

El Nefasto

Artículo 949 del

Código Civil () (**)*

RAMÓN HUAPAYA TAPIA

Alumno del Séptimo Ciclo de la Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas de la Universidad de Lima
Miembro del Consejo Directivo de
ADVOCATUS Nueva Época

El derecho no se crea, se descubre
Enrique Ghersi^(*)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL. EL ANÁLISIS LEGAL Y DOCTRINARIO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES BAJO EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. LAS BASES DE SU NEFASO CARÁCTER. A. Primero lo primero: Una inadecuada clasificación de bienes. Desafortunada intervención de la Comisión Revisora del Anteproyecto de Código Civil, en la modificación del proyecto original del Libro de Derechos Reales. B. Los defensores de la teoría del título y el modo. C. La espiritualización de la transferencia de la propiedad. La teoría del solo consenso como medio de transferencia de propiedad. D. Colofón. El Código Civil Peruano de 1984 consagra la figura de la espiritualización de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles. Rechazo de la teoría del título y el modo. El Contrato con efectos reales si está reconocido por nuestro Código. III. ¿AHÍ ESTÁ EL DETALLE! ESBOZO PARA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO CIVIL. EL PORQUÉ DE SU NEFASO CARÁCTER. NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES EN EL PERÚ. LA IMPORTANCIA DE CONTAR CON UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE CON CARÁCTER CONSTITUTIVO. UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE BIENES: REGISTRADOS VS. NO REGISTRADOS. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA. A. Una perspectiva económica que nos explique el por qué consideramos que este artículo es nefasto. El auxilio del Análisis Económico del Derecho. B. La inutilidad de la distinción entre bienes muebles e inmuebles. La alternativa de la reforma: Registrados vs. No registrados. La necesidad de contar con un Registro constitutivo de derechos. IV. REFLEXIÓN FINAL: ¿REFORMA ESTRUCTURAL O SIMPLE "MAQUILLAJE" NORMATIVO?

(*) A Adrián Simons, por su actitud subversiva frente al Derecho, por su enorme calidad y vitalidad como docente, por los consejos y enseñanzas recibidas pese al tiempo tramo e implacable, y por sobre todo, por su amistad.

(**) Agradecemos los comentarios vertidos durante la elaboración del presente trabajo, en especial al Dr. Luis Pizarro Aranguren. Debemos confesar que el título que nos inspira ha sido infundido por la lectura de su brillante artículo: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984", estudio incluido en el excelente libro "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales" Luis Pizarro Aranguren (Coordinador). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, pp. 205-236. Cabe añadir, además, que aunque los nocivos efectos de contar con un sistema de transferencia de propiedad inmueble solo cuando han sido modificados por efecto de otras normas del Código, el presente trabajo tiene por finalidad analizar los nefastos efectos económicos del Artículo 949 del Código Civil.

(***) Ghersi, Enrique: "La Privatización del Mar" en: *ADVOCATUS Nueva Época*, N° 1. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1995, p. 133.

I. INTRODUCCIÓN:

El problema de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles es uno de los más álgidos puntos que han sido materia de discusión dentro de las normas contenidas en materia de Derechos Reales en el Código Civil. En efecto, gran parte de la controversia y de la polémica suscitadas han tenido como protagonista al artículo 949 del mismo. Pero, para comenzar con nuestro tema, analicemos algunos casos con los cuales, de seguro, el lector ha de encontrarse en la vida diaria.

Caso 1: A Juan "Confiado" le ofrecen la casa de sus sueños, a un precio módico y razonable, y luego de las respectivas consultas con su abogado, decide realizar la operación de compraventa con Pedro "Soyvivo". Imaginemos que lo hace con un documento privado con firmas legalizadas el día 4 de Marzo de 1998. Cuando Confiado desea hacer efectivo su "derecho" de propiedad, aparece Jaime "Precavido" y le enseña una ficha de inscripción registral posterior a la firma de su contrato de compraventa, diciéndole que debe olvidarse de ocupar la casa de sus sueños, pues su derecho prima sobre el suyo, ya que el también celebró una compraventa con Pedro, e inscribió su derecho inmediatamente. Obviamente estaríamos frente a un caso de concurrencia de acreedores en la entrega de un bien inmueble determinado¹. Juan le podría contestar, "mi abogado me ha dicho que con la mera celebración del contrato de compraventa ya soy propietario". Lamentablemente, lo que Juan Confiado no pudo conocer era el hecho de que Pedro ya había vendido la casa previamente a Jaime, y que éste inscribió su derecho en los registros públicos. Podríamos afirmar

que se trató de una falta de precaución, sin embargo el hecho principal es que Juan firmó un contrato de compraventa confiando en la protección que le podría brindar el 949.

Caso 2: A Pepe le ofrecen una hermosa casa, a un precio que podría alcanzar, pese a la economía de los días recientes. Le dicen que está ocupada por inquilinos, pero que ya vence su contrato. Ante ello acude a su abogado, y le informa sobre la situación; éste le indica que celebre un simple contrato de compraventa y que no se preocupe; pues cuando venciera el arrendamiento iba a poder ocupar su casa. Pepe, confiando en lo que dice el 949, decide no dejar pasar la oportunidad, y realizar la operación. Para terminar de pagar el precio decide emprender viaje a trabajar en el Japón. Celebra el contrato de compraventa, entregando el 60% del precio, prometiendo pagar el saldo cuando regrese. Podríamos afirmar que ya adquirió su derecho de propiedad "conforme a ley", pues de acuerdo al 949 con la sola celebración del contrato, ya es propietario. Entonces se va de viaje y regresa al año y cancela su deuda, y recibe las llaves de "su" casa. Cuando llega a la misma, encuentra a la familia Pérez en la misma, quienes residen como propietarios, ejerciendo posesión pacífica, continua y pública durante más de diez años atrás. Estos, inclusive, ya habían entablado una demanda de prescripción, pues contaban con el beneficio de la suma de plazos posesorios². Contrariado, acude al Código Civil y encontrando el 949, le dice que una vez celebrado su contrato, él ya era propietario, sin embargo, la realidad le dice otra cosa. Y es que su contrato nada puede hacer frente a la prescripción. Entonces cabe preguntarse, ¿para qué sirve el 949?

¹ Art. 1135 del Código Civil: "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."

Art. 2014 del Código Civil: "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."

Art. 2016 del Código Civil: "La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro."

Art. 2022 del Código Civil: "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone."

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común."

² Art. 950 del Código Civil: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años."

Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe."

Art. 952 del Código Civil: "Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario."

La sentencia que concede a la petición el título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño."

Art. 958 del Código Civil: "El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien."

Los casos descritos son reales, y suceden más que a menudo en la vida cotidiana. Muchas personas celebran contratos a fin de adquirir la propiedad de bienes inmuebles, y lo que hacen en realidad es comprometerse a participar en una suerte de "ruleta rusa" con su dinero. El gran protagonista de la falta de seguridad en este tipo de transacciones comerciales, y el participante de la entrada a este juego donde el azar tiene un rol principal; es el Código Civil, con la más nefasta de sus normas, cual es el artículo 949. El hombre es un ser racional, económicamente hablando, y cuando efectúa decisiones busca la maximización de beneficios; si actúa comprometiendo su patrimonio es porque tiene una expectativa mayor de beneficiarse, antes que desperdiciar³. El Derecho cumple la función de evitar que sus decisiones se basen en el mero azar, brindándole bases ordenadas que encaucen su conducta, orientándolo a la eficiencia económica. La adquisición de propiedad de un bien inmueble un hecho que no se da todos los días en el Perú. Prácticamente es una minoría la que realiza este tipo de operaciones. Y un Derecho que se jacte de tener legitimidad social, y que cumpla con su función de ser un instrumento que ayude a reducir los costos de transacción y que brinde seguridad al tráfico comercial de bienes y servicios; debe respaldar la seguridad y la confianza de las personas al realizar las operaciones comerciales. De ahí que consideremos necesario referirnos, dentro del proceso de reformas al Código Civil, sobre el fundamental aspecto de contar con un adecuado método de transferencia de propiedad de estos bienes, que el albedrío de nuestro legislador ha dado en llamar "inmuebles".

La labor que pretendemos realizar mediante estas líneas implica dejar en claro que no pretendemos pontificar o dar cátedra alguna sobre la materia, hecho imposible para nuestras condiciones académicas; sino que nuestros objetivos como intenciones son humildes, y lo único que pretenden es ubicar el problema desde otra perspectiva, no desde la óptica teórica o legalista desde la que suelen enfocarse los problemas en el Derecho, sino esbozar algunas pinceladas de un análisis económico de la situación pasada y del estado en que se encuentra. Situación en la que nos encontramos con respecto al trascendental tema que nos ocupa, gracias al protagonismo del artículo 949 del

Código Civil. Por lo demás, tratar de estudiar a fondo las teorías y los códigos extranjeros a los que se recurre repetidamente a fin de encontrar fundamentos, implica explayarse en sofisticadas e intrincadas teorías que se ubican en enjundiosas páginas de análisis de textos romanos y de paradigmas normativos, a los cuales suelen recurrir nuestros juristas al momento de elaborar nuestras leyes. En la Historia de la doctrina jurídica peruana, generalmente a los juristas les importa más la "coherencia teórica", el paradigma abstracto, las sofisticadas construcciones dogmáticas, antes de reparar en la legitimidad social con que cuenta el Derecho que nos preocupamos en alabar cual becerro de oro.

