

# DERECHO CIVIL

## Capítulo 10

Alfredo Bullard  
Gastón Fernández  
(Editores)



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
FONDO EDITORIAL 1997  
FACULTAD DE DERECHO



Primera edición: octubre de 1997

*Diseño de Cubierta: AVA diseños*

*Derecho Civil Patrimonial*

Copyright © 1997 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel. Lima, Perú. Telfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 anexos 220 y 356.

*Derechos reservados*

ISBN 9972-42-029-9

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru



## VIGENCIA DEL TITULO Y MODO EN LA CODIFICACION CIVIL

**Ernesto Wayar**

Queridos amigos peruanos, entre los problemas más importantes que ofrece el derecho civil patrimonial, se cuenta aquel que se estudia bajo el rótulo: "La teoría del título y el modo". El asunto se presenta con apariencia bifronte, en el sentido de que este es un problema que interesa por un lado al Derecho de los Contratos, desde que son éstos los que con frecuencia se postulan como títulos, y a su vez interesa también al campo de los Derechos Reales, porque son estos derechos los que se adquieren, en buena parte de los sistemas legislativos del mundo, con la concurrencia de un medio o modo adquisitivo idóneo.

Entre los contratos que se postulan como aptos para servir de títulos traslativos se cuentan: la compra-venta, la permuta, la donación, la cesión. Pero de entre ellos el paradigmático es sin duda la compraventa. Es por ello que esta sesión va a tener como punto de partida el contrato de compraventa, sin perjuicio de hacer específica referencia a cualquiera de las otras especies cuando así lo exija el curso de la exposición.

La cuestión podría quedar planteada en estos términos: ¿La compraventa por si sola es suficiente para trasladar el derecho real de propiedad involucrado en ese negocio jurídico? ¿Será necesario concertar otros negocios o actos jurídicos como la tradición, la inscripción en registros especialmente organizados para que opere la mutación real?

Si se examina los sistemas vigentes se pueden agrupar 3 tendencias: por un lado legislaciones que adoptan la teoría del título y el modo y que por ende responden a la interrogante en el sentido de que la com-

pra-venta por si sola no es apta para trasladar el dominio, es necesario además tradición, o en su caso, inscripción en registros especiales. Otros sistemas, que le confieren a la compraventa fuerza traslativa, son aquellos que se afilian al sistema del “solo consentimiento”; el solo consentimiento basta para trasladar el derecho real de propiedad. Y unos terceros, aceptan la teoría del título y el modo, pero añaden que debe seguirle la inscripción en el registro con fines publicitarios para que esa transmisión pueda ser oponible al sujeto pasivo universal. Naturalmente no he podido descubrir un sistema puro. Los sistemas siempre tienen matices del los tres.

El objeto, el propósito de esta disertación es analizar el Código Civil Peruano. Antes que nada, permítanme una breve referencia histórica y una ojeada al derecho comparado, para poder situar el tema dentro de los límites en los que pretendo ponerlo. Esta distinción: título y modo, hunde sus raíces en el Derecho romano y si se quiere aún en Grecia. Abreviando, si hemos de prestarle preferente atención a lo que enseñan romanistas como Mainz, Pietro Bonfante, José Arias Ramos; veremos que en la compraventa romana cuando quién vendía se obligaba sólo a transferir y a garantizar la posesión quieta y pacífica, no trasladaba el derecho de propiedad, sino que para ello era necesario la **mancipatio**, la **iure in cesio** para la res mancipi o la **traditio** simplemente para la res nec mancipi, allí está el origen de este desdoblamiento de título y modo.

Por cierto, esta no es la única tesis sobre la compra-venta romana: Salvatore Ricovono afirma enfáticamente que es en el período romano bizantino donde nace la idea de la compra-venta con fuerza traslativa por el sólo consenso, idea que luego pasaría al Código francés. Pero como quiera que sea aquí se trata simplemente de dejar sentado que esto tiene siglos detrás de si, esta idea del título y modo; porque permítanme adelantarlo: este es un problema fundamental, y ya que está en juego nada menos que la transacción sobre inmuebles.

