

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Gerson Barboza De las Casas

Spring June 1, 2016

LOS PACTOS RESTRICTIVOS DEL EJERCICIO DE LA PROPIEDAD

GERSON ENRIQUE BARBOZA DE LAS CASAS, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



Available at: <https://works.bepress.com/gersonenrique-barbozadelascasas/9/>



Los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad privada

Gerson BARBOZA DE LAS CASAS*

En el presente trabajo, el autor desarrolla la categoría jurídica de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad, su aplicación, alcances y potencial conflictividad con el principio de tipicidad de los derechos reales. Asimismo, aborda el tratamiento que se le ha dado en la jurisprudencia nacional, explicando también cómo esta figura ha contado con un arduo debate y desarrollo en otros ordenamientos jurídicos.

Tema relevante

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 882, 926, 1588, 1416, 1423, 1592, 1596 y 2019.

PALABRAS CLAVE: Pactos restrictivos / Propiedad / Autonomía privada / *Numerus clausus*

Recibido: 23/04/2016

Aprobado: 09/05/2016

Introducción

Nos referimos como pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad a los acuerdos en los cuales un propietario decide restringir de forma unilateral o conjunta con otras personas el ejercicio de una de las facultades que confiere el derecho de propiedad. No obstante, lo relevante de dichos pactos son los efectos jurídicos que los pactos producen, concretamente, las situaciones jurídicas nacidas de dichos pactos.

Al respecto, si bien nuestro Código Civil ha regulado los efectos frente a terceros de este tipo de pactos en el artículo 926, resulta menester determinar el ámbito de aplicación

* Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la UNMSM.

y alcances de dicho artículo. En ese sentido, nos centraremos en analizar si es viable admitir todo tipo de pacto o solo aquellos que tengan cierta incidencia sobre el *bundle of rights*¹ de la propiedad; y, si la admisión de este tipo de pactos debe entenderse con un carácter remisivo a los otros pactos de nuestro Código Civil (pacto de retroventa, pacto de indivisión, pacto de reserva de propiedad, etc.), en atención a una suerte de tipicidad de los pactos con “eficacia real”, justificado en la salvaguarda del principio de tipicidad recogido en el artículo 881 del Código Civil.

I. El ámbito de aplicación de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad privada: el artículo 926 del Código Civil

1. Los límites a la propiedad privada

La propiedad puede entenderse como aquel poder jurídico que confiere a su titular un “haz de facultades” de actuación en el sentido más amplio posible de la inventiva humana, es decir, permite explotar el bien de todas las formas posibles. Y es importante para nuestro estudio enfocar a la propiedad no como un derecho real estático, sino, más bien, como un espacio para el desarrollo la creatividad de los privados.

No obstante, el poder jurídico que confiere el derecho de propiedad no es, evidentemente, irrestricto, en consecuencia, se tiene que existen tres tipos de límites a la propiedad, a saber: i) los límites de carácter constitucional; ii) los límites establecidos por leyes ordinarias y normas jurídicas con rango de ley y de menor jerarquía; y, iii) los límites de carácter convencional.

El primero tipo de límites viene dado por mandato constitucional y se funda en la función social que cumple el derecho de propiedad y en el interés común o necesidad pública. En tal sentido, no se permite el ejercicio abusivo del derecho de propiedad², así como, en determinados supuestos y siguiendo un estricto procedimiento, se puede privar de la propiedad privada a una persona, a través de la expropiación.

El segundo tipo de límites son aquellos establecidos mediante leyes ordinarias o normas de menor jerarquía, así, por ejemplo, se tiene que existen normas de zonificación y ordenamiento territorial, con las cuales se limita la propiedad, sea en el uso, disfrute o cualquier otro atributo.

El tercer tipo de límites los encontramos en los acuerdos establecidos por las partes dentro de un reglamento negocial. En estos

1 “La expresión *bundle of rights* es típica de los escritos de cultura de *common law*: Nuestra terminología prefiere sustituir la palabra ‘derechos’ por ‘facultades’” (RODOTÁ, Stefano. El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada. Prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1986. p. 37). Aunque se debe tener cuidado con dicha sustitución, puesto que “cuando el *civil law* ve a la propiedad como un absoluto y unitario concepto, para la mayoría de *common lawyers* aquella se aproxima más a ‘*bundle of rights*’ (...) La visión de ‘*bundle of rights*’ de la propiedad es generalmente, pero no universalmente, aceptada en el mundo del *common law*. Su origen moderno es usualmente tomado de *The Desintegration of Property* de Thomas C. Grey (...)” (CLARKE, Alison y GODT, Christine. “Comparative property law: collective rights within common law and civil law systems”. En: GODT, Christine (Editora). *Cross Border Research and Transnational Teaching under the Treaty of Lisbon - Hanse Law School in Perspective*. Vol. 1, Hanse Law School Series, Oldemburgo, 2010, p. 61. Consulta: 12 de marzo de 2016. <https://www.unioldenburg.de/fileadmin/user_upload/wire/fachgebiete/euowr/download/Comparative_Property_Law_Clarke_a_Godt_in_Godt_et_al_2013.pdf>). Desde luego, la forma cómo se ve a la propiedad no es irrelevante. En nuestra tradición nos hemos inclinado –por decirlo de alguna manera– por “categorizar” a la propiedad, sea mediante la creación de un macroconcepto como hizo el modelo alemán, a través de los *sachenrecht*; o, como hizo el modelo francés, colocar la *propriété* como centralidad y a partir de ella regular sus *différentes modifications*. Este “arquetipo napoleónico-pandectístico” (GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Traducción y “Prólogo para civilistas” de Ángel M. López y López, Civitas, Madrid, 1992, p. 31 y ss.) que reviste a la propiedad tiende a la categorización, por tanto, a la restricción de nuevas formas, situación claramente distinta a la óptica de *bundle of rights* seguida en el *common law*.

2 Sin embargo, cabe precisar que, aunque esta sea una figura desarrollada por el Derecho Civil francés, en nuestro medio jurídico ha sido absorbido por el Derecho constitucional a través de las sentencias del Tribunal Constitucional.

casos, estamos frente a límites de carácter convencional o –como preferimos llamarlos– limitaciones convencionales.

Las limitaciones convencionales son producto de la autonomía privada y pueden consistir en restricciones en el uso, el aprovechamiento (por ejemplo, un pacto de no arriendo) o de su mejora (pacto de no edificación) y prohibiciones de enajenar o gravar. Aunque las limitaciones no solo tienen un carácter negativo, también puede implicar el desarrollo de una conducta por parte del titular del derecho de propiedad, por ejemplo, el mantener en buen estado el inmueble.

Esta posibilidad de poder establecer limitaciones convencionales es lo que se conoce como el carácter “elástico” del dominio, es decir, “(...) la capacidad de reducirse, en menor o mayor grado, por la presencia de otros derechos, y de expandirse de nuevo en toda su amplitud cuando cesa el derecho concurrente que lo comprime. Por ejemplo, en el usufructo el dominio se restringe porque la facultad de uso y disfrute han sido cedidas al usufructuario; pero extinguido este derecho, el dominio recupera su amplitud original”³.

2. El ámbito de aplicación de los pactos restrictivos dentro de las limitaciones convencionales a la propiedad

Distinguimos, a su vez, las limitaciones convencionales que implican prohibiciones de

Comentario relevante del autor



Nos referimos como pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad a los acuerdos en los cuales un propietario decide restringir de forma unilateral o conjunta con otras personas el ejercicio de una de las facultades que confiere el derecho de propiedad.

aquellas que solo restringen el ejercicio de la propiedad. Al primer grupo nos referiremos como limitaciones “prohibitivas”⁴, mientras que, al segundo, limitaciones “restrictivas”.