Ocurre entonces que, tanta preocupación dogmática por parte de nuestros juristas, tanta abstracción teórica, ha motivado el hecho de desligarse de la realidad, sin medir las consecuencias de sus injustificadas pretensiones. Al menos en la fundamental materia del sistema de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, hemos escuchado y leído tanta elucubración doctrinaria de respetables autores, quienes, analizando material doctrinario y queriendo pontificar sobre la base de los romanos y de los franceses del año 1804; se han enfrascado en arduas discusiones sobre cuál es el sistema por el cual se transfiere la propiedad inmueble. Que si la propiedad inmueble se transfiere por el sólo consenso, que tenemos una mixtura de sistemas, que tenemos contrato con efectos reales, acusaciones de copias de códigos, y "x" número de posiciones encontradas sobre el tema.

Sin embargo, estamos seguros de que ninguno de estos juristas "tradicionales" ha caído en cuenta del inmenso problema de la falta de contar con un sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, problema este con el que no contó nuestro codificador del 84, y problema gracias al cual no es posible el acceso a un derecho de propiedad pleno sobre los bienes inmuebles en el Perú⁴.

Ante esta perspectiva de la situación, comenzando a desbrozar un camino que nos guíe en nuestro análisis; consideramos que el problema fundamental es la falta de seguridad en el proce-

³ Vid. El magnífico artículo de Gary Becker: "El enfoque económico del comportamiento humano". En: Información Comercial Española, Nº 557, Madrid, Enero de 1980. Lo hallamos en BULLARD GONZALEZ, Alfredo: Análisis Económico del Derecho. Materiales de Enseñanza, Tomo I. Universidad de Lima. Maestría en Derecho Empresarial. DUCYDA. Departamento de Publicación de Material de Lectura. Lima, 1997.

⁴ Al respecto Vid. El magnífico estudio de Fernando CAMARASA SALAZAR: "La Función Económica del Derecho: A propósito de los derechos de prenda e hipoteca." En: PUSARO ARAYURTEN, Luis (Coordinador): "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1984. pp.53-85

so de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. Es ahí donde radica el carácter de nefasto del artículo 949 del Código Civil. Nefasto porque lo único que hace es crear un problema doctrinario, antes que servir de garantía de seguridad en las operaciones comerciales. Nefasto porque simboliza la irracionalidad económica antes que la reducción de los costos de transacción y la eliminación del riesgo en nuestro patrimonio. Nefasto porque nuestro legislador no pensó que cuando una persona decide la compra de un bien "inmueble", antes que interrogarse ¿cómo se transfiere la propiedad de bienes inmuebles?, se pregunta, ¿desde cuándo se transfiere la posibilidad de excluir a los demás y tener certeza de mi derecho de propiedad?⁵ Al adquirente común y corriente le importa poco o nada, la cuestión de la "obligación de enajenar", o la importancia de la teoría del título y del modo. Le importa tener certeza de que es propietario, de que su inversión está garantizada y protegida por el Derecho. Y un Derecho que no sirve al hombre, y se abstrae de la realidad, es una invitación a la desobediencia y a la creación de otras formas de control social. Un Derecho que no sirve al hombre es cualquier otra cosa menos Derecho. Es algo que no tiene legitimidad social, que no encuentra sustento en la realidad, es un mero ejercicio teórico⁶. En este contexto, la disposición contenida en el artículo 949 es un claro ejemplo de cómo el Derecho no está al servicio del hombre, sino que solamente es un peligro para la seguridad en las transacciones comerciales, es un riesgo contra la inversión en la adquisición de bienes "inmuebles". Creemos fundamental interrogarnos, que antes de establecer una intrincada teoría sobre el momento de la transferencia de la propiedad del bien inmueble, debemos enfrascarnos en conocer desde cuándo una persona va a estar "segura" de su adquisición, cuándo va a tener la certeza

que nadie va a querer cuestionar su condición de propietaria, en pocas palabras desde cuándo puede excluir a los demás⁷; es decir, que cuando compre una casa o un terreno, esté segura que éste no tiene un gravamen, o una carga, o que el "vendedor" no sea el efectivo dueño, etc.

La perspectiva que emplearemos en nuestro trabajo es confrontar las respuestas que nos brinda el análisis tradicional, legalista y doctrinario; y las que puedan surgir de un esbozo de análisis económico del Derecho y en última instancia preguntarnos sobre la legitimidad y función (¿o disfunción!) del sistema de derechos reales por el cual ha optado nuestro codificador del 1984. Nuestra tesis principal es que la relación jurídica denominada "propiedad" que el Código Civil atribuye como efecto de la realización de un contrato de transferencia de propiedad, no es una propiedad plena sobre el bien, sino más que nada es una "propiedad" relativa, minusválida, y que a fin de cuentas sólo es una afirmación de un "derecho" que puede ser fácilmente descartada por vacua y carente de contenido. La función esencial de las normas de transferencia de propiedad es de consolidar el acceso a la propiedad, de tal manera que se garantice la inversión realizada en la adquisición de la misma. El Código Civil peruano, en este sentido a través de la norma contenida en el 949 no asegura, ni garantiza seguridad en el tráfico inmueble, ni incentiva la inversión, lo único que hace es crear situaciones ineficientes y de pérdida social; resultado que lo único que garantiza, es la pérdida de legitimidad social del Derecho.

Nuestro análisis, se divide en tres partes; la primera dedicada a analizar las bases del problema y la inútil discusión acerca de la naturaleza de la norma y de su estructura; la segunda, que contiene un esbozo de análisis económico de la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles en el Perú, la opción por la variación de la clasificación de los bienes, y la importancia del registro como mecanismo de cognoscibilidad que publicite las

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: "Un mundo sin Propiedad (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". En: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, ARA Editoras, Lima, 1996 pp. 82 - 93.

⁶ Sobre la falta de legitimidad social del derecho, e interesantes puntos de vista sobre el derecho como instrumento al servicio del hombre y no de la teoría y el dogma, es de obligada lectura el excelente análisis de Enrique Giersch: "El Costo de la Legalidad". En: MORALES PERAZANO, María: *Análisis Económico de los Derechos Reales. Materiales de Enseñanza*. Con la Colaboración de Rita Vilanova Meza. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. DUCYDA. Departamento de Publicación de Material de Lectura. Lima, 1996 pp. 37 - 49. También en Giersch, Enrique: *Economía y Derecho. Materiales de Enseñanza*. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. DUCYDA. Departamento de Publicación de Material de Lectura. Lima, 1996. pp. 52 - 79.

⁷ Vid. *Infra*, la obra a pie N° 38, que hacemos del texto de Tomás López, Juan: *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1987, p. 49, quien nos ilustra sobre la fundamental característica de la exclusividad, o facultad de excluir a los demás, (carácter de oponibilidad "erga omnes" según la doctrina tradicional) que debe tener todo sistema de derechos de propiedad, y que nuestro sistema de transferencia sólo consensuado en el 949, no cumple.

transacciones y brinde seguridad a la transferencia y, por ende, seguridad a nuestras disposiciones patrimoniales. La parte final contiene nuestras conclusiones sobre el tema así como el planteo de nuevas interrogantes acerca de la conveniencia de realizar una reforma estructural o simplemente maquillar un "maquillaje", que sirva de mero remozamiento al Código civil.

II. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL. EL ANÁLISIS LEGAL Y DOCTRINARIO DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES BAJO EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. LAS BASES DE SU NEFASTO CARÁCTER.

Comencemos analizando el texto de marras:

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

Ante este texto, obviamente de difícil comprensión, se han suscitado diferentes cuestiones doctrinarias apoyadas en posiciones enfrentadas que han sostenido diversos juristas, de la talla de Manuel de la Puente y Lavalle⁸, Carlos Cárdenas Quirós⁹, Hugo Forno Flórez¹⁰, Gastón Fernández Cruz¹¹, Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre¹², Jack Bigio Chrem¹³, por citar a los autores nacionales que se enfrentan en cuanto a la determinación del sistema por el cual optó el legislador peruano al momento de normar sobre el momento de la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles.

a. Primero lo primero: Una inadecuada clasificación de bienes. Desafortunada intervención de la Comisión Revisora del Anteproyecto de Código Civil, en la modificación del proyecto original del Libro de Derechos Reales.

