muebles, esta relación de la posesión con la propiedad puede ser más intensa

porque justamente uno puede llevar de un lugar a otro estos bienes, mostrando el ejercicio del derecho de propiedad. En cambio, para el caso de los bienes inmuebles esto es más complejo porque uno no puede llevar consigo un terreno donde se ha construido un edificio de cinco pisos. No obstante, la posesión tiene también un rol fundamental en el ejercicio del derecho de propiedad, porque finalmente uno es propietario de un bien para servirse del mismo, ya sea directamente, o a través de su explotación, por ejemplo, alquilándolo a un tercero.

Tanto la posesión como la información registral funcionan como un mecanismo de anuncios que informan a los terceros sobre los derechos que un propietario puede tener. El contenido de estos anuncios está supuestamente dado por el Derecho, pero sabemos que en la realidad no funciona siempre así. Es por esto que, por ejemplo, más del 50% de las viviendas en el Perú no tienen un título de propiedad, sino que se mantienen con base en la posesión y propiedad informal²⁶. Si bien el Derecho debe tener reglas objetivas que resuelvan el conflicto de derechos, considero importante dar flexibilidad y espacio para que los privados decidan cómo y cuándo quieren transferir tales derechos de propiedad. Esta autonomía privada complementará al sistema, dándole más oportunidades de permanecer de forma efectiva en el tiempo, porque podrán cambiar conforme vaya cambiando la sociedad.

¿Cómo, por ejemplo, se transfiere la propiedad de un bien mueble inmaterial como un *BITCOIN* si no hay un soporte físico respecto del cual se pueda realizar una tradición? ¿por qué las partes no pueden indicar directamente en el contrato según su autonomía privada desde cuándo es que se adquiere el derecho?

Pensando en bienes inmuebles, de otro lado, ¿cómo es que se viene aplicando el artículo 949? En la práctica inmobiliaria transaccional vemos que es muy raro indicar que el momento de adquisición de la propiedad del bien se dará con la inscripción en los registros públicos. Esto se da por diversas razones, pero considero que principalmente porque las partes tienen formas más eficientes de evitar la espera a la inscripción para consolidar la transferencia de propiedad. Si la transferencia ocurre con el registro, y el registro puede tomar al menos un mes en completarse, el comprador debe esperar ese plazo para comenzar a poseer el predio comprado, o a cobrar la renta que paga el inquilino que está en el bien al vendedor. Esto no

²⁶ Véase a Arribas (2024).

hace ningún sentido para el comprador, quien prefiere adquirir la propiedad lo más rápido posible, ni para el vendedor, que lo que quiere es recibir el precio también cuanto antes.

Por esto, se acuerdan supuestos intermedios como supeditar la transferencia de propiedad a la firma de la escritura pública, y retener parte del precio de venta a la inscripción en los registros públicos, o dejar el saldo de precio en custodia notarial para que el dinero esté resguardado hasta que se cumpla la condición del registro y el vendedor ya no esté sujeto a ningún riesgo de pago.

Creo que alegar la falta de sofisticación de los registros públicos hoy en 2024, después de más de 200 años de historia del registro, no es un argumento vigente. Es cierto que en el registro pueden existir contratiempos o errores, pero es un sistema consolidado, con profesionales especializados, y un sistema catastral que progresivamente va aclarando los títulos de propiedad. Considero que esta no es razón para no tener un registro constitutivo. Sin embargo, sí lo es la falta de practicidad de tener una norma imperativa como se ha implementado en el artículo 947 para determinar el 'modo' de adquisición de propiedad.

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil, creo que el 'salvo pacto en contrario' previsto en el artículo 949 debería de recibir mayor importancia en el debate académico, y es que justo es ese apartado el que en gran medida ha permitido que nuestro sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles haya funcionado hasta hoy sin modificaciones. El límite de la autonomía privada en estos casos estaría en los límites previstos en las normas de conflicto de derechos, como serían el concurso de acreedores o el tercero adquirente de buena fe registral.

V. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Luego de 40 años de vigencia del Código Civil, considero que las siguientes modificaciones podrían dar la flexibilidad que este requiere para mantener su vigencia y aplicabilidad en los siguientes años:

- Artículo 947.-
La transferencia de propiedad de un bien mueble determinado se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
- Artículo 948.-
Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble producto de la tradición, adquiere el dominio,

aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

- Artículo 949.-
La transferencia de propiedad de un bien inmueble determinado se efectúa a su acreedor con el solo consentimiento de las partes, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.
- Artículo 1135.-
Cuando el bien se encuentra inscrito en los registros públicos y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor a quien el deudor hizo tradición de él, o, en defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
- Artículo 1136.-
Si el bien cierto que debe entregarse no se encuentra inscrito en los registros públicos y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.
- Artículo 1542.-
Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si se ha realizado la tradición, y se encuentran amparados con algún comprobante de pago válido, como boletas o facturas, o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. 

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (1994). *Derecho civil. Derecho de bienes, derechos reales en cosa ajena y registro de la propiedad* (tomo III). Bosch.
- Avendaño, J. (1997). La clasificación de los bienes en función del registro. *Revista Jurídica del Perú*, (10), 35-38.

- (2001). Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad. En F. Cantuarias (ed.), *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?* (pp. 167-175). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Avendaño, F. y Avendaño, J. (2017). *Derechos Reales*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Arata, M., Arribas, G., Lama, H., Mendoza, G., Ravina, R. & Del Risco, L. (2023). Mesa redonda: la transferencia de inmueble en el Perú, los artículos 1135 y 2014 del Código Civil sobre la adquisición del non domino. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (83), 321-333.
- Arribas, G. (2024). ¿Propiedad sin ley?: por qué las leyes de titulación y la prescripción adquisitiva no resuelven el problema de la 'propiedad informal'. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, 1-29.
- Bullard, A. (2004). La propiedad inconclusa. *Ius et Veritas*, 14(29), 100-108.
- (2011). Parchando el Código: la reforma a 'media caña' del libro de reales. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), 99-122.
- De la Puente, M. (1991). *El contrato en general* (tomo I, vol. XI). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (1994). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*, 5(9), 9-16.
- Enneccerus, L. (1934). *Derecho Civil: parte general*. Bosch.
- Escobar, F. (2002). El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *Ius et Veritas*, 13(25), 46-60.
- Forno, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas*, 4(7), 77-87.
- Fernández, G. (1994). La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (30), pp. 149-173.
- Maisch, L. (1982). *De los derechos reales: proyecto para un nuevo Libro cuarto del Código civil y exposición de motivos*. Editorial Desarrollo.
- (2015). Derechos Reales. En D. Revoredo (comp.), *Código Civil: exposición de motivos y comentarios*. Thomson Reuters.
- Mazeaud, H, Mazeaud, L. y Mazeaud, J. (1978). *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Merrill, T. (1998). Property and the right to exclude. *Nebraska Law Review*, (77), 730-755.
- Ortega, C. (2023). El principio de fe pública registral hoy: ¿todavía existe?. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (83), 75-106.
- Planiol, M. y Ripert, J. (1932). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés* (tomo III). Cultural.
- Rose, C. (1985). Possession as the origin of property. *The University of Chicago Law Review*, 73-88.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Civil [CC]. Decreto Legislativo 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú).
- Ley 30313, Ley de oposición a procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 de la quinta y la sexta disposiciones complementarias transitorias y finales del Decreto Legislativo 1049, Diario oficial *El Peruano*, 26 de marzo de 2015 (Perú).
- Tribunal Constitucional [T.C.], 5 de marzo de 2020, sentencia recaída en el Expediente 0018-2015-PI/TC (Perú).