La distinción entre un grupo y otro dependerá del “atributo” sobre el cual incida la limitación. Así, estaremos ante una limitación prohibitiva en caso se establezcan condiciones para la enajenación o el gravamen del derecho de propiedad (art. 882) y hablaremos de limitaciones restrictivas, en caso se actúe sobre cualquier otro atributo de la propiedad (art. 926), como son el uso y el disfrute.

Ahora bien, estas limitaciones restrictivas o restricciones pueden ser, en algunos casos, derechos reales menores⁵; sin embargo, no se limitan a ellos. Por esta razón el plano de

3 DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe. “Restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros”. En: *Revista Themis*. Época 2, N° 60, Lima, 2011, p. 126.

4 Dentro de las normas que regulan los derechos reales se tienen normas que limitan de muchas maneras el ejercicio de los derechos reales, para así garantizar determinados fines que el ordenamiento guarda con celo. Una de esas normas la encontramos en el artículo 882 que prohíbe establecer (valga la redundancia) prohibiciones de gravar o enajenar derechos sobre bienes.

5 En nuestro medio: DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe. Ob. cit., pp. 130-133 distingue entre: I) Limitaciones a la disposición y a la reivindicación; y II) las limitaciones al uso y disfrute que, a su vez, los distingue entre: a) las limitaciones que generan derechos reales menores y b) las limitaciones convencionales propiamente dichas. Asimismo, en estas últimas distingue entre: i) las que generan derechos personales a favor de terceros con relación al aprovechamiento del bien; y, ii) las que simplemente constituyen limitaciones a los atributos del dueño, sin que se otorgue un derecho específico sobre el uso del bien (obligaciones que impongan una actuación negativa del dueño, un “no hacer”).

Por su lado, GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 156-158, distingue tres clases: i) En primer lugar se encuentran los pactos del disfrute en contra del propietario, sin que se

las restricciones está sustraído de la tipicidad de los derechos reales, es decir, se rige bajo una suerte de principio de *quasi-numerus clausus*⁶ (Erp), sucumbiendo ante la autonomía privada moldeadora de nuevas figuras ajustadas a los intereses de los titulares del Derecho.

Al respecto, el Tribunal Registral ha tenido pronunciamientos en los que se ha delimitado el ámbito de la “restricción” (art. 926) y la “prohibición” (art. 882). En el caso resuelto mediante la **Resolución N° 557-2003-SUNARP-TR-L (Caso 1)** del 28 de agosto de 2003, sobre la procedencia de la inscripción de una cláusula limitativa del derecho de propiedad, el Tribunal Registral desarrolló el siguiente razonamiento:

“10. Del análisis del artículo 926 del Código Civil, al amparo de las normas constitucionales y legales que establecen la libertad contractual, se concluye que:

- a) Se pueden establecer restricciones a la propiedad por pacto.
- b) Las restricciones podrán estar referidas a cualquiera de los atributos de la propiedad.
- c) Las partes pueden pactar libremente restricciones a la propiedad, siempre que no impliquen violación de normas legales imperativas o de orden público.
- d) No puede establecerse la prohibición absoluta de enajenar o gravar.
- e) Considerar que únicamente pueden pactarse las restricciones a la

Comentario relevante del autor



Se tiene que existen tres tipos de límites a la propiedad, a saber: i) los límites de carácter constitucional; ii) los límites establecidos por leyes ordinarias y normas jurídicas con rango de ley y de menor jerarquía; y, iii) los límites de carácter convencional.

propiedad que están legalmente contempladas implica afectar la libertad contractual.

11. En este caso, los cónyuges –personas plenamente capaces–, acordaron que el inmueble ubicado en el Jr. Bartolomé de las Casas s/n, Surco, pasaría a poder de la cónyuge Elsa Celinda Rubio de Palacios, el mismo que sería arrendado con la finalidad que el producto de la renta se destine al sostenimiento de los menores hijos de los cónyuges, no pudiendo ser transferido dicho inmueble, salvo consentimiento expreso de Luis Palacios Madrid”.

Ante esto el Tribunal Registral por voto en mayoría de las vocales Gloria Salvatierra Valdivia y Nora Mariella Aldana Durán, concluye que:

“Como puede apreciarse, no se pactó la prohibición absoluta de enajenar el inmueble, sino que se restringió la facultad de disposición, requiriéndose para

origine un derecho correlativo, es decir, se trata de la simple renuncia del titular respecto de un privilegio que normalmente le correspondería (ejemplo: prohibición de arrendar); ii) En segundo lugar, se encuentran los pactos de restricción del disfrute en contra del titular de un derecho real limitado (ejemplo: prohibición de arrendar que grava al usufructuario); y, iii) En tercer lugar, se encuentran los pactos de restricción de disfrute que causan un derecho correlativo (ejemplo: el propietario que queda impedido de clausurar el canal que lleva agua al predio vecino por cuanto se ha construido una servidumbre).

6 ERP, Sjef van. “A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?”. En: *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 7.2, June, 2003. Véase en: <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html#N_1_>. Consulta: 4 de marzo de 2016.

ello del consentimiento del cónyuge. Esta restricción no viola norma legal imperativa o de orden público alguno, y por lo tanto, se trata de una restricción lícita. Conforme al artículo 926 concordante con el numeral 5 del artículo 2019 del Código Civil, tratándose de una restricción a la propiedad, constituye un acto inscribible”.

En el voto en discordia sustentado por la vocal Martha del Carmen Silva Díaz sostiene lo siguiente:

“1. Dentro de las Disposiciones Generales del Libro de los Derechos Reales del Código Civil de 1984 encontramos que el artículo 882 contiene el **principio de libertad de enajenación** (...) Según Cuadros Villena (...) ‘la libertad de enajenar no se circunscribe solo a la potestad de transmitir los valores (de uso y cambio) incorporados en los bienes. Significa también la libertad de ejercer el derecho de enajenar o gravar en función de tiempo, de lugar, o de persona; cuando lo desee el enajenante, donde lo desee, en favor de quien lo desee, a título oneroso o gratuito’.

(...)

3. Al respecto, es de verse que el tema de las limitaciones a la libertad de enajenar tiene diversas regulaciones en el Código sustantivo, al establecerla en el caso del retracto (art. 1592) hasta por treinta días (art. 1596), en la retroventa, hasta el plazo de dos años o un año sea que se trate de inmuebles o muebles (art. 1588), en el compromiso para contratar, hasta el plazo de un año (art. 1416) y en el caso de la opción por un plazo de seis meses (art. 1423).

De ello se desprende que el legislador ha considerado que las limitaciones deben establecerse por plazos cortos, no

pudiendo restringirse indefinidamente la libertad de enajenar.

(...)

9. (...) Peña Bernaldo de Quirós señala que, en sentido lato, las prohibiciones de disponer son ‘cualesquiera limitaciones del *ius disponendi* de un derecho subjetivo’.

Sin embargo, se aprecia que, en ambos casos, sea aquella ‘absoluta’ o ‘relativa’ ambos supuestos (tanto la prohibición absoluta como la ‘limitación’) se encuentran comprendidos dentro del término ‘prohibición’.

10. En este orden de ideas, si utilizamos el término ‘prohibición’ en su sentido lato, teniendo en cuenta la protección al principio general de libertad de enajenación, podemos concluir que el artículo 882 de nuestro Código Civil, no permite el establecimiento de ningún tipo de restricción, sea esta absoluta o relativa a las facultades de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

La citada conclusión nos conduce a sostener que el artículo 926 admite, aparte de las limitaciones expresamente permitidas por la normativa vigente, el pacto por el cual se establecen restricciones a las demás facultades o atributos del derecho de propiedad como son el uso y el disfrute de los bienes.

11. En el presente caso, el acuerdo de los excónyuges consiste en imponer a la excónyuge –adjudicataria del 50 % de acciones y derechos sobre el inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal–, la prohibición de transferirlo ‘bajo ninguna circunstancia, salvo consentimiento expreso de las partes’.