El mencionado grupo de destacados juristas, efectúa un análisis de la norma en cuestión, cada cual defendiendo una posición frente al tema. Y es que esta polémica está originada desde la inclusión de la norma en el Código, debido a que este artículo 949 es una norma postiza en el Código civil¹⁴. El proyecto de la Comisión Reformadora que elaboró el proyecto de Código Civil de 1981, desde el inicio, y basándose en un criterio de registrabilidad, plantea la diferenciación entre bienes registrados y no registrados. Obviamente, ese era un criterio que alejaría definitivamente los fantasmas de la inseguridad y del riesgo en la transferencia de la propiedad, al establecerse que para que opere la transferencia de los primeros se necesitaba su previa inscripción en el Registro, y para los segundos, la transferencia operaba con la tradición. Sin embargo, este criterio fue descartado por la denominada "Comisión Revisora" del Anteproyecto de Código Civil. Los elementos que sirvieron para el descarte fueron tan vacuos como la "falta de coherencia con la tradición romana" y otras perlas por el estilo, así como el aspecto de la carencia de un sistema registral confiable¹⁵. Entonces, la Comisión Revisora, decide volver al viejo como retrógrado sistema de clasificación de bienes en muebles e inmuebles. Esta es la base sobre la cual se asientan los problemas, **¡¡¡que- rer defender una clasificación basada en un criterio de movilidad!!!**, antes que propugnar una clasificación como la propuesta por el Dr. Avendaño, que sin lugar a dudas, era (y es) el criterio más ecuánime para la solución de cualquier problema al respecto. El criterio que primó entonces fue tan intrascendente como inútil, pues para resolver el tema de la oponibilidad de los derechos reales, así como el tema de la exclusividad y la transferibilidad de los derechos de propiedad, la solución no la hallamos en el tema de la movilidad, sino en el criterio de

⁸ De la Puente y Lavalle, Manuel: "El Contrato con efectos reales". En: IUS ET VERITAS N° 9. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, 1984 pp. 9 - 16.

⁹ Cárdenas Quirós, Carlos: "Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles". En: THÉMIS N° 3. Revista de Derecho editada por los alumnos de la PUCP. Lima, 1985. pp. 35 - 43.

¹⁰ Forno Flórez, Hugo: "El Contrato con efectos reales". En: IUS ET VERITAS N° 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima, 1993. Año IV, pp. 77 - 87.

¹¹ Fernández Cruz, Gastón: "El Contrato consensual de prenda". En: IUS ET PRAXIS N° 12. Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1987. pp. 159 - 187.

¹² Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre: TRATADO DE LAS OBLIGACIONES. Primera Parte. Tomo I. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Volumen XVI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. pp. 325 - 476.

¹³ Bigio Chrem, Jack: "La compra-venta y la transmisión de propiedad". En: Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen I. Décima Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. pp. 183 - 190.

¹⁴ De la Puente y Lavalle, Manuel: "El Contrato con efectos reales". En: Op. Cit. p. 13.

¹⁵ Sobre la mutilación del proyecto del Dr. Avendaño, el Dr. Fernando de Trzaskowski Gawrona terció con la maestría que lo caracteriza, sobre este tema con el artículo "Bienes, Naturaleza y Romanos", publicado en "El Comercio", con fecha 21 de Diciembre de 1982. En: Avendaño Valdez, Jorge: Derechos Reales. Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú. Oficina de Publicaciones para la docencia. Lima, 1989.

registrabilidad. Legislar sobre la clasificación de bienes en inmuebles y muebles, fue como haber clasificado a los bienes en grandes y pequeños, ásperos y lisos, sólidos y líquidos, rojos y azules, etc. Entonces es de afirmar que la clasificación de bienes es muebles e inmuebles es inadecuada, ya que el criterio de movilidad, como señala Pizarro¹⁶, resulta superfluo al conjunto de las relaciones jurídicas que interactúan en las sociedades modernas, es decir, no es relevante para su empleo en el tráfico comercial moderno.

La llave de entrada a todo el problema, podemos encontrarla entonces en el descarte de la clasificación de los bienes basada en el criterio de la registrabilidad y el retorno a la clasificación de bienes basada en la movilidad, criterio desfasado y anacrónico. Todo ello por obra de la Comisión Revisora.

Pues bien, al haber modificado la ponencia original de la Comisión Reformadora, surgió el problema de dejar "en el aire" el tratamiento de la adquisición de la propiedad de los bienes inmuebles. Y para subsanar este vacío el legislador recurre al Código de 1936, específicamente al artículo 1172 (norma de Derecho de Obligaciones), el cual establecía que la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada hace al acreedor propietario de ella. Este es el antecedente principal de esta nefasta norma contenida en el artículo 949. Obviamente, la inclusión de este precepto a fin de subsanar la incoherencia sufrida en el proyecto, por las modificaciones comentadas, es el que inicia la estela de terribles consecuencias que ha desarrollado la inclusión de un sistema espiritualista de transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, *ad portas* del siglo XXI.

La polémica suscitada por la inclusión de la mencionada norma en el Código civil, hace que se enfrenten dos posiciones, que interpretan a su manera la naturaleza de la norma así como su efecto, cual es el de regular la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, y que se traducen en los trabajos de diversos juristas. A efectos de nuestro análisis los agruparemos en dos bandos, los que defienden la transferencia de la propiedad inmueble, del análisis del 949 y la "sola obligación de enajenar" (y por tanto defienden la teoría del título y el modo

en la adquisición de la propiedad); frente a quienes defienden la posición de que gracias al 949 se reconoce en el ordenamiento jurídico peruano la figura de los contratos con efectos reales (defendiendo entonces la espiritualización de la transferencia de la propiedad).

b. Los defensores de la teoría del título y el modo:

Para los defensores de esta corriente, entre quienes encontramos a los doctores Cárdenas, De la Puente y Osterling, es de afirmar que la propiedad inmueble en el Perú, de acuerdo a lo establecido en el 949, se transmite por "la sola obligación de enajenar". Esta teoría va de acuerdo al sistema denominado de la "teoría del título y del modo". Y es que en Roma, "el contrato de transferencia era el título, o sea el acto que por sí solo no transmitía el dominio, pero que mediatamente servía para ello, al explicar y justificar el modo, dándole su razón de ser. El modo era en cambio, el acto que servía inmediatamente para la transmisión del dominio. (...) En la venta de inmuebles también se conserva el principio romanista que exige el título y el modo, pero que este último ha sido mutilado de tal manera que sólo sirve para hacer adquirir el dominio respecto al vendedor, mientras que para hacer adquirir el dominio *ergo omnes* hace falta además la inscripción. De allí ha nacido la distinción entre título, modo (pero modo mutilado) y medio (o forma) de publicidad."¹⁷

Entonces, se considera que para la constitución de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble determinado se requiere de dos momentos: constitución de un título (compraventa, permuta, etc.) o acto jurídico constitutivo y un modo ("la sola obligación de enajenar"); con lo cual sería sistemática una interpretación del 949. La siguiente interpretación se basa sobre el supuesto por el cual, de acuerdo a los artículos 1351 y 1402 del Código Civil peruano, el concepto "relación jurídica patrimonial" "creada" por el contrato tiene carácter exclusivamente obligacional, señalando entonces que da igual decir "relación obligatoria" que "relación jurídica patrimonial"; pues de acuerdo al 1402 el objeto del contrato es crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Sin embargo, el concepto "relación jurídica patrimonial"

¹⁶ PIZARRO ANAGOREN, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984" En: Op. Cit. p. 222

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAWALLA, Manuel: "El Contrato con efectos reales" En: Op. Cit. p. 11

copiado, entre muchas otras cosas, del Código Civil Italiano de 1942, es más amplio que el de "relación obligatoria", hecho que se reconoce¹⁸, pero que se quiere descartar para el Código Civil peruano, pues se invoca que el *Codice* no tiene inserta norma alguna que sostenga que el objeto o efectos del contrato sean la creación de obligaciones. Vemos entonces que esta doctrina se aferra a que el contrato tiene efectos meramente obligacionales, en consecuencia para esta corriente de pensamiento nuestro ordenamiento no acoge la figura del contrato con efectos reales, tipo de contrato por el cual la sola fuerza del consenso de voluntades opera como título y modo de transferencia de propiedad. Entonces, para la posición citada, a efectos que opere la transferencia de propiedad inmueble, se requiere adicionalmente un modo de constituir el derecho¹⁹, justificando así la norma del artículo 1402 del Código civil²⁰.

La "coherencia" que encuentra esta postura es que, siendo el contrato, "acuerdo de voluntades", y exclusivo "productor" de obligaciones, en el caso de los bienes inmuebles determinados, basta su perfeccionamiento para transmitir la propiedad; siendo el título²¹, el contrato de transferencia de propiedad respectivo, y el modo, la obligación de enajenar, que produce éste para la parte deudora de la transferencia de la propiedad del bien. Por lo visto, para esta doctrina (influenciada en su método notablemente por la Escuela Exegética Francesa), la teoría del título y el modo, encuentra perfecta aplicación en el sistema jurídico peruano, pues de la descripción de nuestros contratos transmisivos de propiedad ellos sólo generan obligaciones, no teniendo efectos reales.

c. La espiritualización de la transferencia de la propiedad. La teoría del solo consenso como medio de transferencia de propiedad.