Es esto algo que interesa no sólo a la academia, sino también al ciudadano, a la gente que habita estas tierras, y que negocia sobre inmuebles. Por ende, el sistema de transmisión dominial es un sistema que debe ser seguro, que debe ser cierto, que debe ser justo. En consecuencia, lo que se trata de saber es si los sistemas imperantes en esta parte de América, están o no de acuerdo con tales exigencias. Por ejemplo,

el Código Civil español tiene un serio problema a partir del artículo 1545° de ese código, porque allí se dice que por la compraventa, una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada, y la otra a pagar por ella un precio en dinero o signo que lo represente. Y lo que tortura a los españoles es saber si esa obligación de entregar tiene finalidad traslativa, o recoge la vieja idea romana de lo que se entrega es una cosa para garantizar solamente su posesión quieta y pacífica. Pero nos parece que tiene razón aquel sector de juristas españoles, por ejemplo, Moreno Mocholí, que afirma que a pesar de la letra de ese artículo, en España, la entrega tiene que tener fuerza traslativa.

En Italia el problema es diferente. Ya desde el Código de 1865 se toma la idea de la venta traslativa, esa idea queda consagrada luego en el Código de 1942. En Italia aplauden el sistema, parece que les va bien con las ventas traslativas. En Francia ocurre otro tanto, allí se sabe que ese Código siguió el paradigma del sistema. La venta tiene fuerza traslativa también, el sólo consentimiento traslada el derecho. Los problemas a los que se refieren los Mazeaud, las advertencias que hacen, pueden ser motivo de análisis en otro marco, pero por ahora basta la mención. Italia y Francia aceptan la traslación sólo consenso.

En Argentina en cambio, se sigue la tradición del título y modo, la venta es título, esto es, causa-fuente mediata de la mutación del derecho real. La tradición es causa-fuente inmediata del cambio de titularidad en el derecho real involucrado. Y por fin, para los inmuebles, es necesario inscribir esa transferencia en el registro a fin de que pueda ser opuesta al sujeto pasivo universal. Para los automotores el título es la venta, negocio jurídico que tenga finalidad traslativa, el modo, ya no es la tradición, es la inscripción en un registro especialmente organizado al efecto. Tal es en breve síntesis el sistema imperante en Argentina.

Y ahora vamos al Código Peruano. Si nos preguntáramos cuál es el sistema y partiéramos de los textos del Código Civil, lo primero es el título referido a la compraventa. Dice el artículo 1529° que por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad sobre un bien al comprador, y éste se obliga a pagar su precio en dinero. De la letra se desprende que la compraventa tiene carácter meramente obligatorio, las palabras "se obliga a", no dejan en principio dudas al respecto. Pero si se quisiera indagar un poco más, basta mirar el artículo 1549°,

este artículo dice: “es obligación esencial del vendedor, perfeccionar la transferencia de propiedad sobre el objeto vendido”. Dice que la obligación es esencial, y aquí las dudas que pudieran todavía subsistir deben ser olvidadas realmente. Además, el 1567º, referido a la traslación de los riesgos señala que el riesgo de pérdida o deterioro bienes ciertos por causa no imputable a los contratantes, pasa al comprador después de su entrega. No puede quedar duda entonces de que la venta peruana es meramente obligatoria me parece que no puede haber duda.

Pero si seguimos indagando en este Código, nos encontramos con el artículo 949º. Este artículo contiene un texto riquísimo, si se tiene en cuenta que ha dado motivo a las más diversas interpretaciones, a las más diversas tesis, algunas de ellas muy valientes y por cierto todas muy inteligentes. Este título o sub-capítulo confirma aquello de que la venta es simplemente obligatoria, y lo confirma sin duda, para las cosas muebles en el artículo 947º, pero el 949º dice: “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario, salvo disposición legal en contrario o pacto en contrario” términos más o menos es lo que la letra de este artículo dice. Y entonces cabe acá una interrogante: hay o no contradicción entre el 1529º que define la venta en los términos ya descritos y este artículo que declara que la sola obligación de enajenar traslada el derecho real de propiedad: hay respuestas para todos los gustos.

Según unos no hay contradicción, no hallan ningún obstáculo para cerrar un sistema coherente, entonces dicen que la venta es meramente obligatoria en general y para las cosas muebles, pero para los inmuebles cambia el sistema y se ha convertido en traslativo, no porque la venta sea traslativa sino como consecuencia de este 949º.