Siguiendo la línea interpretativa desarrollada en los acápites precedentes, el

citado pacto, constituye una verdadera prohibición de enajenar impuesta a la titular de dominio, prohibición que se encontraba expresamente proscrita por el artículo 852 del Código Civil de 1936 aplicable al presente caso (situación que es regulada actualmente por el artículo 882 del Código Civil vigente), más aún cuando el presente pacto fue celebrado durante la vigencia del Código Civil de 1936, que no contenía norma similar a la del artículo 926 del Código actual, que permitiese el establecimiento de limitaciones convencionales al derecho de propiedad, salvo la contenida en el numeral 5 del artículo 1042, cuyos alcances debían ser interpretados igualmente dentro del marco contenido en el precitado artículo 852 del mismo cuerpo normativo”.

En el voto en mayoría se concluye que es procedente la inscripción de la cláusula que obliga a una de las partes a consultar a una persona determinada, si se desea enajenar dicho bien, toda vez que no contiene una “absoluta” prohibición de enajenar, ámbito al cual estaría referido el artículo 882.

No obstante, como señala la vocal Silva, el artículo 882 no hace distinción entre una prohibición absoluta o relativa por lo que mal haríamos en desconocer el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* para dicho artículo. En ese sentido, consideramos acertado indicar que el artículo 882 refiere la proscripción tanto de cláusulas prohibitivas absolutas como relativas.

Por otro lado, nos parece adecuado el criterio seguido por el voto en mayoría cuando se concluye que sobre el artículo 926 rige el criterio de autonomía privada, por lo que no solo se puede pactar las restricciones legalmente previstas en el Código Civil, sino cualquier otra que incida sobre los atributos de uso y disfrute.

Con idénticos argumentos, la **Resolución N° 515-2005-SUNARP-TR-L, (Caso 2)** expedida por los vocales Samuel Gálvez Troncos, Pedro Álamo Hidalgo y Luis Alberto Aliaga Huaripata, en relación a la distinción entre los pactos restrictivos y prohibitivos señala lo siguiente:

“11. Ahora bien, resulta fundamental que se establezca con claridad en el pacto que restringe las facultades del propietario, en qué consiste la restricción pactada, es decir, qué facultades del propietario se encuentran limitadas y en qué sentido. Ello en concordancia con el principio de especialidad que rige el sistema registral, conforme al que –entre otros aspectos–, los actos y derechos que se inscriben deben estar perfectamente determinados.

12. En este caso, las compradoras han pactado en las cláusulas adicionales de la minuta formalizada en escritura pública del 1 de junio de 2005 lo siguiente: ‘Primera.- (...) el inmueble que adquieren lo dan en derecho de uso a título gratuito y de por vida a favor de la madre Julia Rosa Moscoso Meneses viuda de Córdoba y no podrá ser hipotecado, gravado, vendido, lo que puede efectuarse después de su muerte y para disponerla en venta ambos compradores tienen que ponerse de acuerdo, prohibiéndose su venta si no hay acuerdo entre las partes. Segunda.- (...) Porcentaje en la compra: Los compradores manifiestan que le corresponden a cada uno el 50 % (cincuenta por ciento) del inmueble que lo adquieren, y nadie puede venderlo, ni disponerlo a título gratuito ni oneroso, si no hay aceptación de ambas partes, en caso contrario sería nulo. Este porcentaje servirá para el efecto de calcular por separado el pago de alcabala si es que corresponde conforme a ley’.

13. Los derechos de uso y habitación, se encuentran previstos en el artículo 1026

al 1029 del Código Civil, y pueden ser constituidos por Ley, por testamento o por contrato como en el presente caso.

(...)

Ahora bien, de acuerdo a lo pactado los copropietarios tampoco podrán disponer de sus cuotas ideales sino hasta después de la muerte de la beneficiada con el derecho de uso; sin embargo, esto no implica una prohibición absoluta de enajenar el bien, en tanto se trata de una prohibición temporal.

En tal sentido, y de acuerdo a lo expuesto, estamos ante una restricción de derecho de propiedad, pues los copropietarios no podrán ejercer una de las atribuciones del derecho de propiedad, que es disponer del bien por un tiempo determinado, dada la naturaleza finita de la vida de una persona”.

Para este caso, se sigue el razonamiento similar al voto en mayoría del Caso 1, es decir, que la limitación no implica una absoluta prohibición, en consecuencia, no existiría inconveniente para su inscripción, siempre y cuando se cumpla con el principio de especialidad (indicar de forma clara e indubitable cuál es la limitación a la propiedad).

En otro caso, se cuestionó el acceso al Registro de una cláusula que prohíbe a la deudora hipotecante ceder en arrendamiento el uso de un inmueble, así como constituir los derechos reales de uso, usufructo o habitación por periodos mayores a un año, no pudiéndose renovar los contratos celebrados por un periodo mayor al indicado.

Al respecto, la **Resolución N° 497-2006-SUNARP-TR-L (Caso 3)** expedida por los vocales Pedro Álamo Hidalgo, Nora Mariella Aldana Durán y Mirtha Rivera Bedregal, el Tribunal Registral indicó lo siguiente, continuando un razonamiento idéntico a las anteriores resoluciones:

Comentario relevante del autor



Las limitaciones convencionales que implican prohibiciones de aquellas que solo restringen el ejercicio de la propiedad. Al primer grupo nos referiremos como limitaciones “prohibitivas”, mientras que, al segundo, limitaciones “restrictivas”.

“11. Ahora bien, resulta fundamental que se establezca con claridad en el pacto que restringe las facultades del propietario, en qué consiste la restricción pactada, esto es, exactamente qué facultades del propietario se encuentran limitadas y en qué sentido. Ello en concordancia con el principio de especialidad que rige el sistema registral, conforme al que –entre otros aspectos– los actos y derechos que se inscriben deben estar perfectamente determinados.

12. En el presente caso, de la revisión del título archivado N° 106552 del 28/02/2006, se advierte que obra inserta en el contrato de modificación de mutuo y ampliación de garantía hipotecaria, que celebran de una parte Inversiones & Convenios S.A.C. y de la otra parte, Susana de los Milagros Aldave Espinoza, (inscrito en el Asiento D00009 de la Partida Electrónica N° 45210944) una cláusula adicional en la que se acordó:

‘Cláusula adicional: Queda expresamente convenido entre las partes, que la mutuataria no podrá dar en arrendamiento, usufructo, uso o habitación el inmueble que por el presente contrato de hipoteca, por plazos mayores a un año, no pudiendo tampoco renovarse los celebrados por periodo mayor al indicado, debiendo anotarse

esta restricción contractual en el registro de la propiedad inmueble’.

Como se podrá apreciar, del tenor de lo expuesto en la cláusula adicional materia de inscripción, se puede inferir que se están restringiendo las facultades de uso y disfrute de Susana de los Milagros Aldave Espinoza como propietaria del bien inscrito en la Partida Electrónica N° 45210944, al establecerse, de común acuerdo, que la propietaria no podrán dar en arrendamiento, usufructo, uso o habitación el inmueble que por el presente contrato se hipoteca, por plazos mayores a un año, no pudiendo además renovarse los contratos ya celebrados que versen sobre arrendamiento, usufructo, uso o habitación, por un periodo mayor al ya indicado.

En tal sentido, al haberse establecido entre Susana de los Milagros Espinoza, titular del derecho, y la empresa Inversiones & Convenios S.A.C., una restricción contractual a las facultades de uso y disfrute por un periodo determinado, se concluye que tales restricciones y limitaciones en las facultades de la propietaria sí están permitidas”.

Para el presente caso, a diferencia de los Casos 1 y 2, se establece una restricción en el uso y el disfrute, es decir, que la limitación no incide sobre los atributos de la enajenación y el gravamen, por lo que no habría impedimento para proceder a su inscripción.