Frente a la posición de los defensores de la teoría del título y del modo, que cree encontrar una interpretación sistemática y coherente del Código Civil peruano han aparecido interesantes réplicas como las del Dr. Hugo Forno, para quien el Código Civil Peruano ha adoptado el sistema de transmisión de propiedad "solo consensu" o espiritualista, de acuerdo a su postura que analizamos a continuación.

Forno sostiene que, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1351 del Código Civil peruano, "la referencia a un concepto amplio como es el de "relación jurídica patrimonial" permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial²²". Además señala que, "en el estado actual de la dogmática jurídica es valor entendido que la obligación no es el único tipo de relación jurídica patrimonial, sino que a su lado coexisten una gama de relaciones jurídicas que articulan o estructuran deberes jurídicos y derechos subjetivos —es decir, situaciones jurídicas subjetivas— distintos al débito y al crédito. (...) Por otra parte, aún entendiendo —como se reconoce en la actualidad— que la relación jurídica se establece sólo entre personas, es comúnmente admitido que los llamados derechos reales se estructuran también a través de relaciones jurídicas. A ello se debe que la doctrina de nuestros tiempos se incline por concebir la relación jurídica en términos muy amplios, entendiendo que ella estructura dos situaciones jurídicas subjetivas, esto es, la respectiva posición de poder de una persona y de deber de otra u otras personas.²³"

¹⁸ DE LA PUENTE Y LAWALLE, Manuel: "El Contrato con efectos reales", En: *Op. Cit.* p.12. Sostiene el ilustre maestro, quien es autor de uno de los tratados más precisos y eruditos sobre la Doctrina General del Contrato, que "Es verdad que la doctrina italiana sostiene que la relación jurídica patrimonial creada por el artículo 1351 del Código civil italiano, que es similar al 1351 del Código civil peruano, no se circunscribe al campo de las relaciones obligacionales sino que comprende también la figura del contrato con efectos reales".

¹⁹ DE LA PUENTE Y LAWALLE, Manuel: "El Contrato con efectos reales" En: *Op. Cit.* p. 16.

²⁰ El artículo 1101 del Código Civil Francés reza que: "el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, frente a una o varias otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa". Se puede observar la enorme influencia que el *Code Napoléon* ejerció (ya en los albores del siglo XX) sobre nuestro codificador de 1984, siendo este artículo fuente directa del Art. 1402, que reza que el objeto (o al efecto) del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. Asimismo nos podemos dar cuenta de que la copia asistemática de los diversos paradigmas normativos por parte del codificador peruano, es creadora de incongruencias y desaciertos en la confección de Códigos.

²¹ Vid. CARRERA QUERO, Carlos: "Conveniencia Legal de la Implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la Transferencia de Bienes Inmuebles", En: *Op. Cit.* p. 35.

²² Forno Forno, Hugo: "El Contrato con efectos reales". En: *Op. Cit.* p. 77.

²³ Forno Forno, Hugo: "El Contrato con efectos reales". En: *Op. Cit.* pp. 77-78.

Es entonces dentro de este contexto en el cual se debe entender el concepto relación jurídica patrimonial del artículo 1351 del Código (copiado casi literalmente de la definición del contrato que nos da el *Codice Civile* de 1942²⁴), cuya interpretación debe darse siguiendo las pautas de la extraordinaria doctrina italiana; para lo cual Forno acude en búsqueda del maestro Francesco Messineo, citándolo, cuando sostiene que "que en atención a que el artículo 1321 del Código civil italiano (u otra norma) no lo dice, no puede sostenerse más que el contrato sea estipulado *animo contrahendae obligationis*, y que puede decirse ahora que del contrato nacen deberes y pretensiones, cuando no surge directamente un derecho real; y concluye que, por lo tanto, es actual y fundada en la ley la distinción entre contrato obligatorio y contrato con efectos reales."²⁵

Descarta entonces Forno, la tesis según la cual, al tener una norma como el Art. 1402 del Código (que reconoce a los contratos efectos meramente obligatorios), y artículos como el 1529 y 1602 (que contienen la definición de los contratos de compraventa y permuta, respectivamente); éstos únicamente generen efectos obligacionales; sobre la base que debido a que el concepto de relación jurídica patrimonial excede el de relación obligatoria, el contrato puede también ser productor de efectos reales.

Descarta, además, la teoría del título y el modo en el caso peruano, ya que en este caso éstos se confunden, debido a que lo que produce la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles es el contrato, como acuerdo de voluntades que tiene como efecto la constitución de una relación jurídica patrimonial de carácter real, cual es la transferencia de propiedad de un bien inmueble determinado.

Forno sostiene como apoyo a su posición el manifiesto "olvido" del legislador francés de 1804, que al consagrar en su artículo 1138 que "La obligación de entregar lo

cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes. Ella hace al acreedor propietario y coloca la cosa a su riesgo desde el instante en que haya debido ser entregada, aunque no se haya hecho la tradición, a menos que el deudor esté en mora de entregarla; en cuyo caso el riesgo de la cosa sigue a cargo de éste último", defendía un sistema espiritualista de transferencia de propiedad, empero, negaba la atribución de los efectos traslativos al contrato. Responde Forno señalando que el legislador no pudo desprenderse del enorme peso de la tradición romanista, la cual señalaba que el contrato solo tenía como función crear obligaciones; estableciendo sí, la espiritualización de la transferencia de la propiedad, pero no pudo desembarazarse del peso de la tradición romanista y su definición de contrato.^{26 27}

Por ello es que sostiene que, "el legislador francés se encontró así en un dilema que suponía, de un lado, el reconocimiento de la transferencia de la propiedad solo *consensu*, es decir, en virtud del mismo contrato, pero que, de otra parte, le impedía admitir un contrato que no estuviera limitado a la creación de obligaciones. La solución honesta de este problema hubiera exigido el abandono de alguno de los dos principios. O bien dejar el viejo concepto de contrato exclusivamente como fuente creadora de obligaciones, o renunciar a la espiritualización de la transferencia de propiedad. Pero el legislador francés las quiso todas; quiso quedarse con Dios y con el diablo. Tuvo entonces que recurrir a un artificio, a una triquiñuela jurídica; se le ocurrió poner en el medio una obligación, haciendo derivar de ella el efecto traslativo de la propiedad y con eso todos los principios quedarían satisfechos, porque la transferencia era espiritual y no requería de un acto material, pero a la vez el contrato sólo producía obligaciones. No importó demasiado si la regla era coherente, después de todo el legislador es omnipotente en el ámbito de lo jurídico y puede establecer cualquier cosa; nosotros tenemos también claros ejemplos de ello."²⁸

²⁴ El artículo 1321 del *Codice Civile* es el que contiene la definición que inspiró al codificador peruano de 1984, cuyo texto reza de la siguiente manera: "1321. *Noción.* - El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial" Nosotros recogemos el texto del referido artículo del *Codice* de la nota a pie Nº 7 del artículo de Hugo Forno Flórez, *Op. Cit.* p. 78

²⁵ Forno Flórez, Hugo: "El Contrato con efectos reales", En: *Op. Cit.* p. 78

²⁶ Forno Flórez, Hugo: "El Contrato con efectos reales" En: *Op. Cit.* p. 81

²⁷ Recordamos al leer los conceptos de Forno, el porqué de la incongruencia de los artículos 1351 y 1402 del Código Civil peruano. Es obvio que el codificador de 1984 estuvo seducido por la magnificencia del *Codice Civile* de 1942, último paradigma romanista del siglo que nos deja, por lo cual copia su definición de contrato, incluyendo al concepto de la relación jurídica patrimonial, armoniosa construcción de la doctrina italiana que integra el concepto mismo del contrato; sin embargo, la fuerte formación doctrinaria e influencia poderosísima de la Escuela Exegética francesa también hizo que no rompieran el círculo que los unía al paradigma del *Code Napoléon*, por lo cual el 1402, consagra que el efecto del contrato es crear, modificar, regular o extinguir obligaciones, siguiendo la tónica del art. 1101 del Código Civil francés. Es de apreciar entonces que aunque existió la influencia y la recepción del magnífico Código italiano, pudo más el peso y la influencia del francés, produciéndose la incongruencia que Forno denuncia de manera clara, coherente y convincente.