Esta tesis es del Dr. Cárdenas Quirós. Es necesario hacer notar, que no se trata de criticar un sistema u otro, porque en definitiva esta es una cuestión de política legislativa, se puede aceptar uno u otro sistema, aquí de lo que se trata es de saber si las normas que conforman el Derecho positivo peruano toleran un sistema u otro, o es necesario un esfuerzo interpretativo para tratar de coordinar los textos. Y digo que esto ha dado motivo a las más diversas tesis todas inteligentes, y algunas valientes. Por ejemplo, para el Dr. Hugo Forno, este artículo en tanto menciona la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, lleva a sostener dos cosas:



Primero, que aquí en este sistema habría contratos con efectos reales, los cuales son contratos traslativos. Es un sistema como el que impera en Argentina. Esto da materia para una sutileza mayor porque nosotros allá distinguimos los contratos según su formación en consensuales y reales. Consensuales, quedan perfeccionados por el sólo consentimiento; los reales se perfeccionan con la entrega. Pero a su vez, un contrato consensual puede tener efectos reales, como es el caso de la venta francesa o de la cesión de créditos en Argentina; y a su vez un contrato real, esto es que se perfecciona con la entrega, puede tener efectos personales o puede tener efectos reales. Un ejemplo de contrato real con efecto personal, es para nosotros el depósito o el comodato porque se perfeccionan **in re**, con la entrega pero engendran una obligación o derecho de crédito que consiste en restituir la cosa al prestamista.

En cambio en el Perú debe hablarse de contrato con efecto real, partiendo de la base de que todos los contratos son consensuales, porque se ha suprimido en este Código la categoría de los contratos reales. Contrato con efecto real sería aquél que por el solo consentimiento traslada el derecho real comprometido; esta es la primera conclusión del Dr. Forno. La segunda es que niega que el 949° pueda referirse a una verdadera obligación de enajenar, porque luego de un análisis de la estructura de la obligación llega a la conclusión que el deudor de un inmueble, no tiene en rigor, que desplegar actividad alguna. De suerte que cuando lo debido es un inmueble, allí no hay obligación: el sólo consentimiento trae como consecuencia el cumplimiento. La tesis es inteligente y valiente. Valiente porque generalizando llevaría a suprimir en rigor la categoría de las obligaciones de dar, porque la circunstancia de que el objeto debido sea un inmueble no significa que sea distinta de una obligación de dar cualquier otro objeto. Así el que paga dinero tiene que cumplir un **dare**, y esto consiste en meter la mano en el bolsillo y pagar, y ese comportamiento puede constituir una prestación para quienes siguen esa terminología clásica.

Otra tesis que también trata de explicar esta aparente contradicción entre el 949° y el resto de los artículos que se refieren a los contratos consensuales apunta, como lo dice el Dr. Gastón Fernández, a sostener que no es posible que a tenor de este artículo nazca una obligación ya cumplida, es como si hubiera nacido muerta, porque si la sola obligación de enajenar hace propietario al comprador, quiere decir que la obligación

no ha existido nunca, nació muerta. Esta también es una tesis inteligente. Pero nosotros leemos el Código y le damos una interpretación objetiva. Tengan presente que las leyes se independizan de sus autores concretos, y entonces ya no se puede interpretar la ley conforme al pensamiento de su autor, sino que se nos ofrece como un producto distinto de la voluntad de su creador. Digo esto porque es bueno independizar el debate de las fuentes, y porque yo no he tenido oportunidad de participar en los precedentes y no los conozco, pero tomo la ley como producto acabado, independizado de sus autores concretos, y entonces las dudas son verdaderamente grandes.

Por empezar, cuando se vincula el artículo 949° a la definición de compraventa, parece limitar o cercarse el debate con el contrato de compraventa. Se dirá que la venta es meramente obligatoria, salvo para los inmuebles, en los que allí la sola obligación de enajenar traslada el dominio. Pero sucede que obligaciones de enajenar un inmueble no nacen sólo de la venta. Comencemos a ver los contratos típicos diseminados en el Código.

En primer lugar, el artículo 1602° referido a la permuta. Aquí también estamos en presencia de un contrato meramente declarativo. Si lo que se constituye en objeto de la permuta son inmuebles, entonces fíjense que hay dos obligaciones de enajenar recíprocamente, y en ambos casos se aplicaría el 949° porque no hay porque no aplicarlo, ya que la ley no distingue.