En otro caso, mediante **Resolución N° 019-2008-SUNARP-TR-A (Caso 4)**, el Tribunal Registral conformado por los vocales Jorge Luis Tapia Palacios, Pedro Álamo Hidalgo y Gilmer Marrufo Aguilar, consideró como “ineficaz” o “no puesta” (para el Tribunal Registral se consideran como sinónimos) la siguiente limitación a un inmueble anticipado:

Comentario relevante del autor



Partiendo de la posibilidad de que el artículo 926 sea una norma de carácter autoritativa, el debate se traslada en torno la vulneración del principio de tipicidad de los derechos reales, puesto que, de admitirse la posibilidad de ingreso al Registro de los pactos restrictivos, ello podría implicar estar frente a nuevos derechos reales creados por la voluntad de las partes o, por lo menos, ante la conversión de derechos personales en reales.

“(…) Asimismo, este anticipo se otorga con la condición expresa de que la parte que corresponde a **John Frederick Winston Ricketts Chopitea, no podrá ser vendida, sino transferida a sus hijos Dereck Ricketts Vargas y Kim Ricketts Vargas** (...) (el resaltado es nuestro)”.

Se trata de la solicitud de inscripción de una donación de dos inmuebles realizada por la sociedad conyugal conformada por los señores Carlos Ricketts Rey de Castro y Edith Chopitea Bellatin de Ricketts, a sus tres (3) menores hijos (anticipo de herencia). Dentro de dicha donación se colocó la cláusula antes mencionada, indicando que el porcentaje de uno de esos hijos, John Frederick Winston Ricketts Chopitea, solo podría ser transferido a los hijos de este, Dereck Ricketts Vargas y Kim Ricketts Vargas. Es decir, los abuelos colocaban una limitación de transferencia al hijo anticipado, a favor de los nietos de aquellos.

Al respecto, el Tribunal Registral dijo lo siguiente:

“10. (...) En este orden ideas, si utilizamos el término prohibición en su sentido

lato, teniendo en cuenta la protección al principio general de libertad de enajenación, podemos concluir que el artículo 882 de nuestro Código Civil no admite el establecimiento de ningún tipo de restricción, sea esta absoluta o relativa, a las facultades de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

En el caso subanálisis, los anticipantes pretendieron establecer una limitación al derecho de propiedad de uno de sus hijos: **John Frederick Wiston Ricketts Chopitea**; sin embargo, conforme al análisis de los artículos antes citados ello no es admisible, pues contraviene el artículo 882 del Código Civil, el cual protege un interés superior de que los bienes circulen libremente en el mercado, **de manera que el pacto contra una norma imperativa, per se, deviene en ineficaz, pues no genera efecto jurídico alguno, toda vez, que se trata de un mandato legal**

que debe ser necesariamente cumplido, sin que pueda expresarse válidamente voluntad distinta o contraria a ella. Por consiguiente, debe considerarse como no puesta, teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 171 del Código Civil (el resaltado es nuestro)”.

Para este cuarto caso, y siguiendo la línea de los anteriores casos, el Tribunal Registral mantiene una postura bastante abierta a las restricciones, considerando la inscripción de las limitaciones convencionales que no sean del todo prohibitivas y permitan un margen de discrecionalidad al titular del derecho de propiedad.

II. ¿Es el artículo 926 del Código Civil una cláusula autoritativa o remisiva?

El artículo 926 del Código Civil también ha suscitado un debate doctrinario⁷ en torno a si

⁷ Entre los que le dan un sentido “autoritativo” se encuentran: GONZALES LINARES, Nerio. *Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales*. 2ª edición, Jurista Editores y Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas, Lima, 2012, pp. 357-358. DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe. Ob. cit., pp. 126-127. AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Límites convencionales de la propiedad”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2013, pp. 131-133. En el lado opuesto: GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 159-161.

Para este último, el artículo 926 es una norma sin contenido sustantivo, pues se limita a indicar que las restricciones voluntarias de la propiedad son inscribibles y, por lo tanto, dicha norma hace una simple remisión a otras disposiciones del propio Código o leyes especiales, que establezcan pactos restrictivos de disfrute con eficacia real.

Para arribar a esta conclusión, Gonzales Barrón parte de la premisa que las restricciones voluntarias mencionadas en el artículo 926 del Código Civil se rigen por el *numerus clausus* y la nulidad de los pactos prohibitivos de enajenación y gravamen. No obstante, no se fundamenta porqué el *numerus clausus* rige el ámbito de las restricciones convencionales a la propiedad. Es decir, no se justifica la premisa de la cual parte.

Si bien, el artículo 881 del Código Civil reconoce el principio de tipicidad de los derechos reales, en consecuencia, la producción de estos queda en las manos del legislador; ello no implica que se trate del mismo ámbito al cual hace referencia el artículo 926, más aún si este artículo no hace referencia a la forma de producción, ni a la configuración de los pactos restrictivos, esto es, ámbitos en los cuales tendría relevancia hablar de “tipicidad” (*numerus clausus*) y “atipicidad” (*numerus apertus*).

El artículo 926 tampoco define la naturaleza jurídica de los pactos restrictivos, por lo que mal haríamos al asemejarlo a los derechos reales y circunscribirlos al principio de tipicidad de estos. Este artículo solo refiere al régimen de oponibilidad mediante el Registro de este tipo de restricciones.

Asimismo, debemos anotar que el régimen de la oponibilidad por medio del Registro no se sustenta en la naturaleza (real o personal) de la situación jurídica (derecho subjetivo) publicitada, sino en el conocimiento y la apariencia que generan los mecanismos de publicidad. En otras palabras, no por ser “real” un derecho debe ingresar al Registro y ser oponible frente a otros derechos; puesto que estaríamos desconociendo un sinnúmero de situaciones que son publicitadas sin tener tal condición.

En atención a esto, un sector de la doctrina registral ha abandonado el marco categorial de los derechos reales para explicar la publicidad registral, adoptando, en reemplazo de aquella categoría, el concepto de “situaciones jurídico-reales”. Así se

constituye una norma “autoritativa” o “remisiva”. Esto quiere decir que si el artículo 926 es una cláusula remisiva a las otras normas del Código Civil referidas a las limitaciones convencionales a la propiedad o si, por el contrario, es una norma autoritativa que brinda un espacio para la autonomía privada dentro del cual las partes pueden crear reglas que limiten la propiedad de todas las formas imaginables.

Asimismo, partiendo de la posibilidad de que el artículo 926 sea una norma de carácter autoritativa, el debate se traslada en torno a la vulneración del principio de tipicidad de los derechos reales, puesto que, de admitirse la posibilidad de ingreso al Registro de los pactos restrictivos, ello podría implicar estar frente a nuevos derechos reales creados por la voluntad de las partes o, por lo menos, ante la conversión de derechos personales en reales⁸.

Estando a lo antes planteado, será necesario, en primer lugar, analizar el principio de tipicidad que rige los derechos reales para, de esa forma, considerar si la condición de norma “remisiva” o “autoritativa” del artículo 926 transgrede aquel principio.

1. Sobre el principio de tipicidad, su justificación y su relación con los derechos reales

El principio de tipicidad de los derechos reales extrae del ámbito de la autonomía privada la posibilidad de configuración de los atributos de los derechos reales⁹, así se “(...) sugiere la idea de unos derechos reales de contenido siempre igual *ad intra* y perfectamente separados *ad extra* de cualquier contaminación jurídico-personal, que, en el perfecto aislamiento de su existencia y en la pureza de su entidad real, vendrán a constituir el objeto neto de la inscripción y

ha dicho que “la situación jurídico-real de las fincas, amén de los arrendamientos y las limitaciones de capacidad y dispositivas del titular registral, constituyen el más íntegro y adecuado objeto de la inscripción en el Registro y de la publicidad registral”. (GORDILLO CAÑAS, Antonio. “El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 51, N° 2, Madrid, 1998, p. 429).

En resumen, cuando estamos ante normas como el artículo 926, nos acercamos más a un régimen de oponibilidad de derechos que a la producción de ellos. En ese sentido, no se explica cómo este artículo se regiría por las reglas de la tipicidad de los derechos reales.

