

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral

**PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 882 DEL
CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DE LO PROPUESTO POR EL
ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL**

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Registral

AUTOR

Yuli Katherin Espinoza Alvarado

ASESOR

Jorge Gonzáles Loli

CÓDIGO DE ALUMNO

20094060

2019

RESUMEN

El análisis del artículo 882 del Código Civil, a nivel registral tiene una errónea interpretación, a toda vez que a partir de los los Precedentes de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno XCIV, precisado posteriormente en el Pleno XCIX, se terminó zanjando el tema señalando que no se inscriban ningún tipo de pacto convencional de prohibición o restricción en las facultades de disposición o gravamen de la propiedad.

De la revisión normativa en la legislación comparada, se analiza que hay una decantación por flexibilizar la prohibición absoluta de pactos prohibitivos de disposición de la propiedad. Si bien la regla general es la libre circulación de los bienes y por ello se admite excepcionalmente los pactos prohibitivos de disposición de la propiedad, en su mayoría en actos a título gratuito, por cuanto se fundamenta que van a ser válidos cuando ostenten un interés legítimo y serio.

La conclusión general del trabajo es la propuesta de modificación legislativa del artículo 882 del Código Civil, debido a que la reforma del mencionado artículo no puede estar enfocado únicamente en las restricciones temporales para establecer la prohibición de disposición de la propiedad, toda vez que cabe un tratamiento diferenciado como lo plantea la legislación comparada, tanto en los casos a título gratuito como actos a título oneroso.

ÍNDICE

I.	Marco normativo de las restricciones legales y convencionales a la transferencia o gravamen de propiedad.....	4
II.	¿La distinción entre pactos prohibitivos disposición y pactos de naturaleza obligacional, respecto a la transferencia o gravamen de predios?.....	8
	II.1. Pactos prohibitivos de disposición en las facultades de enajenar o gravar el predio.....	8
	II.2. Pactos de naturaleza obligacional de no hacer.....	9
III.	Legislación Comparada.....	11
	III.1. España.....	11
	III.2. Francia.....	12
	III.3. Alemania.....	13
	III.4. Italia.....	13
	En Latinoamerica:	14
	IV.1. Argentina.....	14
	IV.2. Bolivia.....	15
IV.	Análisis de la propuesta normativa del Artículo 882 del anteproyecto de reforma al Código Civil.....	16
V.	Análisis del artículo 882 propuesto por el anteproyecto de reforma al Código Civil.....	16
VI.	¿En que casos las restricciones convencionales a la transferencia o gravamen de la propiedad son sustentables?.....	20
	VI.1. Actos a título gratuito.....	20
	VI.2. Actos a título oneroso.....	21
VII.	¿La ley y reglamento de la hipoteca inversa permiten la prohibición de disponer o gravar?.....	24
VIII.	Propuesta normativa	25
IX.	Conclusiones.....	27
	BIBLIOGRAFÍA.....	28

I. MARCO NORMATIVO DE PROHIBICIONES Y RESTRICCIONES A LA TRANSFERENCIA O GRAVAMEN DE PREDIOS¹

A raíz de la primacía de la circulación de los bienes en el tráfico jurídico, el tenor del artículo del artículo 882° del Código Civil establece que *“No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”*; Sin embargo, a nivel registral hubo muchas resoluciones contradictorias, pues no había una posición unánime respecto a la interpretación del artículo 882° de Código Civil referido a ¿cuál era la distinción entre los pactos prohibitivos de disposición y los pactos de naturaleza obligacional?, toda vez que terminaban señalando que los pactos que restringían o limitaban el poder de disposición en realidad eran pactos de naturaleza obligacional que no tienen vocación de ser inscribibles en el registro de propiedad inmueble de conformidad al artículo 2019° del Código Civil. En virtud de lo antes mencionado, se promulgó los Precedentes de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno XCIV, precisado posteriormente en el Pleno XCIX.

A partir del **Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno XCIV**, publicado el 24 de agosto de 2012, se establece que:

“Las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender los atributos de enajenación o gravamen del bien, salvo que la Ley lo permita, conforme con lo previsto por el artículo 882 del Código Civil, pues existe un interés superior de que los bienes circulen libremente en el mercado”². [Énfasis agregado].

Posteriormente en el **Pleno XCIX**, publicado del 01 de diciembre de 2012. El texto del Precedente de Observancia Obligatoria fue precisado de la siguiente manera:

“Las restricciones convencionales de la propiedad establecidas por pacto no pueden comprender - de manera absoluta, relativa ni temporal - , los atributos de enajenación o gravamen del bien, salvo que la Ley lo permita, conforme con lo previsto por el artículo 882 del Código Civil, pues existe un interés superior de que los bienes circulen libremente en el mercado.”³ [Énfasis agregado]

¹ El marco normativo del presente artículo se ha adaptado del Informe Jurídico RESOLUCIÓN N° 086-2009-SUNARP-TR-A (Documento inédito de mi autoría), presentado para el curso de Seminario de Trabajo Académico 1 del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral- PÚCP.

² ACTA DEL XCIV PLENO REGISTRAL. Sesión ordinaria presencial realizada el 10 de agosto de 2012. Publicado en el diario oficial el “Peruano” el 24 de agosto de 2012. Criterio adoptado en la Resolución N° 207-2004-SUNARP-TR-T del 25/11/2004.

³ ACTA DEL XCIX PLENO REGISTRAL. Sesión extraordinaria modalidad presencial realizada los días 15 y 16 de noviembre de 2012. Publicado en el diario oficial el “Peruano” el 01 de diciembre de 2012. Criterio adoptado en las Resoluciones N° 019-2008-SUNARP-TR-A del 18/01/2008 y N° 086-2009-SUNARP-TR-A del 06/03/2009.

Con estos precedentes se terminó señalando que “teniendo en cuenta la protección al principio general de libertad de enajenación, podemos concluir que el artículo 882° del Código Civil no permite el establecimiento de ningún tipo de restricción, **sea esta absoluta o relativa**, a la facultades de enajenar o gravar **salvo que la ley lo permita**”⁴ (ACTA 2012: 31)[Énfasis agregado]. De lo antes señalado, da la apariencia que el Precedente de Observancia Obligatoria ha sido dictado para facilitarse la vida en el registro y todo aquello que hubiese significado en el momento de la calificación discernir sobre si ese pacto se puede o no inscribir, se terminó zanjando el tema señalando que no se inscriban ningún tipo de pacto convencional de prohibición en la facultad de disposición o gravamen de la propiedad.

En esa línea de análisis, es transcendental ubicarnos en el marco normativo de las restricciones a la transferencia o gravamen de los predios. Puesto que es fundamental distinguir el origen de las restricciones a la transferencia o gravamen de la propiedad, las mismas que pueden tener su origen en: la constitución, prohibiciones legales, restricciones convencionales referidas al uso y disfrute de la propiedad, y las restricciones convencionales de la propiedad que proscriben el artículo 882 de nuestro Código Civil.