²⁸ Forno Flórez, Hugo: "El Contrato con efectos reales" En: *Op. Cit. Loc. Cit.* pp. 81-82

Entonces, a partir del artificio derivado de la contradicción del legislador francés, que Forno magistralmente denuncia, deducimos también la incongruencia en la que incurre el codificador peruano de 1984, al introducir esta norma inspirada en el artículo 1172 del Código Civil de 1936, la misma que señalaba que "la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario." León Barandiarán, (sin lugar a dudas el comentarista más destacado del Código Civil de 1936) luego de señalar que en el Derecho romano no bastaba el consentimiento para la adquisición de la propiedad y que el Código francés instauró el principio opuesto, concluyó con respecto a este artículo que "... con respecto a la cosa inmueble el régimen del código es claro: el mero consentimiento importa el acto de disposición."²⁹

Luego de haber realizado una efectiva interpretación histórica del artículo, Forno plantea una adecuada interpretación lógica del artículo 949 del Código Civil Señala que "si concordamos el artículo 1529 con el artículo 949 del Código Civil de 1984, resultaría que en virtud del primero, al celebrar una compraventa –por ejemplo– el vendedor se obligaría a transferir al comprador la propiedad de un bien inmueble –imaginemos que se trata de un bien inmueble determinado–, y en mérito al segundo, esa sola obligación habría transformado al comprador en propietario del bien, es decir, esa obligación habría quedado cumplida –y se extinguiría por cumplimiento– por el sólo hecho de existir. Pero, ¿es que acaso puede afirmarse que esa "obligación" de enajenar, como la llama el artículo 949, es una verdadera obligación? ¿Es que acaso semejante "obligación" tiene la misma estructura, el mismo contenido y la misma función que la doctrina y nuestro ordenamiento positivo asignan a las obligaciones en sentido técnico?"³⁰

La prestación, en sentido técnico, consiste en el comportamiento debido del deudor³¹, es decir, una conducta o actividad del obligado que puede consis-

tir en dar, hacer o no hacer algo³². Y al momento de analizar la "obligación" de que habla el 949, esta no es tal. Es toda cosa menos una obligación en sentido técnico. La prestación, objeto de esta supuesta "obligación", no requiere despliegue alguno de actividad física o mental del deudor. Y ello es lo inexplicable, lo ininteligible de la posición de los que defienden la teoría del título y el modo; en vista que algunos de ellos hasta defienden la posición de que en cierta manera es la ley³³, el modo por el cual se transmite la propiedad de bienes inmuebles, en cuanto ella le atribuye los efectos traslativos a la "obligación" de enajenar. A nosotros se nos ha enseñado que la prestación es el ejercicio de una actividad por parte del deudor, y en este caso nadie efectúa actividad alguna. Entonces no podemos hablar de "obligación" alguna. Resultaría forzado e incoherente.

En apoyo de nuestras afirmaciones, es menester citar a Forno otra vez: "(...) En nuestro caso la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor –como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble– por lo que no cabe duda que esa transmisión deriva directamente del contrato sin que sea necesario el expediente de crear una obligación.

¿De qué obligación puede hablarse en el caso del artículo 949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en transmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha transmisión (cumplimiento). La prestación siempre es contenido u objeto, para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material del sujeto pasivo. ¿Cuál sería la estructura de semejante "obligación"? ¿En que consiste la prestación que el "deudor" debe ejecutar?.

²⁹ LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ: "Comentarios al Código Civil Peruano", (Derecho de Obligaciones) Tomo II, Pág. 12. Es citado por Forno, Hugo: "El Contrato con efectos reales". En Op. Cit. pág. 82. Ver también: PALACIO FERRER, Gustavo: "Elementos de Derecho Civil Peruano", Editorial H. C. Rojas S.A. Lima, 1963 p. 235; quien refiriéndose a las obligaciones de dar bienes ciertos señala que "tratándose de inmuebles" y entre otras, es bastante el consentimiento".

³⁰ Forno, Hugo: "El Contrato con efectos reales" En: Op. Cit. p. 83.

³¹ De Los Mozos, José Luis: "Concepto de Obligación". En: Cáceres Quispe, Carlos: Derecho Civil Patrimonial, Materiales de Enseñanza, Tomo I, Universidad de Lima, Maestría en Derecho Empresarial, DUCYDA, Departamento de Publicación de Material de Lectura, Lima, 1998, pp. 86-87.

³² De Los Mozos, José Luis: "Concepto de Obligación", En: Op. Cit. Ibid. p. 87.

³³ Apuntes del Curso de Derecho Civil VI – Obligaciones a cargo del Dr. Carlos Cáceres Quispe: Círculo Lectivo 1998-II, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Si la obligación consiste en transmitir el derecho de propiedad y ese efecto –según el artículo 949 del Código– se logra mediante la sola obligación –de enajenar–, esa obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación-cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce, con independencia de toda actividad del “deudor”, por el hecho de su propia existencia; ella se paga por sí misma, es su propio cumplimiento. Como dice Blanca, es una artificiosa construcción que consiste en una obligación que se extingue al mismo tiempo en que surge; una obligación, en definitiva, desprovista de toda pretensión crediticia. Es una paradoja inexplicable: la propia obligación significa cumplimiento de sí misma. **La conclusión es pues, que el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad (...)**³⁴

Creemos que agregar palabras a lo expresado por Forno está de más, la sola cita de sus palabras desbarata totalmente los argumentos de los más conspicuos defensores de la teoría del título y del modo. Esta “obligación de enajenar” es totalmente superflua e innecesaria, hecho que nos demuestra que la búsqueda de “coherencia sistemática” de las normas del Código, es una labor tan inútil como pedirle “peras al olmo”. La única conclusión es que la teoría que sostiene Forno es la que explica de manera clara y convincente la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú. Lo que no entendemos es la defensa de la teoría del título y del modo por parte de nuestros juristas. Es inconcebible defender sistemas y conceptos del derecho que provengan del derecho romano. Simplemente esta era otra época, otra sociedad, con diferentes problemas y diferentes condiciones económicas. Pensamos que encerrarse en aspectos como la “coherencia teórica” o defender conceptos romanos, es algo inútil, y por decir lo menos, anacrónico. **Los modos de transferencia de propiedad eran utilizados en Roma pues respondían a costumbres y métodos respaldados por la época y por las tradiciones que imperaban en el tráfico comercial de aquel entonces.** Sin embargo, es motivo de sonrojo ajeno, que se pretenda defender sistemas de hace más de mil años de antigüedad, es como si se quisiera apresar a los científicos por ir en contra del orden natural o contrariar la verdad revelada. Simplemente afirmar que la “obligación de enajenar” es el modo por el cual se transfiere la propiedad de bienes inmuebles, es un hecho digno de sonrisa. ¿cuándo se verifica el cumplimiento de dicha obligación? ¿Se veri-

ficará alguna vez el “cumplimiento” de la misma? La prestación es el ejercicio de una actividad por parte del deudor a fin de cumplir con lo establecido en la relación obligatoria. Para “cumplir” con la “obligación” de marras, nadie despliega actividad alguna, nadie hace nada, simplemente es un mero artificio teórico, sin relevancia alguna. Lo único coherente es afirmar que por medio del contrato, a través de la fuerza del consentimiento de las partes, es que se produce la transferencia de propiedad de bienes inmuebles en el Perú, y que negar este hecho es concebir una situación que no tiene sustento adecuado y “coherente” con los conceptos de relación obligatoria y prestación que subyacen en la doctrina que inspiró al Código.

d. Colofón. El Código Civil Peruano de 1984 consagra la figura de la espiritualización de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles. Rechazo de la teoría del título y el modo. El Contrato con efectos reales sí está reconocido por nuestro Código.

Concluimos señalando nuestro apoyo a la teoría de Forno, por la cual el Código Civil de 1984 consagra la espiritualización de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles, es la tesis más coherente, antes que recurrir a conceptos forzados a fin de concordar con teorías elaboradas (y luego rechazadas por desfasadas) en otros países. ¿Por qué negar que el contrato pueda producir efectos reales? ¿Por qué aferrarse al dogma, forzando salidas inexplicables, sólo por el hecho de ser “coherentes teóricamente”? Esas respuestas nos las deben dar los defensores de la teoría del título y del modo, quienes sustentan su posición en esta “obligación” de enajenar que es insignificante y carente de contenido alguno, y que incluso rompe con su “coherencia teórica” al contradecir el concepto de obligación que propugnan. En conclusión, luego de analizar lo afirmado por Forno, de analizar las incoherencias del Código Civil; producto de copiar y retacear, cuales zapateros remendones, códigos de otros países, podemos afirmar que el sistema de la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles en el Perú es espiritualista, título y modo se confunden, y en virtud de la definición de contrato del artículo 1351 del Código, se ha acogido la figura del contrato con efectos reales en nuestro ordenamiento civil, y que propugnar lo contrario es incurrir en verdadera contradicción y en un anacronismo teórico y doctrinario.

³⁴ Forno Flórez, Hugo: “El Contrato con efectos reales” En: Op. Cit. pp. 85-86.

