

LA TRANSFERENCIA DEL DOMINIO EN EL
"CÓDIGO CIVIL" DEL PERÚ DE 1984.
BREVES OBSERVACIONES A DIEZ AÑOS DE SU VIGENCIA

Alejandro Guzmán Brito
Universidad Católica de Valparaíso.
Universidad de Chile

I. Fui invitado a emitir una opinión crítica sobre el *Código Civil* del Perú de 1984, al cumplirse los primeros diez años de su vigencia*. He aceptado con complacencia el honor, y aunque el parecer que enseguida vertiré será efectivamente crítico, ello no desdice de la admiración que siento por el valer y el coraje de los juristas peruanos que elaboraron aquella obra, aunque no pueda decir lo mismo de ésta. Por otro lado, debido a que esta invitación fue formulada para responderla con brevedad, he optado por referirme a un tema preciso antes que decir generalidades sobre muchos temas, ya que las generalidades por lo común resultan inútiles.

En esta oportunidad me fijaré, pues, en el sistema adoptado por el citado código en cuanto a lo que oscilantemente denomina "transmisión" o "transferencia" de la propiedad.

II. La rúbrica del subcapítulo IV del título II del libro V del código es *Transmisión de la propiedad*; su art. 947, por otro lado, expresa: "*La transferencia de la propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente*". La primera observación, puramente lingüística, que merece este conjunto de rúbrica y norma propiamente tal, es el empleo de tres términos, todos evidentemente técnicos, dos de los cuales, al menos, aparecen, sin embargo, como sinónimos. Esto último vale desde luego para "transmisión" y "transferencia", cuya sinonimia deriva de la conexión entre la rúbrica, que emplea el primer vocablo, y la disposición del art. 947, que acude al segundo como término por definir. Para cualquier observador, en consecuencia, ambos vocablos son en todo coincidentes. Pero esta sinonimia puede discutirse. La palabra "transferencia" mejor alude al traslado del dominio entre vivos, mientras que "transmisión" a su traslado por causa de muerte. Como en este subcapítulo IV se trata del traslado entre vivos, más correcto sería, pues, eliminar el segundo término en este contexto. Reconozco que este uso promiscuo entre "transferir" y "transmitir" ya se encuentra en el código francés. Pero ello no es óbice para hacer la distinción.

El término "tradición", también usado en la norma, no es ciertamente sinónimo de los dos anteriores, ni llega a serlo con la modificación aquí propuesta, porque la tradición, en efecto, no es modo de adquirir por causa de muerte y,

* En carta de 22 de enero de 1994, dirigida al autor por el profesor de la Universidad de Lima, don Carlos Fernández Sessarego, con el indicado objetivo. El profesor Fernández Sessarego es uno de los autores del código peruano de 1984.

por ende, no es transmisión. Tampoco lo es en el actual contexto, que parifica “transmisión” y “transferencia”, porque hay maneras de transferir o transmitir que no consisten en la tradición (por ejemplo, en el art. 949¹). Debido a eso, este uso de “tradición” es correcto.

Pero entonces se nos presenta un vacío al menos aparente en el código. De acuerdo con lo anterior, la transferencia de muebles, para aquél, consiste en su tradición; de lo cual se deduce que la tradición es modo de adquirir. El código la trata como modo de adquirir la posesión en los artículos 900² ss. y en cuanto modo de adquirir el dominio precisamente en el subcapítulo IV; pero éste, en realidad, contiene sólo dos artículos³, de los cuales uno, el 948⁴, está destinado a establecer una presunción; y un tratamiento tan parco es del todo insuficiente. Sin embargo, todavía podría alegarse que, en verdad, la tradición está tratada, en cuanto modo adquisitivo del dominio en el título II, sección II del libro VI, concerniente al pago. Lo cual exige la siguiente explicación.

III. De acuerdo con el art. 947, ya transcrito, la transferencia de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor.

Esta disposición supone que una transferencia de bienes muebles siempre tiene como antecedente una relación obligacional de acreedor a deudor; de donde que la norma se refiera al acreedor como al sujeto en cuyo favor opera la transferencia. Esto es correcto en el sistema del código.