Entre las disposiciones previstas en la Constitución Política del Perú, de restricciones a la propiedad destacan los siguientes:

- Artículo 71°:

“(...) los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido (...)” (Constitución Política del Perú 2009: 42).

Es decir, se prohíbe la enajenación del predio a los extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras. Asimismo, la Constitución precisa que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles; es decir, dentro de los bienes de dominio público tenemos a los bienes afectos al servicio público y los bienes destinados al uso público y de acuerdo a la Constitución son solo los bienes de uso público que están dentro del tráfico jurídico de los bienes.

⁴ Revisado en el Acta del XCIX Pleno Registral de fecha 15 y 16 de noviembre de 2012.

-El artículo 73°:

“Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico” (Constitución Política del Perú 2009: 43).

Asimismo, como se observa la carta magna señala que la propiedad de las tierras comunales de las comunidades campesinas son imprescriptibles.

-El artículo 89°:

“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

*Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es **imprescriptible**, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior (Constitución Política del Perú 2009: 43). [Énfasis agregado]*

Por otro lado, dentro de las restricciones al derecho de propiedad que son reguladas en nuestro Código Civil de 1984, tenemos las restricciones de origen legal estipuladas en el artículo 925° del Código Civil; y las restricciones convencionales, referidas al uso y disfrute de la propiedad, previstas en el artículo 926° del mismo cuerpo normativo.

Las restricciones legales estipuladas en el artículo 925° del Código Civil, tienen el siguiente tenor normativo:

“Artículo 925.- Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico”.

Cabe precisar, que las restricciones legales se explican en razón al interés público; así como, en razón de su interés privado. Asimismo, dentro de los **límites legales por interés público** tenemos a: la expropiación, las servidumbres administrativas, bienes de Patrimonio Cultural de la Nación y las normas por razones de urbanismo tales como la zonificación, el fraccionamiento y la habilitación urbana; y en los **límites legales por interés privado** están: las limitaciones por razones de vecindad reguladas en los artículos 959° al 964° del código civil.

Las restricciones convencionales referidas al uso y disfrute de la propiedad, están reguladas en el artículo 926° del Código Civil, que señala lo siguiente:

“Artículo 926.- Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo”.

Los pactos prohibitivos convencionales de la propiedad no solo limitan al poder de

disposición del bien, sino también se encuentran aquellas referidas al uso y disfrute de la propiedad, las cuales no se ven afectadas por lo establecido en el art. 882°, pero sí están contempladas en el art. 926° del referido cuerpo normativo. Cabe resaltar que las restricciones convencionales referidas al uso y disfrute constituyen derechos reales a favor de terceros, llamados también en doctrina derechos reales limitados.

Al respecto, se establece que las restricciones convencionales al derecho de propiedad buscan:

“Proteger el derecho de terceros respecto a las restricciones que emanan de la voluntad de las partes y que no están impuestas por la ley por causa de necesidad pública y utilidad pública o de interés social (...) Siendo esto así y en protección de derecho de los terceros, el artículo 926 exige que se realice su inscripción en el Registro respectivo, pudiendo ser el que corresponde a la propiedad inmueble y mueble” (GONZALES 2005:567).

En cuanto a las restricciones convencionales de disposición en la facultad de enajenar o gravar del predio, podemos distinguir claramente dos supuestos:

1. **“Pactos prohibitivos de disposición de la propiedad:** Están dentro de lo estipulado por el artículo 882°.
2. **Pactos de naturaleza obligacional de no hacer:** no generan derechos reales a favor de terceros”. (DEL RISCO 2011; 130-131)

Sin embargo, a nivel registral no hay una distinción clara entre los pactos prohibitivos de disposición de la propiedad y los pactos de naturaleza obligacional respecto de las facultades de enajenación o gravamen del predio; toda vez que el artículo 882° del Código Civil, está siendo extensivamente utilizado por el Tribunal Registral, mediante los Precedentes de Observancia Obligatoria aprobado en el Pleno XCIV, precisado posteriormente en el Pleno XCIX, prohibiendo que se pueda limitar el poder de disposición de la propiedad sin mayor justificación ni admisión de restricciones convencionales del poder de disposición. Paradójicamente, está limitando los mismos derechos que; por otro lado, confiere el artículo 926° del Código Civil el cual regula las restricciones convencionales de la propiedad referidas al uso y disfrute.

II. ¿LA DISTINCIÓN ENTRE PACTOS PROHIBITIVOS DISPOSICIÓN Y PACTOS DE NATURALEZA OBLIGACIONAL, RESPECTO A LA TRANSFERENCIA O GRAVAMEN DE PREDIOS?

Los pactos que restringen la facultad en la enajenación a gravamen del predio tienen efectos reales y los pactos de naturaleza obligacional tienen efectos personales. En ese sentido, debe quedar claro que los pactos prohibitivos de disposición en la transferencia o facultad de gravar tienen efectos reales respecto de la propiedad; a diferencia de los pactos prohibitivos de naturaleza obligacional de no hacer, como por ejemplo: requerir el consentimiento de determinada persona para vender el predio que es un pacto prohibitivo obligacional de no hacer que solo tienen efectos obligacionales entre las partes.

La diferencia sustancial entre ambas radica en lo siguiente:

“En **la obligación contraída** de no realizar la enajenación o gravamen, se tiene plenas facultades de disponer de la cosa, aunque habiéndose obligado a no hacerlo, si lo hace, responderá por incumplimiento de la obligación; a diferencia de **la prohibición de disponer**, se tiene el derecho de enajenarlo o gravarlo, pero no se puede ejercer el poder de disposición por que la prohibición priva la facultad de hacerlo (...)” (ALBALADEJO 1982: 184) [Énfasis agregado]

II.1 PACTOS PROHIBITIVOS DE DISPOSICIÓN EN LAS FACULTADES DE ENAJENAR O GRAVAR EL PREDIO

En nuestro ordenamiento jurídico tanto en el Código de 1936 y el de 1984 están prohibidas las cláusulas de inalienabilidad, su proscripción tiene como fundamento la circulación de los bienes y la comisión de abusos. En contraposición a lo establecido en la doctrina no hay una posición unánime respecto al tema, toda vez que ha calificado el establecer contractualmente la prohibición del poder de disposición de la propiedad, estipulado en el artículo 882º, como excesivamente rigurosa.

La Vocal Marta Silva Díaz en el voto singular que emite en la Resolución N° 557-2003-SUNARP-TR-L, citando al jurista Peña Bernaldo de Quirós, realiza una distinción entre lo que son la prohibición absoluta, en sentido lato y las limitaciones o restricciones, en

sentido estricto. Se aprecia que en ambos supuestos, sea la prohibición absoluta o relativa, se encuentran comprendidos dentro del término prohibición ⁵.