En la permuta tendríamos una transferencia simultánea del derecho real de propiedad entre co-permutantes. Por lo tanto, si el riesgo es grande cuando sólo uno por su obligación de enajenar transfiere el dominio, ese riesgo se duplica en caso de permuta. Pero sigamos, la donación prevista en el artículo 1621° del Código Civil Peruano de 1984, también es un contrato creditorio. Por definición: “el donante se obliga a transferir la propiedad de un bien”. Ya sabemos que la donación basada en el altruismo, el acto generoso, es quizás el más civilístico de todos los contratos, porque está desprovisto de todo lucro, y por lo tanto se piensa siempre en favor del donante. Sin embargo, la sola donación desde que engendra la obligación de enajenar, lo despoja de la propiedad que pasa al donatario. Y hay una serie de artículos que tendrán que explicar los que defienden la tesis de la transmisión sólo consenso, por ejemplo aquel que dice que las condiciones económicas del donante pueden variar, y



en este caso puede ser dispensado de la entrega. Aplicando el 949, resultará que no puede desvestirse un santo para vestir otro. Una aplicación literal fría de los textos llevaría hacia soluciones quizás inicuas, injustas. Veamos ahora el tema referido a la promesa unilateral prevista también en este Código, en el artículo 1956°.

El Código dice en este artículo que: "por la promesa unilateral el promitente queda obligado por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación." Y esto es decir que si la declaración consiste en enajenar un inmueble, la transferencia ex artículo 949° tendría lugar por la sola declaración; y si se me dice que el segundo párrafo del mismo artículo supedita la condición de acreedor a la previa aceptación, entonces yo diría que también este texto parece dudoso, porque si en definitiva se exige aceptación del acreedor ya no estamos en presencia de una promesa unilateral. Si se quiere hacer valer la promesa unilateral o declaración unilateral como fuente autónoma de obligaciones, el problema de la transmisión sólo consenso queda también a mi juicio aquí patentizado.

El análisis del 949 nos llevó a precisar que se entiende en el lenguaje de este Código por inmueble, porque no desconozco que en los proyectos que precedieron a la sanción definitiva de este Código, la clasificación de los bienes obedecía a otro criterio distinto del que finalmente quedó consagrado: el de los bienes registrables. En la definición contenida en el artículo 885°, inciso 10, se señala: son inmuebles los derechos sobre inmuebles, inscribibles en un registro. Lo cual quiere decir que también es posible que si la enajenación tiene por objeto una hipoteca, la sola obligación de enajenarla transfiere el derecho. Y esto crea un problema de derechos registrales, que naturalmente debe ser explicado por quienes pretenden o quieren darle prevalencia al artículo 949°.

Así las cosas, queda por ver otro texto vinculado a estos porque ha sido tratado como un modo adquisitivo, es el texto que define la cesión de derechos. En la cesión de derechos en el Código Argentino no sólo se ceden créditos, sino que se puede decir que el objeto a ceder debe ser mucho más amplio y por ende no es sólo el crédito el que se cede sino que son los derechos en general las que pueden cederse. Esto que ha sido también preocupación del legislador peruano, lo ha llevado a sustraer el tema de la cesión del capítulo de los contratos y lo ha pasado al marco

de la Teoría General de la Obligación. ¿Cuál puede ser la razón del cambio metodológico?, ¿acaso la cesión no es un contrato? Por definición, y este Código así lo define, se acepta la tesis amplia del contrato. Entendemos por tesis amplia aquella que concibe al contrato como el acto que genere obligaciones, pero que también transmite, modifica o extingue derechos. Desde esta óptica, la transacción y la novación pueden ser contratos extintivos, y la cesión que transmite también lo es. Parece entonces que se le ha entendido como modo de transmisión.

En Argentina, nosotros aceptamos la teoría del título y modo como queda dicho, no obstante en materia de cesión de créditos si aceptamos la tesis traslativa, porque allí no hay como funcione la tradición como modo, no hay que entregar, simplemente el sólo consentimiento traslada el crédito. La notificación al deudor cedido aparece como un requisito que justifica los efectos respecto de terceros, pero no constituye un modo. Por ello en Argentina todos los contratos son creditorios, salvo la cesión que tiene fuerza traslativa. En ese sentido, estamos de acuerdo con la definición y redacción del Código Peruano. Pero lo que plantea un problema interpretativo y que recién he podido dilucidarlo con la información con que cuento de la doctrina peruana, es saber qué derechos pueden ser cedidos y cuáles derechos pueden ser vendidos. Ambos contratos, cesión y venta, tienen por objeto en definitiva la transmisión de ciertos derechos. Por la venta se transfiere la propiedad sobre un bien, el cambio de palabra "bien", supone que tiene un objeto amplio, pueden ser bienes incorpóreos, pueden ser derechos, propiedad sobre ciertos derechos. La cesión transmite derechos, entonces ¿qué derechos se ceden, qué derechos se venden? Se puede preguntar si el usufructo, por ejemplo, se vende o se cede; y esto crea ya un problema, porque si vamos a responder que se cede, la transmisión es también ipso facto con el sólo consentimiento, en cambio, si se vende, habrá que esperar tradición.