En efecto, la tradición puede tener como causas o títulos a la compraventa, a la permuta, al suministro, a la donación (siempre obligacional y nunca real: art. 1.621⁵), al mutuo (en cuanto el mutuante, ya obligado por su consentimiento previo, entrega las cosas consumibles al mutuario, su acreedor: art. 1.648⁶), al legado de efectos obligacionales (como es el de dinero, aunque esta materia no está tratada en el código), a la promesa unilateral de dar (art. 1.956⁷ ss.), y al pago de otras obligaciones (como la del mutuario que devuelve los consumibles prestados al mutuante acreedor). De esta manera, dado el sistema consensualista que el código ha adoptado hasta sus últimas consecuencias, no caben títulos o causas no obligatorios para la tradición, como sí ocurre en el derecho romano, en que la tradición *pro creditore* (la del mutuante al mutuario) y la tradición *pro donato* (del donante al donatario) no suponen un vínculo obligacional previo, ya que el acuerdo de entregar y recibir en mutuo o en donación no generan obligaciones, por lo que el mutuo y la donación son reales.

¹ CC. Perú, art. 949: *La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.*

² CC. Perú, art. 900: *La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.*

³ CC. Perú, art. 947: *La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se hace con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.*

⁴ CC. Perú, art. 948: *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 peñados y los adquiridos con infracción de la ley penal.*

⁵ CC. Perú, art. 1.621: *Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien.*

⁶ CC. Perú, art. 1.648: *Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.*

⁷ CC. Perú, art. 1.956: *Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.*

Dicho de otra manera lo anterior, para el código peruano la tradición es siempre un pago; de lo cual podría deducirse que el único título de tradición por él reconocido es aquél denominado *pro soluto* por los romanos, para indicar la causa de toda tradición que se haga en cumplimiento de obligaciones de dar, lo cual en dicho código incluso vale para la compraventa, porque ahí la obligación del vendedor no es meramente de entregar la cosa (como en el derecho romano, que entonces reconocía un título aparte: *pro emptore*), sino de darla (o sea, de transferir su dominio: art. 1.529⁸).

Si el razonamiento anterior es correcto, en cuanto, para el código, toda tradición es siempre un pago, entonces ello querría decir que el tratamiento de aquella como modo de adquirir corresponde al que presentan los artículos 1.220 ss. en materia de pago como uno de los efectos de las obligaciones.

De esto habría que concluir que este cuerpo legal trata de la tradición en tres oportunidades: (i) en cuanto modo de adquirir la posesión (artículos 900 ss.); (ii) en cuanto modo general de adquirir el dominio de los muebles (artículos 947 y 948), y (iii) en cuanto pago o modo de extinguir obligaciones, pero nuevamente de adquirir dominio (artículos 1.220 ss.).

Ignoro si este fue un resultado querido y buscado. Pero es importante ponerlo de manifiesto. En cualquier forma, a mí no me resulta apropiado sistemática ni dogmáticamente que una institución aparezca con un tratamiento triplicado en el código, y menos que esta triplicidad resulte encubierta, porque a primera vista no se descubre la conexión interna que existe entre las tres masas de normas antes enumeradas. En cualquier caso, hay temas sobre tradición que no aparecen suficientemente desarrollados ni insinuados en los artículos 1.220 ss., en donde la tradición está tratada sólo desde el punto de vista de la que tiene como causa exclusiva al pago. Así, por ejemplo, nada se dice acerca del tema del *error in causa*, como si el tradente cree entregar, porque presta en mutuo y el adquirente cree recibir, porque le donan. En efecto, este problema, estudiado por los juristas a propósito de la tradición como modo general de adquirir con diferentes causas, no puede presentarse en materia de tradición-pago, que por definición sólo tiene una causa; de donde que el código francés (en realidad Pothier), modelo último de esta parte del capítulo sobre obligaciones para todas las modernas codificaciones del área latina, no lo considere.