Es claro que en nuestro Código en el 882º, se prohíben los pactos que establecen contractualmente la prohibición del poder de disposición, en sentido lato, también llamadas en la doctrina “cláusulas de inalienabilidad”, por cuanto desnaturalizaría la figura de la propiedad. Sin embargo, existe una posición en la doctrina que es de la posición “que se establezcan límites que implicaría generar una suerte de inmovilismo jurídico sacrificando la circulación de los bienes en el mercado. Y si estos pactos se generalizan pueden resucitar las llamadas propiedades vinculadas (...)” (BULLARD 2010: 19).

Sin embargo, es evidente que prohibir la facultad de disponer, entendiendo a la disposición como categoría genérica en la que están subsumidos los poderes de enajenar y gravar, tiene un costo para el propietario. En efecto, “(...) para que el propietario acepte la contraparte tendrá que pagarle o compensarle por un valor superior al costo que le significa su renuncia a dicho propietario, en ese sentido la compra de la "renuncia" solo operará si el beneficio es mayor al costo, es decir si genera un resultado eficiente” (BULLARD 2010: 21) y si estamos en el caso que es beneficioso para ambas partes ¿Por qué prohibir el poder de disposición del propietario?

En esa línea, cabe advertir que el artículo 882 º hace referencia a la salvedad que está determinada por la ley, así pues la intención del legislador no era de estipular una proscripción absoluta al poder de disposición de enajenar o gravar siempre que estén previstas por ley.

II.2 PACTOS DE NATURALEZA OBLIGACIONAL DE NO HACER

Es pertinente, desarrollar la definición de obligación para entender su naturaleza. Por ello, en líneas generales se define a la obligación como “ (...) vínculo jurídico que liga a dos (o más) personas, en virtud del cual una de ellas (deudor) queda sujeta a realizar una prestación (un cierto comportamiento) a favor de la otra (acreedor), para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección; y a éste (acreedor) le compete un

⁵ Resolución Nº 557-2003-SUNARP-TR-L.

correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación” (ALBALADEJO 1984: 9). Cabe resaltar, que hay una variedad de criterios para clasificar las obligaciones; una de ellas es por la razón de su prestación. En la que las obligaciones pueden ser de dar; de hacer y de no hacer.

En cuanto a los pactos de naturaleza obligacional que impliquen obligaciones de no hacer, estos tienen efectos solo entre las partes pues existe una reglamentación de la conducta de las partes. Es decir, los efectos de lo pactado inter partes en el contrato, que son los derechos y obligaciones emanadas del mismo, solo pertenecen a las partes pudiendo exigir las mismas su cumplimiento⁶. Es claro entonces que los pactos prohibitivos de naturaleza obligacional son actos que no tienen vocación inscribible puesto que el vínculo obligatorio no alcanza a terceros que no pueden exigir el cumplimiento de la obligación ni están sujetos a cumplirla.

En esa línea de análisis, los actos que ingresan al registro son aquellos que tienen vocación de oponibilidad, una de las principales finalidades del registro, ya que da a conocer a terceros y facilita a estos el conocimiento de los actos y contratos inscritos

Es pertinente aclarar que en el artículo 2019° Código Civil, se ha señalado los actos inscribibles en el Registro de Propiedad Inmueble, contemplando excepcionalmente al contrato de opción⁷ que es susceptible de inscripción, a pesar que tiene su origen en una obligación de hacer. Sin embargo, el compromiso de contratar⁸ no es un acto inscribible puesto que, su contenido es netamente obligacional, ya que genera obligaciones a cargo de ambas partes para la celebración de un contrato futuro.

⁶ Resolución N° 1261-2009-SUNARP-TR-L.

⁷ **Artículo 1422°.- El contrato de opción** debe contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo [el destacado es nuestro].

⁸ **Artículo 1415°.- El compromiso de contratar** debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo [el destacado es nuestro].

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

El jurista y profesor italiano Rodolfo Sacco, en una entrevista realizada por Rodrigo Míguez Núñez, realizó una interesante reflexión del derecho comparado señalando lo siguiente:

“Quién conoce una ciencia, estudia los fenómenos que le atañen sin limitarse por las fronteras del Estado [...] **Quien estudia quiere conocer todos los datos, no sólo los datos nacionales.** El mundo se encuentra cada día más conectado y las mutaciones son siempre más frecuentes [...] Otras veces puede ocurrir que nuestro país quiera imitar un instituto presente en el extranjero; una nación sobresale si conoce los modelos extranjeros, si reflexiona sobre su valor y si sabe apropiarse de las creaciones del vecino” (MÍGUEZ 2011:202).

Por su parte, el profesor Leysser León, tiene también la óptica del derecho comparado “como herramienta para la buena comprensión, modificación y mejora [...] debido a que es fundamental para el cabal conocimiento, y mejora, del propio derecho nacional” (LEÓN 2003: 16). En esa línea, es trascendental analizar cual es el tratamiento normativo de la legislación comparada, a fin de hacer un mejor estudio de análisis respecto de la inscripción de prohibiciones y restricciones a la transferencia o gravamen del predio.

III.1 LEGISLACIÓN COMPARADA COMO FUENTE DE SISTEMAS JURÍDICOS

➤ ESPAÑA

En España, el Código Civil Español no ha regulado las prohibiciones o restricciones convencionales de la disposición del predio. Sin embargo, en la LEY HIPOTECARIA de 1946, si se prevé la inscripción de las prohibiciones convencionales de disposición o enajenación del predio en el Registro de la Propiedad, pero cabe advertir que solo en actos a título gratuito.

“LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA

Artículo 26.- *Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:*

Primera. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio. Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.

Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.” (LEY HIPOTECARIA 1946:14). [Énfasis agregado]

En esa línea de análisis, en el sistema jurídico español las restricciones convencionales en la facultad de disposición de enajenar o gravar de la propiedad, son una excepción a la regla; toda vez que tendrán acceso al registro. Asimismo, también es importante advertir que la Ley Hipotecaria Española contempla las prohibiciones de enajenar o gravar en los casos a título gratuito y serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.

➤ FRANCIA

Al igual que el sistema jurídico Español, el sistema Francés se acoge al principio de libre circulación de los bienes como regla general. En esa línea, se estipula prohibiciones convencionales de disposición del bien en el Código Civil Francés, cuyo texto es el siguiente:

*“CÓDIGO CIVIL FRANCÉS
Artículo 900-1*

Las prohibiciones de disponer que afecten a un bien donado o legado sólo serán válidas si son temporales y están justificadas por un interés serio y legítimo. Aun en este caso, el donatario o el legatario podrá ser autorizado judicialmente a disponer del bien si el interés que había justificado la prohibición ha desaparecido o si resulta que lo exige un interés más importante.

Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las liberalidades realizadas a personas jurídicas o a personas físicas encargadas de constituir personas jurídicas” (CÓDIGO CIVIL FRANCÉS 2006: 146). [Énfasis agregado]

Continuando con el análisis del artículo del cuerpo normativo citado, se aprecia que el sistema jurídico Francés al igual que en España, admite establecer contractualmente la prohibición de disponer en casos a título gratuito como la donación o el legado; y, sólo serán válidas si son temporales y están justificadas por un interés serio y legítimo tal como lo establece la citada norma. En tal sentido, están justificados por un interés serio y legítimo y con la temporalidad se deja de lado la posibilidad de perpetuidad.