En suma, nos ha preocupado el tema de la transmisión dominial, como ya les dije, porque involucra un problema económico fundamental como es el referido a la propiedad de la tierra. Por lo tanto, un sistema que consagra la transmisión ipso facto, de pleno derecho, por el sólo consentimiento como surge del 949º, sin una adecuada registración (porque también ha sido dicho con motivo del debate anterior que el Perú carece de una organización registral eficiente, y que por ende no era conveniente aceptar la clasificación de bienes registrados y no registrados), entonces el problema subsiste.

El sólo consenso sin registraci3n, sumado a ello que la posesi3n de los bienes tampoco aparece como un medio publicitario adecuado, produce que el sistema se torne por lo menos riesgoso para los terceros. Es por eso que el profesor Alfredo Bullard ha dicho con acierto que este sistema crearía a lo sumo la idea de que el sólo consenso transmite la propiedad interpartes pero no frente a terceros, porque éstos desde que no tienen noticia ni por los registros ni por la posesi3n, entoncés para dejarlos a salvo, se limita la transferencia entre partes. Y esto supone aceptar que hay una propiedad limitada, relativa, que no es oponible a nadie, más que a cada parte.

El proyecto de C3digo Civil Argentino que cuenta ya con media sanción en la C3mara de Diputados, le da a la posesi3n un rango de elemento publicitario tan importante como el registral. Para nosotros el hecho posesorio se presenta como el verdadero medio publicitario, nosotros tenemos el problema ya del boleto de compraventa inmobiliario, es decir de la compraventa hecha sin forma, sin la forma prescrita por la ley que es la escritura. Pero en el caso de conflicto entre sucesivos adquirentes triunfa el que tiene la posesi3n del bien. La posesi3n se presenta como hecho que exterioriza una relaci3n real con la cosa. Entonce se exige que quien adquiere por lo menos constate qui3n posee y mediante qué título. Esa posesi3n aparece como un hecho que publicita la situaci3n jurídicade del bien que se adquiere. Digo esto porque es necesario rescatar, creo yo, la idea de que la posesi3n es el verdadero medio publicitario, más aún que la tradici3n, pues la posesi3n define la situaci3n de los bienes. Entonce en el sistema peruano se suma el hecho de que la compraventa como título no tiene la formalidad de la Escritura Púbdica que si tienen otros sistemas, entoncés resulta que una compraventa puede ser consensual, verbal. Una compraventa perfeccionada verbalmente, que traslada *per se* el derecho de propiedad sin registro, y desprovista de posesi3n, crea, según nos parece, un sistema que puede engendrar conflictos.

Quizá el mercado inmobiliario todavía no se ha movido con la intensidad necesaria para poner de manifiesto estos problemas. Cuando esto suceda, quizá se comprenda la conveniencia de suprimir el sistema o de cambiarlo, porque, vuelvo sobre mis palabras: ésta es una cuesti3n de política legislativa, y por lo tanto quienes quieren un sistema traslativo debieran proponer las reformas pertinentes para que el sistema funcione como tal, y sea verdaderamente traslativo. Bastaría modificar el conteni-



do de las definiciones, mejorar la mención del artículo 949º: o si no se quiere eso y se quiere la subsistencia de la teoría del Título y el Modo, bastaría con suprimir el artículo 949º.

En definitiva, todo quedará librado en estas horas a la interpretación judicial. Citando a Danz, uno de los exponentes más notables del realismo jurídico, de aquellos que privilegian la realidad antes que los conceptos abstractos, dogmáticos, que son pura academia y teoría, concluimos que son esos jueces los que fallan desdeñosamente contra el sentimiento jurídico del pueblo, porque así se los impone el concepto que se inventan, el que llaman lógicamente necesario, y con un profano aterrado ante una sentencia, se llevan las manos a la cabeza, lo despachan con una sonrisa de superioridad y le dicen qué sabes tú de esto. Esos jueces son precisamente los que con un sistema defectuoso y contradictorio pueden hacer temblar al ciudadano, no hablo de esta magistratura ni de ninguna en particular, porque en definitiva el problema estará dado por el sistema de selección de hombres y no por un juez concreto, quiero decir: con un sistema legal defectuoso, con aparentes contradicciones intrínsecas, la tarea judicial puede ser aún más perturbadora.

Con jueces, en cambio, que prioricen la realidad antes que los conceptos dogmáticos y la letra fría de los textos, es posible que se llegue a soluciones justas y equitativas.