- 8 “¿Puede el hecho de la inscripción convertir en real un derecho que sin ella se considera personal? La respuesta afirmativa supone aceptar un concepto del derecho real vacío en sí mismo y *ad intra*, y consistente exclusivamente en su oponibilidad *erga omnes*; una oponibilidad que a veces va a llegar a considerarse *aura obra* y gracia de la publicidad registral (...) La genérica y abierta vocación legal de los derechos reales al Registro de la Propiedad, y la exclusión, en principio, de los derechos personales respecto al mismo, obligan, de acuerdo con la naturaleza de las cosas y con el fundamento y razón de ser de la publicidad registral, a distinguir entre la oponibilidad natural del derecho real, derivación y consecuencia de su inherencia a la cosa, y la oponibilidad prestada que de la publicidad pueden obtener extrínsecamente ciertos derechos personales. No es una oponibilidad de cualquier origen la que distingue al derecho real, sino la que naturalmente deriva de la inmediatez del poder que este supone en la cosa. El Registro de la Propiedad no tiene respecto de ella ninguna virtud creadora; se limita, de suyo, simplemente a vehicularla en interés de la seguridad de los terceros que, sin la publicidad registral, podrían desconocerla”. GORDILLO CAÑAS, Antonio. Ob. cit., pp. 434-436.
- 9 “La exclusión de la autonomía de las partes, que era el fin perseguido por esta limitación forzosa de los tipos, favorece la claridad y abarcabilidad de las relaciones jurídicas reales. (...) El sistema del registro inmobiliario, que persigue el mismo fin, solo puede ser eficaz si el número de los derechos registrables es limitado y su contenido está fijado por ley. Así, pues, la creación de cualquier nuevo derecho real por acuerdo de las partes queda excluida (...)”. (Enneccerus 1971: 14); en el mismo sentido, WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos Reales*. Tomo I. Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2005, p. 49; TUHR, Andreas von. *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Vol. I. Traducción de Tito Ravá. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 141 y HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Tomo II. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 32.

de la publicidad registral¹⁰. No obstante, el ámbito en el cual se desenvuelven los pactos restrictivos y los derechos que pueden estos originar se moldean sobre la base de la autonomía privada¹¹.

El principio de tipicidad dentro de los derechos reales, parte de la idea de la mayor proyección social¹² de los derechos reales, es decir, mientras que la relación puramente obligacional limita su eficacia a la estricta relación *inter partes*, el derecho real está dotado de la oponibilidad *erga omnes*, por ello, se deberá estar a su existencia y contenido¹³.

Asimismo, es importante resaltar que el principio de tipicidad salvaguarda el interés que subyace en las distintas figuras de los derechos reales, en cuanto determinante de las formas de poder en las cosas que el ordenamiento autoriza y tutela; así como, la conatural vocación del derecho real hacia el tráfico¹⁴.

De esta manera el principio de tipicidad de los derechos reales busca una “estandarización”¹⁵ de figuras al que el ordenamiento jurídico dota de reconocibilidad y protección, a la vez que facilita el tráfico, mediante la configuración legal de los presupuestos y consecuencia afines a los distintos tipos de

10 GORDILLO CAÑAS, Antonio. Ob. cit., p. 428.

11 “Las partes tendrían mayor libertad para dar forma a los derechos reales [*property rights*] tradicionalmente reconocidos y, aunque bajo estrictas condiciones, tendrían la libertad de crear nuevos derechos reales. Estos derechos no necesariamente tendrían una efectividad contra todos [*erga omnes*], pero podrían ser efectivos contra terceras personas determinadas.” (ERP, Sjef van. “A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?” Electronic Journal of Comparative Law. Vol. 7.2, June, 2003, p. 21. Consulta: 4 de marzo de 2016. <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html#N_1_>).

12 El sentido de “proyección social” de los derechos reales es abordado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*. Tomno I, Civitas, Madrid, 1986, p. 19, bajo la forma de “apariencia” o “régimen de publicidad”. Este autor sostiene que “(...) Siendo el sistema de los derechos reales un sistema de protección de la apariencia, su ejercicio está sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exige la preexistencia típica el derecho (*nomen iuris*) y la determinación sustancial de su contenido. La eficacia *erga omnes* de un derecho (real) ha de ser considerada como especial (típica), sin que se pueda en virtud de acuerdos privados constituir relaciones con trascendencia universal”.

13 GORDILLO CAÑAS, Antonio. Ob. cit., p. 448.

14 Ídem.

15 Así, por ejemplo, SMITH, Henry E. y MERRILL, Thomas W. “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”. Yale Law Journal. Vol. 110, N° 1, 2000, p. 23. Véase en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=250973>. Consulta: 21 de febrero de 2016, usan la expresión “standardization” para referirse al *numerus clausus*: “(...) la idea de que los intereses de propiedad pueden ser creados solamente en un número limitado de formas estandarizadas tiene un estado muy singular en el *common law*. Si uno observa lo que los abogados y los jueces hacen, es claro que el *numerus clausus* ejerce una poderosa influencia sobre el sistema de derechos de propiedad (...) desde la perspectiva del abogado en ejercicio, todo el sistema presenta la imagen de un menú fijo de opciones entre las que no se permitirán desviaciones. Las posibilidades de convencer a una corte para crear un nuevo tipo de propiedad en cualquier caso particular son demasiado remotas para ser tomado en serio. A este respecto, los derechos reales [*property law*] siempre ha sido y sigue siendo muy diferente del derecho contractual [*contract law*]. La expresión también es usada por DAVIDSON, Néstor M. “Standardization and Pluralism in Property Law”. En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 61, N° 6, 2008, pp. 1597-1663. Véase en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1305383>. Consulta: 20 de febrero de 2016; LEHAVI, Amnon. “The Standards of Property”. Interdisciplinary Center Herzliyah - Radzyner School of Law. N° 2-Septiembre, 2009, pp. 1-42. Véase en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467087>. Consulta: 20 de febrero de 2016 y AKKERMANS, Bram. “Standardisation of Property Rights in European Property Law”. Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI). Working paper N° 2013/9, pp. 1-27. 2013. Véase en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=22316188>. Consulta: 13 de febrero de 2016. Cabe precisar que traducimos (pero no identificamos) “*property law*” como “derechos reales”, para una facilidad expositiva. Puesto que, incluso, la expresión *property law* involucra a la propiedad intelectual, lo que, bajo nuestro sistema, sería impensable.

derechos reales. Esto implica una reducción de los costos relacionados a la configuración de los atributos del derecho real dentro del programa contractual. Asimismo, “La necesidad de la estandarización en los derechos reales se debe a una externalidad vinculada a los costos de medición: las partes que crean nuevos derechos reales no tienen en cuenta la magnitud total de los costos de medición que imponen al extraño para el título”¹⁶.

Para Álvarez¹⁷ la tipicidad busca mantener un régimen de liberalización de la propiedad, por medio de la limitación cuantitativa de las cargas reales, de una propiedad dividida (dominio útil, dominio directo) y de los gravámenes ocultos. A la vez que constituye un privilegio superior (derecho real limitado), por tanto, excepcional, entre uno de los acreedores frente a los otros. Y la carga axiológica de la tipicidad tiene subyacente la tutela del crédito frente a la autonomía privada; en ese sentido, la crisis actual del sistema de *numerus clausus* se debe

Comentario relevante del autor



El principio de tipicidad de los derechos reales busca una “estandarización” de figuras al que el ordenamiento jurídico dota de reconocibilidad y protección, a la vez que facilita el tráfico, mediante la configuración legal de los presupuestos y consecuencia afines a los distintos tipos de derechos reales.

una inversión de dicho orden, es decir, una mayor ponderación de la autonomía privada, sin que medie una “causa jurídica” justificante del cambio.