➤ ALEMANIA

Cabe resaltar que en el BGB, no están reguladas las prohibiciones o restricciones convencionales de disposición en la enajenación del predio; Sin embargo, sí se estipulan los pactos obligacionales de no hacer, en el parágrafo 137, tal como se detalla a continuación:

*“CÓDIGO CIVIL ALEMÁN
Parágrafo 137.-*

*La facultad de disponer de un derecho enajenable no puede quitarse ni restringirse por un acto jurídico. La validez de una **obligación de no disponer** de tal derecho no está afectada por esta disposición” (CÓDIGO CIVIL ALEMÁN 1998:85). [Énfasis agregado]*

Bajo este marco normativo, los pactos de naturaleza obligacional de no hacer ligacionales entre las partes. Del mismo modo el BGB contempla una especie de indemnización por el incumplimiento de la obligación de no hacer. En esa misma línea, en la legislación alemana se cita ejemplos de pactos de naturaleza obligacional de no hacer que no tienen eficacia real como “el acuerdo entre copropietarios de no enajenar sus cuotas (...)” (Von Tuhr 2005:336).

De conformidad con su normativa, si bien el Código Civil Alemán, no prevé en su ordenamiento pactos prohibitivos de disposición del predio; Sí regula excepcionalmente los pactos de naturaleza obligacional de no hacer que vale decir que no tienen efectos reales, sino meramente obligacionales.

➤ ITALIA

El sistema Italiano al igual que el Alemán, regula la prohibición de enajenar pero como una prohibición de naturaleza obligacional que va a tener efectos solamente entre las partes, tal como se puede apreciar en el siguiente artículo:

*“CÓDIGO CIVIL ITALIANO
Artículo 1379.-*

La prohibición de enajenar establecida por contrato tiene efecto solamente entre las partes y no es válida si no estuviese contenida dentro de convenientes límites de tiempo y si no respondiese a un interés apreciable de una de las partes (CÓDIGO CIVIL ITALIANO 1971:280) [El resaltado es mío].

Estos pactos obligacionales de no hacer, tal como lo señala el BGB solo tienen efecto entre las partes, más no ante terceros. En este escenario, llama la atención que; no obstante, de tener efecto solamente entre las partes, el legislador italiano sí prevé requisitos de validez para su configuración como son los límites de tiempo y que responda a un interés apreciable de una de las partes tal como lo prevé la norma citada.

DERECHO COMPARADO EN LATINOAMERICA

La legislación comparada en Argentina y Bolivia tiene mayor apertura aún con respecto a las prohibiciones convencionales de disposición de la propiedad, puesto que aceptan este tipo de prohibiciones tanto en actos de liberalidad, como también en actos a título oneroso.

➤ ARGENTINA

El Código Civil Argentino de Velez Sarfield, regulaba en su artículo 1364 “Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna; **mas no a una persona determinada**” (Código Civil de Argentina 1993: 385) [El resaltado es mío]. Sin embargo, a pesar de ser derogado por el NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL mantiene su esencia; toda vez, que regula los pactos prohibitivos de disposición siempre que este destinado a una persona determinada. Podemos, apreciar que en la legislación argentina se permite que los contratantes restrinjan su autonomía para limitar sus facultades de disposición siempre que no se vulnere el régimen económico. Cabe señalar que “solo restringe la inalienabilidad a una persona señalada, en donde existe un interés legítimo en que la cosa que se vende no se le entregue a otra persona” (REZZONICO 1967: 34).

De este modo, en la vigente legislación Argentina señala lo siguiente:

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Artículo 1972:

“En los **actos a título oneroso** es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. **Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.** En los **actos a título gratuito** todas las cláusulas señaladas en el primer párrafo son válidas si su **plazo no excede de diez años.** Si la convención no fija plazo, o

establece un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo. Es renovable de manera expresa por un lapso que no exceda de diez años contados desde que se estableció. En los actos por causa de muerte son nulas las cláusulas que afectan las porciones legítimas, o implican una sustitución deicomisaria” (CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2016: 307) [El resaltado es nuestro].

Como puede verse, la vigente legislación argentina también contempla las restricciones convencionales de la propiedad como excepción a la regla que acoge el principio de libre circulación de los bienes, con la particularidad que no solo se permite en actos a título gratuito como se estipula en otras legislaciones, con un plazo que no puede exceder de diez años; sino también, en actos a título oneroso cuando se refiere a determinada persona y no a una generalidad. Podemos, apreciar que en la legislación argentina se permite que los contratantes restrinjan su autonomía para limitar sus facultades de disposición siempre que no se vulnere el régimen económico

➤ BOLIVIA

Siguiendo la misma línea de la legislación comparada, en el vigente Código Civil de Bolivia se permite excepcionalmente las prohibiciones convencionales al poder de disposición del bien, tal como se detalla en el siguiente artículo:

“CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA

“Artículo 109.-

Las prohibiciones legales de enajenar se rigen por las leyes que las establezcan. Las prohibiciones voluntarias solo se admiten cuando son temporales y están justificadas por un interés legítimo y serio”
(CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA 1976: 37).

Puede observarse al igual que la legislación argentina, se permite las prohibiciones convencionales de enajenar el bien; sin embargo, los requisitos de temporalidad e interés legítimo y serio se aplican indistintamente para actos a título gratuito y actos a título oneroso tal como se establece en la norma citada.

De la legislación comparada analizada en España, Francia, Alemania, Italia, Argentina y Bolivia; podemos advertir que, si bien prevalece el principio general de libre circulación de los bienes, ya que no son válidas las prohibiciones absolutas de las cláusulas de inalienabilidad, sí se admiten excepcionalmente las restricciones convencionales de la propiedad. En España, la Ley Hipotecaria no solamente se contempla excepcionalmente las prohibiciones convencionales de disposición o enajenación del predio; sino que

adicionalmente prevé la inscripción de las prohibiciones en el Registro de la Propiedad, pero cabe advertir que solo en actos a título gratuito.

En este contexto, se aprecia que se relativiza la prohibición absoluta y se puede apreciar que en la legislación comparada, no se ha limitado la voluntad de las partes restringiendo en todos los casos el poder de disposición de transferencia o gravamen de la propiedad.

V. ANALISIS DE LA PROPUESTA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 882 DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL

De la revisión normativa en la legislación comparada, con respecto a establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar la propiedad, se analiza que hay una decantación de flexibilizar la prohibición absoluta. Si bien la regla general es la prevalencia de la libre circulación de los bienes, se admiten excepcionalmente las restricciones convencionales de la propiedad en su mayoría en actos a título gratuito por cuanto se sustenta que van a ser válidos cuando ostenten de un interés legítimo y serio. Asimismo, en España la LEY HIPOTECARIA, no solamente contempla excepcionalmente las prohibiciones convencionales de disposición o enajenación del predio; sino que adicionalmente prevé la inscripción de las prohibiciones en el Registro de la Propiedad, pero cabe advertir que solo en actos a título gratuito.