III. ¡AHÍ ESTÁ EL DETALLE! ESBOZO PARA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL ARTÍCULO 949 DEL CÓDIGO CIVIL. EL PORQUÉ DE SU NEFASTO CARÁCTER. NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES INMUEBLES EN EL PERÚ. LA IMPORTANCIA DE CONTAR CON UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE CON CARÁCTER CONSTITUTIVO. UNA NUEVA CLASIFICACIÓN DE BIENES: REGISTRADOS VS. NO REGISTRADOS. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA.

Luego de haber analizado la norma contenida en el artículo 949 y concluir que estas consagran una transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles por la fuerza del acuerdo de voluntades, nos queda todavía la interrogante planteada al inicio de esta breve investigación. Y es que pensamos que, antes que buscar regímenes por la coherencia abstracta entre teorías que al fin y al cabo pueden ser tan inútiles, debemos buscar una coherencia práctica: el Derecho debe buscar concretar su función económica y social, sirviendo efectivamente al hombre, en el caso del artículo 949, su desatinada inclusión en el Código Civil, ha causado enormes problemas de seguridad jurídica. Y luego de haber efectuado un análisis basado en el método tradicional, no hay respuestas reales, ni efectivas, tan sólo un ejercicio teórico ilustrativo, pero no reflexivo. Una crítica, más no una alternativa de solución a nuestro problema.

a. **Una perspectiva económica que nos explique el por qué consideramos que este artículo es nefasto. El auxilio del Análisis Económico del Derecho.**

El hecho de concluir que la propiedad de los bienes inmuebles en el Perú se realiza por efectos del contrato de transferencia de la misma, no nos conduce a nada concreto. Y esta respuesta no va a retribuir una pizca de satisfacción alguna a quien confiado en esta concepción realiza una inversión patrimonial significativa a fin de adquirir la propiedad de un bien inmueble. **No obstante lo dicho, el artículo 949 del Código Civil brinda al-**

gunas respuestas. Nos explica el hecho por el cual, quien celebra p.e. una compraventa y, por ausencia de un mecanismo que brinde seguridad jurídica a las transacciones comerciales de transferencia de propiedad inmueble, pueda verse inmerso en un supuesto de concurrencia de acreedores en la entrega de un bien inmueble, y sea derrotado en la confrontación por el hecho de creer que un simple contrato lo hacía propietario. Explica también el hecho de que alguien, en la creencia de ser propietario por efectos de la celebración de un contrato, sea derrotado por la prescripción adquisitiva de dominio. Si, lo explica, porque el hecho que consideramos que el acuerdo de voluntades o solo consenso es el medio por el cual se transfiere la propiedad de bienes inmuebles en el Perú, es lo que hace nefasto al artículo 949 del Código Civil. **Nefasto porque impide la seguridad en las transacciones comerciales, nefasto porque siendo el contrato un acto que por naturaleza está oculto a la publicidad, no importa la constitución de un derecho de propiedad pleno, efectivo y exclusivo³⁵. Lo único que crea es una propiedad relativa o minusválida³⁶. El "derecho" creado por el contrato es ineficaz, pues no es oponible a terceros, no brinda seguridad a la adquisición de propiedad, es decir, no puedo "excluir a los demás", la "propiedad" creada por el 949 es cualquier otra cosa menos un derecho real que cumpla con la función económica para la cual ha sido pensado.**

Alfredo Bullard nos ejemplifica el caso del abogado al cual se acude a preguntar ¿desde cuándo se es propietario?, y el mismo responde, de acuerdo a esta nefasta norma, "desde que se crea la obligación de enajenar", inútil como inocuo concepto³⁷. Es inútil, en cuanto ello no asegura la posibilidad de disfrutar apropiadamente de la propiedad. Es inútil y risible como considerar que el efecto que resulta de la aplicación del artículo es que se es "propietario", aún cuando no me hayan entregado el bien; aún cuando por ser efecto de un contrato, es solamente oponible a mi contraparte contractual, aún cuando no pueda negociar con mi capital. Por ello es que se puede afirmar que la "propiedad" creada por la aplicación al pie de la letra

³⁵ CANTUARIAS SALAZAR, Luis Felipe: "Análisis Económico de la Compra-Venta de Inmuebles con Reserva de Propiedad" En: Pizarro Anasuren, Luis (Coordinador): "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. pp. 104-105

³⁶ Cf. CÁRDENAS GARCÉS, Carlos: Los Registros Públicos y la Reforma del Código Civil. En: ADVOCATUS - Nueva Época. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 1998. p. 106.

³⁷ BULLARD, Alfredo: "Un Mundo Sin Propiedad. (Análisis del sistema de transferencia de la Propiedad Inmueble)." En: ESTUDIOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. APA Editores. Lima, 1996. p. 89.

del precepto es una propiedad "relativa" o minusválida, por decir, lo menos.

Nuestro codificador del 84 cometió el error de regular la figura de la transferencia de la propiedad inmueble, de una manera en la cual el derecho "real" generado por la constitución de esta relación jurídica, no sea oponible a terceros! Sorprende que siendo la propiedad inmueble de difícil acceso en el Perú, siendo un privilegio de pocos la compra de una casa o un terreno, no se le asegure al comprador una adecuada protección jurídica de su operación comercial. Recordemos que el sistema de derechos de propiedad o "property rights" como bien señala Torres López cumple una función importantísima en nuestra sociedad. La atribución de derechos o "titularidades" de manera eficiente y segura es una de las bases fundamentales para el desarrollo del mercado, pues asegura el eficiente empleo de los recursos en un mundo de bienes escasos. Al respecto, Torres López³⁸ enumera las características que debe tener todo sistema de derechos de propiedad (o "property rights"), las cuales deben ser:

a) **Universalidad:** esta característica requiere que todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo aquellos que sean tan abundantes³⁹ (p.e. el aire, el agua del mar) que pueden ser consumidos en cualquier cantidad sin que otros queden excluidos. Ello supone entender como señala Pejovich⁴⁰ entender que, desde un punto de vista social, los "property rights" son la condición necesaria para la asignación eficiente de los recursos y, desde el punto de vista individual, la que hace posible alcanzar la máxima utilidad.

b) **Exclusividad:** Establece la posibilidad, garantizada jurídicamente, de excluir a los demás del consumo del recurso de que se trate. La teoría económica

predice, en este sentido, que los "property rights" aparecerán cuando los costos de excluir a otros del uso de un recurso estén más que compensados por los beneficios que se derivan de su uso exclusivo. Esta característica es conocida como la oponibilidad "erga omnes" por la doctrina tradicional.

c) **Transferibilidad:** Si éste no se diera, los recursos no podrían ser transferidos, por medio de intercambios voluntarios, de los usos menos valiosos, a los más eficientes.

Como bien señala Hernández Gazzo,⁴¹ "en un sistema económico para lograr que los recursos sean asignados a sus usos más eficientes necesitamos que los sujetos sepan con claridad cuáles son las titularidades (derechos) que les corresponden y, en caso de adquirir algún derecho, qué mecanismos de protección a ese derecho adquirido le ofrece el ordenamiento jurídico". Al respecto, consideramos que no hay palabras más precisas para comenzar a describir el drama de las consecuencias del artículo 949. Y es que, cuando se busca adquirir propiedad, lo que se busca es darle un uso más beneficioso a nuestros recursos. Se busca incrementar la eficiencia económica al transferir el bien de un uso menos valioso a uno más valioso. De ahí que las normas sobre derechos de propiedad sean regulaciones de conducta entre los hombres, que aparecen como consecuencia de la existencia de cosas y del problema como éstas deben ser usadas.⁴² La función del Derecho entonces es la de establecer de forma clara y precisa la forma por la cual una persona deba ser considerada propietaria de un bien⁴³. Entonces, cuando una persona pueda estar segura de haber adquirido su derecho de "propiedad" (es decir, cuando esté segura del carácter

³⁸ Cf. Torres López, Juan: *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1987, p. 49.

³⁹ Recordemos, como señala Bullard, que por efectos de la contaminación ambiental u otros fenómenos producidos por ésta, la calidad de universales e inagotables de ciertos bienes está siendo desvirtuada. En Japón, p.e. insertando monedas en unas máquinas especiales, se puede comprar bocanadas de aire puro; lo que hace pensar la posibilidad de un futuro sin bienes universales lo que haría viable la obligatoria asignación de derechos de propiedad sobre todos los bienes existentes en la tierra. Vid. "Un Mundo Sin Propiedad. (Análisis del sistema de transferencia de la Propiedad Inmueble)." En: ESTUDIOS DE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ARA Editores. Lima, 1995, p. 76.

⁴⁰ Pejovich, Svitozar: "Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property Rights" En: Mueser, H.G. (ed.): *The Economics of Legal Relationships West*. St. Paul, Minnesota, 1975. Es citado por Torres López, Juan: *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1987, p. 49.

⁴¹ HERNÁNDEZ GAZZO, JUAN LUIS: "Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores". En: IUS ET VERITAS. Nº 7. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993, p. 185.