Con respecto al artículo 881¹⁸ que consagra la regla del *numerus clausus*, encontramos que en la “Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales

16 SMITH, Henry E. y MERRILL, Thomas W. “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”. Yale Law Journal. Vol. 110, N° 1, 2000, p. 26. Véase en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=250973>. Consulta: 21 de febrero de 2016.

17 “El fundamento ontológico de la tipicidad es que todos los derechos reales limitados deben considerarse de algún modo como regímenes de desmembración de la propiedad en razón a una **causa jurídica**, y que suponen medidas antieconómicas de tutela singular frente al principio supremo de tutela universal de los acreedores. Son, por tanto, derechos excepcionales (típicos). (...) detrás de la tipicidad late la pretensión de la defensa de valores universales y, muy especialmente, el principio supremo del liberalismo: **la tutela del crédito**. En definitiva, todo privilegio crediticio tiene vocación de constituirse en derecho real, y, a la inversa, aunque parezca menos evidente, todo derecho real oculta por su parte una desmembración de la propiedad, un privilegio crediticio. Todo derecho real es una excepción al carácter personal de las cargas y una limitación o excepción a la igualdad y tutela universal de los acreedores. (...) el sistema de tipicidad de los derechos reales representa en la codificación la sustitución del concepto jurisdiccional y político de la propiedad, por un concepto estrictamente económico en el que el interés supremo protegido es la tutela del crédito” (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1986, pp. 20 a 22).

18 En sede nacional, ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo III, 2ª edición, Normas Legales, Lima, 2011, p. 38. quien está a favor de la regla del *numerus clausus*, sostiene que “(...) si se permitiese que por voluntad de las partes se creasen toda suerte de derechos reales la consecuencia sería particularmente negativa para la seguridad y tranquilidad económica social”.

Por su parte, GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2013, pp. 123-129, señala que “(...) nuestro sistema reconoce expresamente el sistema del *numerus clausus*, pero con alguna flexibilidad respecto al contenido de los derechos de disfrute. En tal sentido, los derechos reales (típicos) no son camisas de fuerza inmodificables, pues en algunos se concede cierta autonomía a los particulares para alterar el contenido circunstancial del derecho-tipo”. Así, advierte que “(...) sin perjuicio de reconocer que en todos los ordenamientos existentes se reconoce una determinada apertura en el contenido del derecho real, así como las modalidades del negocio jurídico, que terminarán repercutiendo en el derecho real, una “disponibilidad negocial sobre su contenido”. En relación con la “flexibilidad” anota que esta “(...) no es aplicable en la propiedad ni los derechos de garantía. En el primer caso (...) la desmembración del dominio lo convertiría en otro derecho, por lo que no es posible limitarlo por acto de voluntad, sin base legal, pues ello lo desnaturaliza”.

del Código Civil”, Maisch, miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, dice que dicho artículo “está destinado a establecer una tipificación formal de los derechos reales, la misma que es excluyente y exclusiva y que tiene la específica intención de impedir la **desnaturalización** de tales derechos (...)”. Sobre la base de esta premisa, se puede decir que, para los miembros de la Comisión Reformadora, la regla del *numerus clausus* en nuestra codificación tenía por finalidad evitar la “desnaturalización” de los derechos reales, es decir, salvaguardar la esencia que inspiraban dichos derechos.

No obstante, “(...) este principio representa actualmente, más que la expresión de una regla positivamente codificada, una cláusula general de orden público económico, que sintetiza las cuestiones de política jurídica que, en los distintos sistemas legislativos, representan la estructura de los intereses privados sobre los bienes; en consecuencia, ha llevado a reconocer que su concreta aplicación, al modo de otras cláusulas generales del sistema, no pueda prescindir de una constante verificación de su fundamento racional, y de los intereses de carácter general que, en un determinado momento histórico y económico, justifican la evidente limitación que aquel principio impone a la capacidad comercial de los privados”¹⁹.

De lo anterior, el principio del *numerus clausus* viene siendo relativizado ante la imposición de una mayor dinámica del tráfico en la relación de pertenencia sobre los bienes frente a las tradicionales *demembrements de la propriété*. Y es en el derecho francés donde la relativización se hace presente mediante el *Avant-projet* de reforma del *Livre II: Des Biens* del *Code Civil*, elaborado bajo la dirección de la *Association Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française*²⁰; concretamente bajo la creación de la figura de los *droits réels de jouissance spéciale*²¹.

De esta forma los *droits réels de jouissance spéciale* se abren paso frente a las disposiciones del *ancien régime*²² “(...) comúnmente identificado como el centro propulsor de reformas que, a partir del siglo XIX, ha auspiciado a los países de Europa continental, llevando al derrocamiento del sistema de relaciones fundadas sobre los privilegios y la fragmentación de los estatutos dominicales, en consecuencia, hacia el ensalzamiento de la propiedad –proclamada sagrada e inviolable– como derecho fundamental sobre los bienes, y subsecuente limitación de cada vínculo que pudiera gravarla de forma permanente”²³.

Los *droits réels de jouissance spéciale* sustrae del ámbito del orden público un espacio otorgado a los particulares, estableciendo

19 MEZZANOTTE, Francesco. “‘Liberté Contractuelle’ e ‘Droits Réels’” (A Proposito di un Recente Dialogo tra Formanti Nell’Ordinamento Francese). En: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. 59, N° 4, Padova, 2013, pp. 857 a 858.

20 Cfr. *Propositions de l’Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, dir. H. Périnet-Marquet. La primera versión del proyecto de reforma (*Proposition de réforme du livre II du code civil relatif aux biens*) de noviembre de 2008. La versión final del 15 de mayo de 2009 se encuentra disponible en el sitio web: <<http://www.henricapitant.org/node/70>>.

21 **Article 608.-**

Le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d’ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d’un usage spécial ou d’une jouissance spéciale d’un ou de plusieurs de ses biens.

Les droits réels de jouissance sur le domaine public s’établissent et s’exercent dans le cadre du code général de la propriété des personnes publiques et selon les lois qui les régissent.

22 Asociado a la regla establecida en el artículo 543 del *Code Civil* que indica que: “[S]e puede tener sobre los bienes un derecho de propiedad, o un simple derecho de goce, o tan solo el poder de exigir servidumbres prediales”.

23 MEZZANOTTE, Francesco. Ob. cit., p. 858.

un “derecho abierto” “(...) idóneo para conducir una amplia gama de facultades de aprovechamiento económico de los bienes concedido por los propietarios a sus contrapartes negociales”²⁴. Sin embargo, sujeto a los supuestos de “extinción” regulados en el artículo 611²⁵ del *avant-projet*.

En relación a las *Cour de cassation*, como anota Mezzanotte, “(...) no puede identificarse una tradición históricamente insensible respecto a veces impulsados hacia una extensión de los límites de la disciplina de los *droits réels*, provenientes de las prácticas negociales y, más en general, de la evolución del sistema y de las relaciones económicas subyacentes al ordenamiento jurídico”. Y es que en numerosas sentencias la Corte de Casación francesa se ha visto favorable a la *frammentazioni proprietarie* legítimamente alcanzable a través del ejercicio de la autonomía privada negocial de los privados²⁶.

La postura francesa antes expuesta parece ir en el sentido que se debe “actualizar” el principio de *numerus clausus* por razones diversas a aquellas que, bajo una ideología de las codificaciones ochocentistas, habían sostenido la afirmación de un modelo de propiedad, en el cual el dominio pleno y exclusivo del *capitale fondiario* habría garantizado a

los titulares la posibilidad del uso eficiente de la tierra, promoviendo, consecuentemente, los intereses generales del sistema económico²⁷.