En nuestro ordenamiento peruano, como ya lo hemos señalado, el Código Civil vigente proscribía que se pacte contractualmente la prohibición de enajenar o gravar el bien; sin embargo, es transcendental recoger las posiciones que en la doctrina se tiene sobre la necesaria reforma de este artículo por cuanto “la norma estableció límites que afectaban precisamente a quien libremente podría pactar la limitación” (BULLARD, 1990: 46).

Asimismo, es importante realizar el análisis comparativo entre la redacción del artículo 882 que tiene el Código Civil vigente y el artículo propuesto por el Anteproyecto de la reforma al Código Civil Peruano.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA ⁹
<p><i>Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.</i></p>	<p>Artículo 882.- Prohibición de disponer o gravar</p> <p><i>1. Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar <u>hasta por el plazo máximo de treinta años.</u> [el subrayado es nuestro]</i></p> <p><i>2. El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista un nuevo acuerdo.</i></p> <p><i>3. Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado en el numeral 1.</i></p>

Para el profesor, Castillo Freyre este artículo es “ uno de los que más problemas ha traído a la contratación desde la entrada en vigencia del Código Civil de 1984; por ello, se debe flexibilizar su contenido de modo que no constituya obstáculo para el tráfico comercial y la contratación contemporánea” (CASTILLO 1998 :601). El mencionado jurista, propone flexibilizar la prohibición legal de prohibir contractualmente enajenar o gravar, fundamentando su posición en la libre circulación de los bienes; y por tanto, descartando la línea que sigue el análisis económico del derecho en la que prevalece la libertad contractual sobre la propiedad privada.

En esa línea, la prohibición absoluta de las llamadas cláusulas de inalienabilidad también pueden generar que los bienes no circulen libremente en el mercado; por ello, se sostiene que “en efecto estamos hablando de aquellos casos en los que, por no poder contractualmente obligar el vendedor al comprador de un bien a que este último se abstenga por un tiempo determinado de enajenarlo a su vez a cualquiera, el bien que circularía en forma fluida según esas condiciones excepcionales- restrictivas pero mínimas para el comercio- deje de hacerlo absolutamente” (CASTILLO Y VÁSQUEZ 2004:108).

⁹ ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. GRUPO DE TRABAJO DE REVISIÓN Y MEJORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, CREADO POR RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0300 -2016-JUS.

El criterio que toma la mencionada postura con respecto a flexibilizar la prohibición legal contenida en el artículo 882, señala lo siguiente:

“La única forma coherente de poner al bien en el tráfico de los hombres es que se modifique la prohibición legal absoluta de prohibir contractualmente disponer de un bien determinado (cuya lógica apunta a la libre circulación de los bienes). Solo así cobraría sentido una prohibición relativa que contemple la hipótesis que la prohibición que la prohibición absoluta no había tomado en consideración, y que restringía en algunos casos esa libre circulación que- precisamente- trata de proteger la prohibición absoluta de las cláusulas de inalienabilidad” (CASTILLO y VÁSQUEZ 2004:109).

Por su parte, Salinas Rivas hace una crítica a lo expuesto por Lucrecia Maish Von Humboldt, en la Exposición de Motivos y Comentarios de Código Civil de 1984, Libro de derechos reales “quien sostenía que una prohibición de vender significaría una severa limitación al *ius abutendi*, el principal atributo de la propiedad, y conllevaría una desnaturalización de este derecho” (MAISCH 1985:152); por cuanto, el autor señala que lo expuesto no se configura “en tanto la limitación sea aceptada voluntariamente por el propietario” (SALINAS 2001:126).

El autor, Pizarro Aranguren, sostiene por su parte que la prohibición consagrada en este artículo limita la el principio de libertad de disposición de los bienes, toda vez que “no hace sino limitar la libertad contractual, el cual consagra el derecho de las partes a determinar libremente el contenido de los contratos. Es, decir con la intención aparente de resguardar la libertad de disposición de bienes, se ha limitado la libertad contractual, la misma que nosotros consideramos que son las propias partes contratantes las que teniendo mayor información que el legislador, se encuentran en mejor situación para determinar lo que mejor se adecua a sus intereses (PIZARRO 2001: 62).

En esa línea de análisis, la posición del profesor Alfredo Bullard tiene una crítica desde la óptica del Análisis Económico del Derecho, que esta orientada sobre la base de la autonomía privada la cual señala que “una regla absoluta como la que surgiría de una interpretación demasiado literal del artículo 882 nos conduciría a un absurdo y podría limitar el tráfico económico al reducir el ámbito de actuación de la autonomía privada” (BULLARD 2006:196). En efecto, de la interpretación literal del artículo 882, la prohibición al propietario de limitar contractualmente su facultad de enajenar o gravar es extrema por cuanto no permite limitaciones temporales al pacto de prohibición de enajenar o gravar.

En esa misma línea, si la intención del legislador al proscribir en el artículo 882 el pacto de prohibición para enajenar o gravar, fue evitar las llamadas en doctrina “propiedades vinculadas” y que ello no se genere un inmovilismo del tráfico de los bienes en el mercado, “ese problema no parecería ser sustento suficiente a una prohibición tan radical y extrema, que por lo menos en el texto literal de la norma, no permitiría la existencia de limitaciones temporales, es decir, **no explicaría por qué el legislador no podría haber optado porque la prohibición de disponer y gravar se pueda limitar a periodo de tiempo definido**” [El resaltado es mío] (BULLARD 2006:197) .

Esa misma lógica, de evitar plazos eternos en la prohibición del pacto de no enajenar o gravar, se evaluó cuando se reguló el usufructo en el artículo 1001 del Código Civil:

Artículo 1001.- Plazo del usufructo

*El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica **no puede exceder de treinta años** y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.*

Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve años.

Como se aprecia de la lectura del artículo, se regula que el usufructo es temporal y su constitución se rige a un plazo que no puede exceder de treinta años. Sin embargo, si no se hubiera regulado su temporalidad “los problemas de vinculación podrían aparecer igual si el usufructo fuese eterno, convirtiendo a las generaciones futuras en nuevos propietarios que en el fondo no serían verdaderos propietarios pues sólo tendrían la «nuda propiedad». Pero en ese caso el legislador dio una respuesta distinta: estableció un límite temporal en lugar de prohibir el usufructo” [el resaltado es nuestro] (BULLARD 2006: 199).