⁴² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: "Un mundo sin propiedad". (Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble) En: Op. Cit., pp. 78 - 79.

⁴³ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED: "Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral" Originalmente publicado en el *Harvard Law Review*. Vol. 85, Nº 6, Abril, 1972, pp. 1089 - 1128. En el Perú traducción de Ximena Zavala y Eduardo Sotelo bajo la coordinación y revisión de Alfredo Bullard. Publicado en THÉMIS Nº 21. Revista de Derecho editada por los alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992, p. 64.

de exclusividad de su derecho), se podrá incentivar que se produzcan transacciones eficientes, con riesgos mínimos y que no se apoyen en el azar, sino que se incentive el tráfico comercial y el intercambio de bienes y servicios de manera que éstos pasen de un uso menos eficiente a uno que lo sea.

En este sentido el 949 es nefasto porque traba las operaciones eficientes, pues no permite determinar la seguridad de excluir a los demás, desincentiva la actividad de transferencia de la propiedad inmueble, y no asegura el derecho real de propiedad de una persona. No es una garantía, no crea una titularidad sobre bienes inmuebles, es una simple afirmación que puede ser contrariada fácilmente, es antisocial, es irrito, es simple y llanamente incoherente con la función social y económica del Derecho. No garantiza la presencia de los caracteres de un sistema de derechos de propiedad adecuados, sino que lo único que produce es una propiedad disminuida y no oponible a terceros. Sólo con mecanismos claros de exclusión las personas que valoren un bien y estén incentivadas a adquirirlo, decidirán hacerlo; y en este caso una adecuada regulación de la transferencia de la propiedad inmueble, basada en un sistema registral confiable, es lo que brindará seguridad y eficiencia económica a las transacciones celebradas con el fin de adquisición de derechos de dominio sobre bienes inmuebles.

Como hemos afirmado, siguiendo a Torres López, que tanto la exclusividad como la transferibilidad, son los caracteres que permiten identificar la existencia de un sistema de derechos de propiedad adecuado. La exclusividad permite que "excluyendo a los demás", nos sintamos seguros de no tener problema alguno con gravámenes sobre la propiedad, que no haya otra persona que reclame derecho alguno sobre mi propiedad, es decir poseer tranquilidad, para poder tener el incentivo de asignarle un uso más valioso del que ha venido teniendo. Y para ello sirve la transferibilidad, para gozar de los atributos de la propiedad, podamos disponer, podamos disfrutar, usar el capital que es el

bien inmueble, hipotecarlo, usarlo como garantía para un préstamo, para desarrollar el mercado de créditos, para desarrollar el mercado inmobiliario, en última instancia. Una transferencia de propiedad que no se publicite a terceros, no crea un derecho real que sea oponible a los demás, ni permite asignarle a los bienes un uso más eficiente a través de los mecanismos del mercado⁴⁴.

b. La inutilidad de la distinción entre bienes muebles e inmuebles. La alternativa de la reforma: Registrados vs. No registrados. La necesidad de contar con un Registro constitutivo de derechos:

Hemos señalado, citando a Pizarro, que el problema parte de la clasificación de los bienes en el Código. La cuestión de clasificarlos en muebles e inmuebles, como clasificación principal en nuestro Código, ha sido el detonante de muchos problemas y verdaderas incongruencias. Esta "clasificación" aparte de crear innecesarias como risibles ficciones legales, generaba problemas tanto para la constitución de garantías reales, así como problemas en la transferencia de la propiedad de los bienes, al no existir un mecanismo que otorgue seguridad a la transferencia de los mismos. El sistema de transferencia de propiedad de bienes inmuebles por el solo consenso, no establece como requisito necesario ningún signo de reconocibilidad. De esta forma la transferencia se hace en forma clandestina, es decir, sin publicidad a los terceros, hecho que además de crear las incongruencias denunciadas, no otorga una oponibilidad absoluta al adquirente del "derecho" transferido, ya que, este "derecho de propiedad" al constituirse de la misma forma que los derechos personales, goza sólo de una oponibilidad interpartes⁴⁵. Con respecto a la clasificación de los bienes, Pizarro⁴⁶, nos muestra dos claros ejemplos: un auto y una joya, ambos son considerados como muebles según el Código Civil; sin embargo, ¿desde cuándo soy propietario de la joya?, obviamente desde la entrega de la misma, pero; ¿del auto?, yo puedo celebrar un contrato de compra-venta o de permuta, pero si no me lo entregan, en ese lapso pueden venderlo a otro que lo inscribirá en el registro y vencerá mi derecho. Como apreciamos, siguiendo la clasificación del Código, la transferencia de propiedad de ambos bienes deberá ser la misma, sin

⁴⁴ MOSQUERA MEDINA, Edgardo: "¿Es la propiedad una ilusión? De cómo las leyes han sido incapaces de crear un sistema de derechos de propiedad". En: *IUS ET VERITAS* Nº 16. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998. pp. 102 - 113.

⁴⁵ CANTUARIAS SALAZAR, Luis Felipe: "Análisis Económico de la Compra-Venta de inmuebles con reserva de propiedad". En: PIZARRO ARAYOUCHE, Luis (Coordinador): "El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales." Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. p. 93.

⁴⁶ PIZARRO ARAYOUCHE, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984". En: PIZARRO ARAYOUCHE, Luis (Coordinador): *Op. Cit.* pp. 219 - 220.

embargo, los efectos que podrían surgir de estas circunstancias serían que el auto tiene un elemento más importante en su registrabilidad, ya que sería imposible pensar en un registro de joyas, pues su identificabilidad sería muy onerosa, siendo todo lo contrario en el caso de los autos. La clasificación de bienes en inmuebles y muebles es entonces, inadecuada, pues el criterio de movilidad resulta superfluo al conjunto de relaciones jurídicas que interactúan en las sociedades modernas⁴⁷. En las sociedades modernas hay bienes "muebles" que han adquirido un valor económico considerable (marcas, acciones, maquinaria, equipos, etc.); por ello, tomando en cuenta que la estructura de las relaciones jurídicas se basa en los mecanismos de publicidad de los derechos, siendo el más importante de ellos, el sistema de inscripciones registrales; el criterio fundamental de clasificación de bienes debe ser la registrabilidad⁴⁸. Es hora de tomar partido por la opción del registro como mecanismo de publicidad que permite el conocimiento objetivo a los individuos de las relaciones jurídicas. El registro es el instrumento de publicidad más perfecto, pues permite una certeza completa del contenido de la relación jurídica inscrita⁴⁹. En el actual proceso de reformas al Código civil, se ha escuchado felizmente la voz de quienes propugnaban el criterio de la registrabilidad en la clasificación de los bienes. Ahora estos se clasificarán en registrados y no registrados. Los registrados serían los bienes incorporados a algún registro de carácter jurídico, por su fácil identificación e individualización y por los beneficios colectivos de reducción de costos de transacción; mientras que los no registrados serían aquellos bienes que no se encuentran incorporados a algún registro, pudiendo ser registrables y no registrables. Serán considerados como registrables aquellos bienes susceptibles de ser incorporados a un registro existente por contar con elementos que permiten su individualización⁵⁰. Así esta nueva clasificación de bie-

nes acorde a nuestros tiempos y que responde a las necesidades del tráfico comercial moderno, es una forma de reconocimiento de la trascendencia del hecho de que los bienes deben encontrarse inscritos, en la medida que las relaciones jurídicas de disposición o gravamen que se realicen sobre ellos quedarán perfectamente publicitadas, resultando oponibles a terceros los derechos que sobre ellos se deriven.⁵¹ Luego, el problema que nos atañe en estas líneas, cual es el nocivo efecto derivado del sistema de la transferencia de la propiedad inmueble por el solo consenso, quedará solucionado en el proyecto de reformas al Código el mismo que establece que la constitución, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados se produce con la inscripción en el registro respectivo. Y con respecto a los bienes no registrados, la constitución de derechos reales se produce con la tradición. Tratándose de los bienes registrados, entonces, será el registro el que definirá las cosas, pues la inscripción registral tendrá carácter constitutivo. Antes del registro no habrá derechos definidos⁵². Ya no habrá derrotas del "derecho de propiedad" ante la prescripción "contra tabulas", ni odiosos sucesos de concurrencia de acreedores, el registro primará sobre las presunciones legales de posesión, e informará a las personas sobre la constitución de derechos sobre el bien registrado, habrá mayor seguridad y riesgos mínimos en el mercado inmobiliario, habrá un impulso en el mercado de créditos gracias al sistema de garantías reales que contará con una constitución y publicidad adecuadas, habrá una mayor capacidad de disposición sobre los bienes, en líneas generales el mercado inmobiliario y la capacidad de disposición, así como los beneficios que brinda el menor riesgo en la inversión, nos acercarán a una situación de eficiencia cercana a un óptimo paretiano⁵³, cual es el de la eficiencia económica. Vivimos en un país donde los recursos son escasos, y el Derecho debe constituir arma

⁴⁷ PIZARRO ARANGUREN, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984". En: PIZARRO ARANGUREN, Luis (Coordinador): Op. Cit. p. 222.