Al repasar la experiencia de los “formantes” franceses, podemos sostener que la relativización del principio de *numerus clausus* no se sustenta en el “vulguismo jurídico que comporta el abuso del principio de la autonomía de la voluntad”²⁸, sino una expresión de una evolución del tráfico jurídico. Sin embargo, esto no implica una incondicional apertura –de ahí la posible convivencia entre la categoría de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad con el principio de *numerus clausus*– a la intervención de la voluntad negocial en el campo de los derechos reales, debiendo permanecer sujeta al filtro de los “formantes” jurisprudenciales, doctrinales y la práctica jurídica, la selección de las nuevas situaciones apropiativas como respuesta a la necesidad de la evolución social²⁹.

2. El principio del *numerus clausus* y la autonomía privada en la configuración de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad

Cuando hablamos de autonomía privada, ante todo, pensamos en una categoría exclusiva

24 MEZZANOTTE, Francesco. Ob. cit., p. 861.

25 **Article 611**

Le droit réel de jouissance spéciale s'éteint:

- par l'expiration du temps pour lequel il a été consenti, lequel ne peut excéder trente ans;

- par la réunion dans le même patrimoine des deux qualités de bénéficiaire de la jouissance spéciale et de propriétaire;

- par le non-usage pendant une durée déterminée, le cas échéant, par la convention;

- par la perte totale de la chose sur laquelle il a été établi.

26 MEZZANOTTE, Francesco. Ob. cit., p. 863.

27 Ibidem, p. 868.

28 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1986, p. 22.

29 En similar sentido se encuentra Erp cuando afirma que “esta tendencia hacia la relajación y flexibilidad es una *conditio sine qua non* para el desarrollo de los derechos reales [*property law*] en una era caracterizada por una *economía de integración regional y global* (...)”. (ERP, Sjöf van. “A *numerus quasi-clausus* of property rights as a constitutive element of a future European property law?” *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 7.2, June, 2003, p. 21 Consulta: 4 de marzo de 2016. <[136 _____ pp. 123-142 • ISSN 2305-3259 • Nº 36 • JUNIO 2016 | GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL](http://www.ejcl.org/72/art72-2.html#N_1_>).</p>
</div>
<div data-bbox=)

del derecho de los contratos (*rectius*, negocio jurídico). Sin embargo, no se vincula la idea de autonomía con la de derechos reales, puesto que la libertad de configuración es ajena a esta última categoría. Consideramos que este es enfoque es esencial para poder responder la pregunta planteada *supra* 2., así como para justificar el desarrollo de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad. Por ello, centramos el análisis, no tanto entre la “tipicidad” y los “derechos reales”, sino, más bien, entre “tipicidad” y “autonomía privada”, como categorías contrapuestas y propias de los derechos reales y el derecho de los contratos, respectivamente.

A modo de breve explicación histórica, el “*classical model of property law*”³⁰ parte de la premisa que la idea moderna de propiedad en la cual se funda el *Code Civil* fue una expresión de los ideales de libertad e igualdad. “(...) en el derecho de propiedad, libertad e igualdad significan, ante todo, libertad [o liberación o apartamiento, si se prefiere] del sistema feudal de la tenencia sobre la tierra y la abolición de cual especial tratamiento basado en el estatus social (...) también significa libre disposición de la propiedad y una limitación a la libre creación de *mainmorte* [“manos muertas”], limitando la posibilidad de crear un *fideicommissum*. El deseo de ser libre de los sistemas feudales explica por qué las servidumbres, especialmente las personales (usufructo), eran vistas con suspicacia”³¹.

Comentario relevante del autor



Cuando hablamos de autonomía privada, ante todo, pensamos en una categoría exclusiva del derecho de los contratos (*rectius*, negocio jurídico). Sin embargo, no se vincula la idea de autonomía con la de derechos reales, puesto que la libertad de configuración es ajena a esta última categoría.

Como resultado de evitar el renacimiento del sistema feudal, los ideales de libertad e igualdad entraron en conflicto. “En una mano, igualdad implicaba que las partes pudieran no estar habilitadas de crear libremente obligaciones hacia terceras personas, especialmente obligaciones que implicaban un hacer. ¡No más vasallos! Libertad. En la otra mano, implicaba que tal creación de obligaciones estuviera en las manos y a la discreción de los ciudadanos”³².

El miedo por revivir un sistema feudal de trabas para la libertad sobre la propiedad fue tan fuerte que la igualdad prevaleció sobre la libertad. Esto implicaba que las partes tenían que ser limitadas en interés de la igualdad para el evitar un retorno al sistema feudal.

30 Cuando se usa la expresión *property law*, no debe ser entendido como “derecho de propiedad”, puesto que aquella expresión engloba un conjunto mayor de categorías, como *the of ownership* (*rectius*, derecho de propiedad) y otros “*absolute rights*”. Así cuando se habla del *classical model of property law*, es mejor asemejarlo a un modelo clásico de los derechos reales.

Por ejemplo, el Código Civil holandés (*Dutch Civil Code*) con el cual se forma Sjef van Erp reconoce como “*absolute rights*”: *ownership, servitudes, emphyteusis, superficies, right of apartment* (propiedad horizontal), *pledge* y *mortgage*.

31 ERP, Sjef van. “From ‘classical’ to modern European property law?” *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus/ Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*. Athens/Brussels: Ant. A. Sakkoulas-Bruylant, pp. 7-8 (ver. Web), 2009. Véase en: <<http://ssrn.com/abstract=1372166>>. Consulta: 4 de marzo de 2016.

32 Ídem.

Como consecuencia, la libertad contractual no aplicó en relación con los derechos de propiedad. Y como consecuencia, el derecho de propiedad tuvo que ser separado del derecho de los contratos. A fin de distinguir si la relación podría ser calificada de contractual o real, la distinción entre derecho de los contratos y derecho de propiedad tuvo que ser creada.

En efecto, si alguna persona deseara configurar determinados derechos sobre los bienes que fueran de cumplimiento para los demás (oponibles), se requeriría que estos cumplieran con ciertos límites estrictos. Primero, la selección de estos derechos solo podría haber sido hecha de una lista de derechos de propiedad, dentro de esta lista, el contenido de los distintos derechos podría ser modificados, pero solo en un limitado grado. Segundo, estos derechos debían ser publicitados, ya sea a través del registro, la posesión o algún diferente medio de información³³.

Estos dos parámetros son desarrollados bajo la noción del principio de *numerus clausus* y el “principio de transparencia”. Centrándonos en este segundo principio, tenemos que este tiene dos aspectos: la publicidad y la especialidad³⁴, los cuales vienen dados por la propia ley. Así, en los sistemas que adoptan el principio de tipicidad para los derechos reales, tenemos que la configuración de estos viene enteramente determinada por la ley,

pudiéndose modificar ciertos aspectos, siempre y cuando cuenten con un mecanismo que los dote de reconocibilidad. Por lo tanto, lo relevante en celebración de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad será dotar a los nuevos derechos de mecanismos que aseguren el conocimiento de su configuración por parte de futuros adquirentes o personas con titularidades que podrían conflictuar con estos derechos; más que respetar o cumplir con los tipos previstos legalmente.

En una aproximación similar al problema del *numerus clausus*, Hansmann y Kraakman³⁵ ofrecen el siguiente análisis del trabajo de Smith y Merrill, cuyo trabajo lo esquematizan en los siguientes puntos: 1) Los derechos reales difieren de los derechos contractuales [*contract rights*] por ser oponibles a todo el mundo. 2) Ambos, el *common law* y el *civil law*, limitan los derechos reales a un pequeño número (*numerus clausus*) de tipos bien-definidos. 3) Estos límites sirven para reducir los costos de información-procesamiento de los potenciales compradores de aquellos derechos que, precisamente, están comprando y de potenciales agraviados con cuyos derechos reales no deben interferir. 4) Siendo precisos, existe una “óptima estandarización” [*Optimal Standardization*] de los derechos reales, cuando existe un apropiado número de tipos alternativos, determinados por una disyuntiva entre la utilidad de tener más tipos y la confusión que más tipos podrían ocasionar.

33 Ídem.

34 Ídem.