En la misma línea de lo propuesto por el citado autor en cuanto a “ la regla razonable debería ser similar a la del artículo 1001 aplicable al usufructo: 30 años o la vida del beneficiado por el pacto de ser éste persona natural. Así la norma tendría un sentido equitativo, sin limitar transacciones eficientes pero a la vez cumpliendo su rol de evitar la aparición de formas de propiedad vinculadas” (BULLARD 2006: 200); el Anteproyecto de Reforma al Código Civil, recoge la citada posición y sustenta en su exposición de motivos que “sobre la base del principio de la autonomía privada, no es

correcta la prohibición absoluta dispuesta en el actual artículo 882. Por ello, el texto propuesto por el Grupo de Trabajo permite que se pueda pactar la prohibición de disponer o gravar un bien por un plazo máximo de treinta años”¹⁰.

En efecto “el artículo 882 debe establecer un plazo razonable, porque las leyes legislan sobre las reglas no sobre las excepciones, y renunciar a disponer de un bien de nuestra propiedad, es obviamente, una excepción a la regla de la disposición absoluta que caracteriza el poder jurídico de todo propietario” (Castillo y Vázquez 2004:105).

Si bien la modificación del artículo 882 es sumamente trascendental; por cuanto, no cabe que haya una prohibición absoluta para establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar un bien, no comparto la posición que propone el Anteproyecto de la Reforma al Código Civil, puesto que solo ha contemplado las restricciones temporales para establecer la prohibición de disposición de la propiedad, sin hacer el análisis en que casos cabe un tratamiento diferenciado como lo plantea la legislación comparada en los tanto en los casos a título gratuito como actos a título oneroso.

VI. ¿EN QUE CASOS LAS RESTRICCIONES CONVENCIONALES A LA TRANFERENCIA O GRAVAMEN DE LA PROPIEDAD SON SUSTENTABLES?

Existen casos que sí son sustentables las restricciones convencionales establecidas por pacto referidas a la facultad para enajenar o gravar; sin embargo, se debe realizar un tratamiento diferenciado de acuerdo a si son actos a título gratuito o actos a título oneroso puesto que el panorama es distinto en ambos casos.

VI.1. ACTOS A TÍTULO GRATUITO

En los actos de liberalidad considero que particularmente en la donación el donante tiene un interés legítimo y serio por cuanto es su voluntad que se cumpla, por ejemplo determinado pacto de no transferencia del predio que se está donando como causal de

¹⁰ La Exposición de Motivos del Libro de Derecho Reales estuvo a cargo Henry Huanco Piscoche.

reversión. Como en todo contrato, “en la donación las partes pueden incorporar determinados pactos válidos, siendo la reversión uno de ellos. Tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria, de modo que la eficacia de la transferencia del bien donado queda sujeta a la realización de un hecho, que en principio puede ser cualquier estipulado por las partes, revirtiendo el bien a favor del donante. Asimismo, la causa de reversión debe estar inscrita para ser oponible”¹¹.

En esa línea, la restricción o incluso la prohibición de la transferencia o gravamen del predio es sustentable siempre que se señale la expresión de causa. La figura de la reversión de la donación al donante se funda como consecuencia de la realización de la condición resolutoria establecida en el contrato de donación, el mismo que puede comprender la prohibición o restricciones a la transferencia o gravamen del predio que se está donando y revierte a favor del donante.

Para la inscripción de la reversión, el artículo 108 del Reglamento de Inscripciones de Registro de Predios establece que “la inscripción de la reversión y de la revocatoria de la donación o anticipo de legítima se hará en mérito a escritura pública otorgada unilateralmente por el donante o anticipante, en la que se consignará la respectiva causa”¹².

En la práctica, sin la necesidad de modificar el artículo 882 del Código Civil, en el Tribunal registral de conformidad con los artículos 1631 y 1632 de Código Civil si considera como válidas las condiciones resolutorias como causales de reversión que retrinjan la transferencia o gravamen del predio donado

VI.2. ACTOS A TÍTULO ONEROSO

De la experiencia de la legislación comparada, también considero que debería haber un tratamiento diferenciado, respecto a actos a título oneroso, que comprendan pactos prohibitivos de disposición mediante el cual se debería señalar que es nula la cláusula prohibitiva de disposición cuando se pacte que es a una generalidad o persona

¹¹ Fundamento 9 de la RESOLUCIÓN 1027-2019-SUNARP-TR-L.

¹² Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN.

indeterminada. Por cuanto, su validez va a depender que se estipulen pactos prohibitivos de disposición, siempre que se refieran a persona o personas determinadas.

En relación a la casuística de pactos prohibitivos de disposición de la propiedad en los actos a título oneroso, tenemos por ejemplo las cláusulas estipuladas en los reglamentos internos de una habilitación urbana destinada a vivienda temporal o vacacional que están bajo el régimen de propiedad horizontal, que básicamente son adquiridas para casas de playa.

De acuerdo a lo señalado líneas arriba, el siguiente ejemplo respecto a las propiedades que sirven como casa de playa en el Sur de Lima, es importante advertir que:

“Puede esperarse que la privacidad sea un bien bastantepreciado por los propietarios de las casas de los balnearios del sur de Lima, y probablemente estarían dispuestos, cada uno, a “renunciar” a la libertad de vender su propiedad, salvo autorización previa de la Junta de Propietarios, con el objeto de mantener la exclusividad o privacidad del balneario. La prohibición legal de pactar contractualmente esto obliga a los residentes a utilizar mecanismos alternativos: quizá este raciocinio explique la aparición de clubes o asociaciones en las playas del sur de Lima; Obsérvese que los clubes o asociaciones no enfrentan estas limitaciones al contratar con sus socios” (SALINAS 2001:126).

Cabe resaltar, que estas cláusulas prohibitivas de disposición de la propiedad insertas en los reglamentos internos de las casas para uso vacacional sujetas al régimen horizontal no son propiamente una autolimitación del propietario por cuanto “es el promotor quien aprueba el reglamento interno cuando es titular del 100% de los derechos y obligaciones sobre los bienes y servicios de propiedad común. El acto de aprobación de dicho reglamento es de carácter unilateral, y no vinculante para los terceros. Por ello, a fin de dar publicidad registral y, por lo tanto, oponibilidad a las disposiciones del reglamento interno frente a los terceros y específicamente frente a eventuales compradores de las secciones de propiedad exclusiva, el reglamento interno es inscrito en la Partida Matriz de la propiedad horizontal” (TORRES 2008: 396).