⁴⁸ PIZARRO ARANGUREN, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984". En: PIZARRO ARANGUREN, Luis (Coordinador): Op. Cit. p. 223.

⁴⁹ PIZARRO ARANGUREN, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984". En: PIZARRO ARANGUREN, Luis (Coordinador): Op. Cit. p. 213.

⁵⁰ CÁRDENAS QUERÓ, Carlos: "Los Registros Públicos y la Reforma del Código Civil" En: Op. Cit. p. 109.

⁵¹ CÁRDENAS QUERÓ, Carlos: "Los Registros Públicos y la Reforma del Código Civil" En: Ibid. p. 109.

⁵² CÁRDENAS QUERÓ, Carlos: "Los Registros Públicos y la Reforma del Código Civil" En: Op. Cit. p. 110.

⁵³ Sobre el denominado Óptimo de Pareto recomendamos consultar: ORR, Claus y SCHWEN, Hans-Bernd: "Manual de Análisis Económico del Derecho Civil". Traducción de Macarena Von Carstenn - Lichtenfeld. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1991, pp. 39-45; TORRES LÓPEZ, Juan: "Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal" Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1987 pp. 30-

fundamental en la reducción de los costos de transacción, y estimular la eficiencia antes que el desperdicio. Un adecuado sistema registral, la clasificación de bienes en registrados y no registrados, la publicidad del registro como instrumento de eficacia constitutiva de derechos sobre los bienes registrados, y como resultado de ello la oponibilidad a los terceros de los derechos que adquiramos, son los elementos fundamentales que impulsarán a las personas a realizar transacciones comerciales, impulsando el mercado, contando con plena seguridad de la certeza que se han celebrado operaciones eficientes y que su disposición patrimonial queda asegurada al contar con un mecanismo de certeza indestructible; para así finalmente se concluya con los beneficios para la colectividad, impulsando la inversión y el ahorro, mediante la facultad de disposición verdadera y segura sobre los bienes.

Concluyendo sobre el tema, es necesario resaltar que el proceso de la mejora de los registros es un proceso largo y de mucho trabajo, que demorará años, así como el de la elaboración de un catastro nacional de predios urbanos y rurales. Podría ser que los detractores de la clasificación en bienes registrados y no registrados, denuncien que los registros no están en todo el país, que no hay un catastro nacional, que no se han actualizado los registros de las propiedades urbanas, y "n" razones producto del descuido del Estado en preparar una infraestructura registral adecuada. Pero esta situación ha cambiado, los Registros Públicos ahora son una institución confiable, con personal e infraestructura aptas para cumplir con las funciones que se esperan de la institución del registro. La realidad no es de las mejores, y hasta se puede señalar que el sentimiento extendido de los ciudadanos de nuestra sociedad expresa poco interés en darle oponibilidad registral a sus relaciones jurídicas, en razón de las características propias de su comportamiento económico. Sin embargo, los tiempos están cambiando, el ciudadano común y corriente ya no confía en el mero azar al momento de invertir su dinero en la compra de un predio. Ahora se valora mucho la seguridad

y la certeza en la información. Por ello, como señala Pizarro⁵⁴, la formulación de las normas no debe limitarse a leer la realidad y trasladarla, contaminada con todas sus patologías, al texto del Código, pues de esta manera estaríamos renunciando al progreso. Finalmente, por cierto, la labor del legislador debe partir, de comprender la realidad, pero para elaborar un modelo ideal de sociedad, normando de tal suerte que, los sujetos puedan experimentar una de dos sensaciones: estímulo, para desarrollar y perfeccionar aquellas situaciones que antes de promulgarse ya venían realizando, pues favorecen al modelo; o bien desincentivación, para dejar de tomar decisiones que contraríen las premisas fundamentales del modelo. Esperamos entonces que el legislador no dé un paso atrás en la reforma del Código Civil, y modifique el nefasto sistema de transferencia solo consenso que establece el 949, adoptando la base del Registro, como elemento que garantice la seguridad jurídica e incentive la inversión, a través de tan perfecto como eficaz mecanismo de publicidad e información; así como incentivando a adoptar una cultura registral, dada la magnitud de la inversión que se realiza en la adquisición de bienes "inmuebles".

IV. REFLEXIÓN FINAL: ¿REFORMA ESTRUCTURAL O SIMPLE "MAQUILLAJE" NORMATIVO?

Actualmente nuestro Código Civil se encuentra en un proceso de reforma. La gran mayoría de nuestros más connotados juristas se hallan abocados a la labor de efectuar reformas y más que nada remozamiento al Código. Y esto simplemente no es una reforma, tan sólo un simple "maquillaje" de las normas, coordinar algunas incoherencias entre los libros, y seguir conservando su estructura. Simple y llanamente, no podemos hablar de una reforma estructural del Código. Y en estos momentos de cambios profundos y estructurales en la economía, ello es imprescindible, como bien señala Bullard, "Para nuestra mala suerte el Código de 1984 entró en vigencia en los inicios de esta época de cambios radicales, interesantes, e incluso, devastadores respecto al orden imperante. Cuando el Código Civil entró en vigencia era la más li-

54: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: "Me quiere, no me quiere. Deshojando margaritas ideológicas en torno a la protección al consumidor" En: IUS ET VERITAS, Nº 14. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. Pp. 111 - 113; CALLESINI, Guido: "El sin sentido de Pareto: llevando a Cesare más lejos" en IUS ET VERITAS, Nº 14. Op. Cit. pp. 66-68; Pastors, Santos: "Una Introducción al Análisis Económico del Derecho" Publicado originalmente en Hacienda Pública Española Nº 89. Madrid, 1984. Lo recogemos en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: Análisis Económico del Derecho. Materiales de Enseñanza. Tomo I. Universidad de Lima. Maestría en Derecho Empresarial. DUCYDA. Departamento de Publicación de Material de Lectura. pp. 45-47.

54 PIZARRO ANASTASIOU, Luis: "Un Estudio Preliminar sobre la modificación integral del Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984". En: Op. Cit. pp. 226-227

beral de las normas del ordenamiento, era el paradigma de la libertad y de la autonomía privada. Sin embargo, sólo diez años después, luego de las reformas legislativas adoptadas, el Código se convierte en quizá la menos liberal de las normas, y quedan enquistadas en su articulado concepciones anacrónicas.⁵⁵

Como bien dice Ghersi, "el Derecho no se crea, se descubre", y el Código Civil de 1984, con sus aportes doctrinarios se ha quedado rezagado frente al denominado "fin de la historia". Simplemente los principios y la sociedad que inspiraron su dación, no son los mismos. La sociedad peruana y la mundial han evolucionado en la última década más que en las tres últimas. En 1984 se hallaban en su apogeo los principios del intervencionismo estatal y la ideología socializante de la época. El Código respondió a su época. Pero la sociedad peruana ha evolucionado. Otros paradigmas nos rigen, y el Código con sus raíces intervencionistas y dirigistas ha quedado impávido frente a los avances tecnológicos y económicos. Han aparecido nuevas formas de transacciones e intercambios comerciales, gracias a la globalización. El Código no responde ya al modelo de sociedad peruana que se aspira obtener. Ha quedado desfasado. La opción por el cambio total ha llegado. El Derecho por ello debe descubrir la

realidad social, nutrirse de ella, y lograr concretar normas que permitan el progreso, no que lo traben. No es cuestión de "coherencia doctrinaria" ni de elaborar sofisticadas teorías adaptadas de otros países. El Derecho por tanto, no puede ser creado deliberadamente, como hasta ahora ha sucedido en nuestra codificación civil. Hay que "descubrir" el Derecho, hay que hurgar en la realidad de la sociedad, en sus necesidades, sus requerimientos, en los nuevos ideales de progreso, y en los nuevos cambios tecnológicos. Las nuevas relaciones de control social que se desarrollen deben llevar la impregnación de los nuevos tiempos, debemos construir como dice Bullard un "Código del fin de la Historia", mirando hacia nuestra propia sociedad y tratando de otear nuevos horizontes hacia el comienzo de una nueva historia para el país, es decir, descubriendo lo que la propia sociedad le pide al Derecho. Debemos tener en claro el hombre hace la norma y no las normas hacen al hombre, no debemos abstraernos de la realidad y hacer del Derecho una teoría desligada de la misma. Sólo cuando miremos hacia nosotros mismos, y construyamos un Derecho que responda a lo que pida y requiera la colectividad, entonces podremos sostener que el peruano es un Derecho legítimo, justo y eficiente.

⁵⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: "El Código del Fin de la Historia". En: Estudios de Análisis Económico del Derecho. ARA Editores. Lima, 1996. p. 324. Vid. Además del mismo autor: "Código Civil, Reforma e Inversión" En: Op. Cit. pp. 327-331.