IV. El tercer aspecto que desearía examinar atañe al art. 949: "*La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario*". Si nosotros ponemos esta norma en relación con el art. 947, antes comentado, entonces resulta que en materia de inmuebles la tradición cumple sólo una función adquisitiva de la posesión, pero no del dominio, a diferencia de cuanto ocurre con los muebles debidos, que se hacen propiedad del acreedor mediante la tradición. En efecto, según el citado artículo, es la sola obligación de enajenar (esto es, de transferir) la que produce la adquisición.

Nuevamente nos encontramos aquí con un apartamiento del sistema romano, en obsequio al derecho francés, que, a su vez, recibió esta doctrina de la especulación iusnaturalista. Para ésta, como es bien sabido, el solo consentimiento debe ser capaz de producir efectos no sólo obligacionales, mas también

⁸ CC. Perú, art. 1.529: *Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.*

reales; de donde concluyó que el solo consentimiento dirigido a la transferencia debía hacer posible la adquisición del dominio⁹; con ello la tradición dejó de ser modo de adquirir la propiedad (sobre todo en el caso de compraventa) y quedó relegada a mero modo de adquirir la posesión.

Esta construcción, que el código peruano, como antes se anotó, ha llevado hasta sus últimas consecuencias (porque ahí aparece eliminado todo vestigio de los negocios reales), salvo en materia de adquisición de muebles, no deja de tener sus consecuencias dogmáticas.

La principal es la supresión del concepto de obligación de dar cosas inmuebles. En efecto, cuando se dice que la sola obligación de enajenar (dar) un inmueble determinado hace propietario al acreedor, se incurre en una inexactitud. En realidad, la obligación de dar no alcanza a nacer, por ser incompatible una obligación de dar con el efecto consistente en la dación. Si hay obligación de dar, entonces ésta se cumple dando después; pero si la obligación misma es la que produce la dación, entonces aquella nace cumplida; esto es, no existe o, como antes se dijo, no alcanza a nacer. De lo que se deduce que el efecto dominical lo produce el contrato mismo, no la obligación, y que lo correcto sería entonces decir algo así como: "el solo contrato, por el que se acuerde la enajenación de un inmueble determinado por una de las partes, hace propietario de él a la otra". De esta manera se eleva al contrato a la categoría de modo de adquirir, aunque se conserven sus efectos obligacionales en otros ámbitos, por ejemplo, en cuanto a entregar la cosa, que sigue siendo una obligación.

También hubiera sido deseable para mí saber si esta consecuencia fue buscada. Pero en todo caso sigue siendo interesante recalcarla, porque no es cuestión de poco bulto concluir que para el código peruano las obligaciones de dar cosas inmuebles no existen, atendidas sus consecuencias.

V. Quiero terminar estas modestas observaciones particulares, elevándome, a partir de ellas, a una de carácter más general.

El código peruano de 1984 representa en muchos aspectos una transformación profunda en la tradición romanística. Así debe calificarse la supresión de concepto de contrato real por la conversión en consensuales de los que tenían aquel carácter en el derecho romano (mutuo, comodato y depósito; si bien parece que la prenda conserva dicho carácter¹⁰); la eliminación de la tradición como modo de adquirir inmuebles; la eliminación del concepto de obligación de dar inmuebles, para referirnos únicamente a temas aquí tratados. Pero ello supone la sustitución de unos conceptos que hacían parte de un sistema muy bien trabado y probado a lo largo de los siglos, como es aquél del derecho romano, que aun cuando se lo quiera dejar a un lado, siempre servirá como punto de referencia y contraste, al no existir otro que cumpla tal misión. Debo ser muy franco para hacer honor a la invitación que se me dirigió: yo no veo ventajas en la sustitución y sólo alcanzo a divisar inconvenientes dogmáticos y prácticos.

⁹ GROCIO, H., *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. 6, párr. 1; PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, lib. IV, cap. 9; THOMASII, Chr., *Institutiones iurisprudentiae divinae*, lib. II, cap. 10, párr. 156.

¹⁰ CC. Perú, art. 1.055: *La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.*