A continuación, citamos el texto de la sección “De la transferencia de propiedad y el ingreso de nuevos propietarios”¹³ que establecen usualmente los reglamentos internos de los condominios más exclusivos para casas de playa ubicados en Asia, a fin de que

13 Reglamento Interno extraído del título archivado N° 2016-00000393 de la Partida Matriz N° 21087674.

podamos apreciar como se regulan estas cláusulas de restricciones convencionales a la propiedad en la facultad de enajenación:

- a) **Ser propuesto a la Junta Calificadora por tres (3) propietarios hábiles distintos al propietario de la vivienda o terreno que se desea adquirir y distintos a los miembros integrantes del Consejo Directivo vigente, quienes no deberán tener obligaciones pendientes con EL CONDOMINIO. El comprador propuesto deberá consignar con carácter de declaración jurada sus datos personales así como foto actual de él y de los miembros de su familia en la correspondiente propuesta de adquisición.**
- b) *Presentar adicionalmente la información y documentos que pueda estimar pertinentes la Junta Calificadora para la evaluación de la propuesta de adquisición.*
- c) **Ser aprobado por la Junta Calificadora** *previa difusión de la solicitud por plazo no menor de quince (15) días naturales en el Órgano Informativo de EL CONDOMINIO.*
- d) *Verificar que no existan cuotas pendientes de pago conforme a lo establecido en los artículos 14.4 y 14.5.*
- e) *El postulante o adquirente **cuya solicitud haya sido rechazada** podrá solicitar su recalificación, requiriéndose en este caso que sea presentada por veinte (20) propietarios que se encuentren al día en el pago de sus cuotas. En su caso, será de aplicación lo establecido en la cláusula cuarta de las escrituras públicas referidas en el artículo 3.5 de EL REGLAMENTO. Sin embargo, el plazo de la limitación señalado en las escrituras públicas indicadas, para los efectos de este REGLAMENTO, se amplía y será permanente. Este artículo del REGLAMENTO sólo podrá ser modificado por decisión de la JUNTA DE PROPIETARIOS DEL COMPLEJO adoptada por unanimidad.*

Estas cláusulas de restricción de transferencia del predio, reguladas en los reglamentos internos de este tipo de régimen de propiedad horizontal que “limitan el ejercicio de los derechos reales con relación a una sección de propiedad exclusiva, limitando la discrecionalidad de elegir a quién transferir el derecho real; es sustentable en la medida que las limitaciones o restricciones a la transferencia de propiedad establecidas en el reglamento interno se refieren a que el titular del derecho real que pretenda transferir dicho derecho, debe antes de hacerlo, someter a la previa evaluación de un órgano

calificador a la persona que adquirirá el derecho” (TORRES 2008: 404)¹⁴ en virtud a la comunidad de intereses que existe en la propiedad horizontal.

Es importante también reflexionar que “este mecanismo impone sus propios costos (no es lo mismo ser socio que propietario) y es probable que sea adoptado dado que no se puede pactar libremente estas restricciones al derecho de propiedad; es decir, como segunda mejor opción, la Ley obliga a las partes a incurrir en costos de transacción adicionales para satisfacer sus necesidades, lo que implica, en última instancia un desperdicio de recursos y por lo tanto una disminución del bienestar social” (SALINAS 2001:127).

VII. ¿ LA LEY Y REGLAMENTO DE LA HIPOTECA INVERSA PERMITEN LA PROHIBICIÓN DE DISPONER O GRAVAR?

Por su parte la Ley N° 30741 que regula la Hipoteca inversa establece en sus requisitos que el propietario del predio hipotecado para el cumplimiento de la obligación garantizada, unicamente pueda enajenarlo o gravarlo con la autorización expresa de la entidad acreedora, tal como se establece en el siguiente artículo de la citada Ley:

“Artículo 3. Requisitos de la hipoteca inversa

En adición a los requisitos generales, indicados anteriormente, la hipoteca inversa está sujeta también a los siguientes requisitos:

- f) Que el titular o titulares habite(n) el inmueble afectado y que **únicamente pueda(n) enajenarlo, arrendarlo, y/o constituir cargas y gravámenes con autorización expresa de la entidad autorizada acreedora.** (...)” (Énfasis agregado)*

Asimismo, en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 202-2018-EF, señala expresamente que la inobservancia de la prohibición de enajenar o gravar el predio hipotecado, no surte ningún efecto ni afecta a la hipoteca, así lo establece el artículo en mención:

¹⁴ TORRES ÁLVAREZ, Hernán. “Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos de propiedad horizontal: el caso de las habilitaciones urbanas de uso vacacional para playa”.

“Artículo 6. Responsabilidades sobre el Inmueble

6.2. Es responsabilidad de las partes:

1. Pactar las condiciones bajo las cuales la Entidad Autorizada concede su autorización para la enajenación, arrendamiento y/o constitución de cargas y gravámenes sobre dicho Inmueble, siendo válido que se prohíba dichos actos. Los actos que se realicen sin observar estas condiciones o con inobservancia de la prohibición, no surte ningún efecto, ni afecta la hipoteca inversa. (...)”.

Si bien el artículo 882 del Código Civil regula que **“No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”**; es decir, termina flexibilizando el mandato estableciendo “salvo que la ley lo permita” que se puedan regular pactos prohibitivos a la facultad de disposición de la propiedad. En esa línea los citados artículos son concordantes con lo que establece el Código Civil; sin embargo, si se avisora la necesidad de la reforma del artículo en mención.

VIII. PROPUESTA NORMATIVA

Del análisis realizado mi propuesta normativa esta enfocada en la modificación legislativa del artículo 882 del Código Civil; toda vez que no comparto la propuesta planteada por el Anteproyecto de la Reforma al Código Civil. En esa línea de análisis, ha sido fundamental para fijar mi posición lo revisado en la legislación comparada; en ESPAÑA: por ejemplo, si se prevé la inscripción de las prohibiciones convencionales de disposición o enajenación del predio en el Registro de la Propiedad, pero cabe advertir que solo en actos a título gratuito y cabe precisar que las prohibiciones o restricciones convencionales a la disposición de enajenación del predio son una excepción a la regla; en FRANCIA: se admite la prohibición de pactos convencionales del poder de disposición del predio, siempre que el bien afectado sea a título gratuito como la donación o el legado; y, sólo serán válidas si son temporales y están justificadas por un interés serio y legítimo; en ALEMANIA: el Código Civil Alemán, no prevé en su ordenamiento pactos prohibitivos o restrictivos convencionales de disposición del predio; Sí regula excepcionalmente las obligaciones negativas de disponer que no tienen efectos reales, sino meramente obligacionales; en ITALIA: al igual que el Alemán, regula la prohibición de enajenar pero como una prohibición de naturaleza obligacional que va a tener efectos solamente entre

las partes. Y a nivel de Latinoamérica, en ARGENTINA: el NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL regula los pactos prohibitivos de disposición siempre que este destinado a una persona determinada.

Asimismo, la legislación comparada revisada en latinoamérica, en la vigente legislación argentina también contempla restricciones convencionales de la propiedad como excepción a la regla que acoge el principio de libre circulación de los bienes, con la particularidad que no solo se permite en actos a título gratuito como se estipula en otras legislaciones, con un plazo que no puede exceder de diez años; sino también, en actos a título oneroso cuando se refiere a determinada persona y no a una generalidad; y por último, se aprecia que en la legislación Boliviana se permite excepcionalmente las prohibiciones convencionales al poder de disposición del bien, sin embargo, los requisitos de temporalidad e interés legítimo y serio se aplican indistintamente para actos a título gratuito y actos a título oneroso.

Por ello, nuestra propuesta de modificación legislativa del artículo 882, del Código Civil es la siguiente:

“Artículo 882.- Prohibición de disponer o gravar

1.- Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede **establecer la prohibición de disponer o gravar hasta por el plazo máximo de 30 años** y todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado.

2.- En los **actos a título oneroso** es nula la cláusula de no transmitir a persona alguna el dominio de una cosa determinada o de no constituir sobre ella otros derechos reales. **Estas cláusulas son válidas si se refieren a persona o personas determinadas.**

3.- En los **actos a título gratuito**, como donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez y **si están justificadas por un interés legítimo y serio”¹⁵.**

15 ADAPTADO DE LA PROPUESTA DE LA ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO. GRUPO DE TRABAJO DE REVISIÓN Y MEJORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984, CREADO POR RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 0300 -2016-JUS.

La presente propuesta conserva el plazo de 30 años por cuanto considero que es un requisito temporal y razonable que no denaturaliza la esencia de la propiedad y es el mismo propietario que en la base a su autonomía de la libertad auto limita el poder disposición sobre su propiedad. Sin embargo, se debe realizar un tratamiento diferenciado de acuerdo a si son, actos a título gratuito o actos a título oneroso, puesto que el panorama es distinto en ambos casos tal como lo planteamos a lo largo del presente trabajo académico y la citada propuesta legislativa.

IX. CONCLUSIONES

- De la legislación comparada analizada en España, Francia, Alemania, Italia, Argentina y Bolivia; podemos advertir que, si bien prevalece el principio libre circulación de los bienes, ya que no son válidas las prohibiciones absolutas de las cláusulas de inalienabilidad, sí se admiten excepcionalmente las restricciones convencionales disposición de la propiedad. En España, la Ley Hipotecaria no solamente se contempla excepcionalmente las prohibiciones convencionales de disposición o enajenación del predio; sino que adicionalmente prevé la inscripción de las prohibiciones en el Registro de la Propiedad, pero cabe advertir que solo en actos a título gratuito.
- En este contexto, se aprecia que se relativiza la prohibición absoluta y se puede apreciar que en la legislación comparada, no se ha limitado la voluntad de las partes restringiendo en todos los casos el poder de disposición de transferencia o gravamen de la propiedad.
- La propuesta legislativa conserva el plazo de 30 años por cuanto considero que es un requisito temporal y razonable que no denaturaliza la esencia de la propiedad y es el mismo propietario que en la base a su autonomía de la libertad auto limita el poder disposición sobre su propiedad. Sin embargo, se debe realizar un tratamiento diferenciado de acuerdo a si son, actos a título gratuito o actos a título

oneroso, puesto que el panorama es distinto en ambos casos tal como lo planteamos a lo largo del presente trabajo académico y la citada propuesta legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, MANUEL

- 1984 Curso de Derecho Civil español. Tomo II. Barcelona: Librería Bosh.
1982 Curso de Derecho Civil español. Tomo III. Barcelona: Librería Bosh.

AVENDAÑO ARANA, Francisco

- 2012 “Límites Convencionales de la Propiedad”. *En estudios sobre propiedad*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
1994 “El derecho de propiedad en la Constitución” En: *THĒMIS-Revista de Derecho*; No. 30 (1994): 10 Años del Código Civil. Edición de Aniversario.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo

- 1990 La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones. Lima: Lluvia Editores.
2006 “Derecho y Economía”. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores.
2010 En Código Civil comentado, Tomo V Derechos Reales. Lima: Gaceta jurídica.

CHICO Y ORTIZ, José María.

- 2000 *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Madrid – España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

CÓDIGO CIVIL DE FRANCIA

- 1965 Traducción de Henri Mazeaud. Argentina, Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América

CÓDIGO CIVIL DE ALEMANIA

- 2001 Código civil alemán comentado: BGB, Bürgerliches Gesetzbuch. Madrid: Marcial Pons.

CÓDIGO CIVIL DE ITALIA

- 1971 Manual de derecho civil y comercial / Francesco Messineo -- Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1971

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2016

2016 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2da. Edición- Julio.
http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

CÓDIGO CIVIL DE BOLIVIA

1976 *Código civil de Bolivia.* (n.d.). Instituto de Cultura Hispánica.
<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02225a&AN=pucp.124587&lang=es&site=eds-live&scope=site>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 1993

2009 Ana, Velazco/ Landa Arroyo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho constitucional.

CASTILLO FREYRE, Mario

1998 Tentaciones Académicas. La reforma del Código Civil Peruano de 1984, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE Ricardo

2004 Analizando el análisis- Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DELGADO SHEELJE, Alvaro

2000 La Publicidad Jurídica Registral en el Perú: Eficacia Material y Principios Registrales. Folio Real: Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial. Año I N° 1, Lima: Palestra Editores.

DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe.

2011 “Las restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros”. En: *Themis* – Época 2, N° 60.

GONZÁLES, Gunther

2005 *Los derechos reales y su inscripción registral.* Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica

2013 *Tratados de derechos reales.* Tomo I. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores.

LA ROSA, Enmanuel

2017 *Los pactos prohibitivos de disponer y su tratamiento en el Código Civil Peruano.* Tesis de maestría en derecho civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

LEÓN, LEYSSER

2003 “La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas

peruanos A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania” (Schuldrechtsmodernisierung). IUS ET VERITAS, 13(26), 12-47.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia

1985 Los derechos reales (concordado con la Constitución de 1979). Tercera Edición. Lima: Librería Studium.

MÍGUEZ NÚÑEZ, RODRIGO

2011 *Comparar: Conversaciones con Rodolfo Sacco*. En: *Revista Chilena de Derecho privado* 17, pp. 193-226.

PLANIOL, M., RIPERT, J., & DIAZ, C. M.

1942 Tratado práctico de derecho civil francés, Tomo III, Los Bienes. La Habana, Cuba: Cultural, S.A.

PIZARRO ARANGUREN, Luis

2001 “El Código Civil Peruano y la contratación actual”. En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). ¿por qué hay que cambiar el Código Civil?. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

REZZONICO, Luis María.

1967 Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil. Editorial Depalma, Buenos Aires: 1967.

SALINAS RIVAS, Sergio

2001 “El rol del Estado en la contratación privada: a propósito de protección al deudor en el Código Civil Peruano”. En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (ed.). ¿por qué hay que cambiar el Código Civil?. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

TORRES ÁLVAREZ, Hernán

2008 “Aplicación de las cláusulas de inalienabilidad en los reglamentos internos de propiedad horizontal: el caso de las habilitaciones urbanas de uso vacacional para playa”. Editorial Palestra, Lima.

VON, TUHR

1998 Derecho civil: Teoría general del derecho civil alemán. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales.

TRIBUNAL REGISTRAL

2012 ACTA DEL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA APROBADO EN EL PLENO XCIV, de fecha 10 de agosto de 2012.

2012 ACTA DEL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA APROBADO EN EL PLENO XCIX, de fecha 15 y 16 de noviembre de 2012.