35 HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. “Property, Contract, and Verification: The numerus clausus problema and the divisibility of rights”. *Journal of Legal Studies*. Vol. 31-Junio,2002, p. S373. Véase en: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Hansmann_Contract.pdf>; <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=323301>. Consulta: 12 de diciembre de 2015.

Al respecto, Hansmann y Kraakman³⁶ realizan la siguiente crítica: 1) Los derechos reales difieren de los derechos contractuales en que un derecho real sobre un bien, a diferencia de un derecho contractual, puede ser exigido contra los subsecuentes adquirentes de otros derechos sobre ese bien. Esto es, el derecho “corre con el bien” [*runs with the asset*]. 2) Las limitaciones legales sobre la creación de derechos reales toman la forma, no de estandarización en dirección a un pequeño número de tipos bien definidos, sino de regulación de tipos y grados de publicidad requeridos para establecer diferentes tipos de derechos reales. 3) Estas limitaciones sirven, no para facilitar la comunicación entre las personas quienes intercambian derechos, sino para facilitar la verificación de la titularidad de los derechos ofrecidos en el intercambio. 4) Las normas sobre derechos reales generalmente se ocupan del problema de la verificación de un derecho real, presumiendo que todas las facultades sobre un único bien, recaen sobre un único titular, sin considerar la excepción de que varias facultades sobre un único bien son también exigibles si fueron puestas en conocimiento de los demás titulares.

Como se puede observar, la postura desarrollada por Smith y Merrill se asemeja al desarrollo tradicional que en nuestra tradición jurídica han tenido los derechos reales, así se habla de elementos diferenciadores entre *contract rights* y *property rights*, lo que en nuestra tradición ha servido para distinguir entre derechos reales y personales, así, por ejemplo, la oponibilidad *erga omnes*,

Conclusión del autor

Los pactos restrictivos se encuentran enmarcados en aquellos límites convencionales permitidos por el ordenamiento jurídico. Las limitaciones convencionales son producto de la autonomía privada y pueden consistir en restricciones en el uso, el aprovechamiento, la mejora y conservación, entre otros.

el principio de tipicidad y la “proyección social” generada por los tipos de los derechos reales acogida por la doctrina alemana de inicio del siglo XX³⁷. No obstante, se diferencia en el criterio económico de un “estándar óptimo” que se logra cuando existe un equilibrio entre un número de derechos reales y la confusión que podría generar.

Consideramos acertada la crítica formulada por Hansmann y Kraakman en tanto que centro el análisis de la tipicidad de los derechos reales no es una prohibición absoluta de la autonomía privada, sino que constituyen “tipos” que se moderan por el “grado de cognoscibilidad” que se puede generar frente a terceras personas, puesto que central en el intercambio es verificar la titularidad derechos creados pro pactos y no que “(...) las terceras partes deban invertir tiempo y recursos en determinar los atributos de estos derecho (...)”³⁸.

36 Ídem.

37 Ver *infra*, pie de página 7.

38 SMITH, Henry E. y MERRILL, Thomas W. Ob. cit.

Del anterior desarrollo, concluimos que el principio de *numerus clausus* no excluye del todo la configuración de nuevas formas o modificaciones de los derechos reales legalmente previstos, siempre y cuando sean acordes por el “principio de transparencia” (Sjef van Erp) que no es más que dotarlos de un mecanismo de reconocibilidad que permitan facilitar la “verificación” de la propiedad de los derechos ofrecidos en el intercambio (Hansmann y Kraakman). En consecuencia, el artículo 926 no encuentra una limitación en el principio de tipicidad de los derechos reales recogido en el artículo 881; luego, el artículo 926 resulta una norma autoritativa.

Conclusiones

Los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad son aquellos acuerdos en los cuales un propietario decide restringir de forma unilateral o conjunta con otras personas el ejercicio de una de las facultades que confiere el derecho de propiedad. No obstante, lo relevante de dichos pactos son los efectos jurídicos que los pactos producen, concretamente, las situaciones jurídicas nacidas de dichos pactos.

Los pactos restrictivos se encuentran enmarcados en aquellos límites convencionales permitidos por el ordenamiento jurídico. Las limitaciones convencionales son producto de la autonomía privada y pueden consistir en restricciones en el uso, el aprovechamiento, la mejora y conservación, entre otros.

Ahora bien, estas limitaciones restrictivas o restricciones pueden ser, en algunos casos, derechos reales menores; sin embargo, no se limitan a ellos. Por esta razón el plano de las restricciones está sustraído de la tipicidad de los derechos reales, es decir, se rige bajo la autonomía privada, moldeadora de nuevas figuras ajustadas a los intereses de los titulares del derecho.

De los casos desarrollados, se aprecia que el Tribunal Registral mantiene una postura bastante abierta a la admisión de las restricciones, considerando la inscripción de las limitaciones convencionales que no sean del todo prohibitivas y permitan un margen de discrecionalidad al titular del derecho de propiedad.

En relación el principio del *numerus clausus*, se ha verificado que este viene siendo relativizado ante la imposición de una mayor dinámica del tráfico en la relación de pertenencia sobre los bienes, como se aprecia en los proyectos de reforma del Código Civil francés y la jurisprudencia. Sin embargo, esto no implica una incondicional apertura—de ahí la posible convivencia entre la categoría de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad con el principio de *numerus clausus*—a la intervención de la voluntad negocial en el campo de los derechos reales, debiendo permanecer sujeta al filtro de los “formantes” jurisprudenciales, doctrinales y la práctica jurídica, la selección de las nuevas situaciones apropiativas como respuesta a la necesidad de la evolución social.

Para el mejor desarrollo de los pactos restrictivos del ejercicio, conviene cambiar la óptica sobre los derechos reales como categorías estáticas y plantear la cuestión entre “tipicidad” y “autonomía privada”, propias de los derechos reales y el derecho de los contratos, respectivamente.

Los sistemas que adoptan el principio de tipicidad para los derechos reales, no excluyen la posibilidad modificar ciertos aspectos, siempre y cuando cuenten con un mecanismo que los dote de reconocibilidad. Por lo tanto, lo relevante en celebración de los pactos restrictivos del ejercicio de la propiedad será dotar a los nuevos derechos de mecanismos que aseguren el conocimiento de su configuración por parte de futuros adquirentes o personas con titularidades que

podrían conflictuar con estos derechos; más que respetar o cumplir con los tipos previstos legalmente.

Referencia bibliográfica

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Curso de Derechos Reales*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1986.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo III, 2ª edición, Normas Legales, Lima, 2011.
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. “Límites convencionales de la propiedad”. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2013.
- AKKERMANS, Bram. “Standardisation of Property Rights in European Property Law”. Maastricht European Private Law Institute (M-EPLI). Working paper N° 2013/9. En: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=22316188>.
- CLARKE, Alison y GODT, Christine. “Comparative property law: collective rights within common law and civil law systems”. En: GODT, Christine (Editora). *Cross Border Research and Transnational Teaching under the Treaty of Lisbon - Hanse Law School in Perspective*. Vol. 1. Oldemburgo: Hanse Law School Series, 2010. En: <https://www.unioldenburg.de/fileadmin/user_upload/wire/fachgebiete/eurowt/download/Comparative_Property_Law_Clarke_a_Godt_in_Godt_et_al_2013.pdf>.
- DAVIDSON, Néstor M. “Standardization and Pluralism in Property Law”. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 61, N° 6, 2008. En: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1305383>.
- DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe. “Restricciones convencionales al derecho de propiedad y su oponibilidad a terceros”. En: *Revista Themis*. Época 2, N° 60, Lima, 2011.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, Vol. I, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1971.
- ERP, Sjef van. “A numerous quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?” *Electronic Journal of Comparative Law*. Vol. 7.2, June, 2003. En: <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html#N_1_>.
- ERP, Sjef van. “From ‘classical’ to modern European property law?” *Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus/Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*. Athens/Brussels: Ant. A. Sakkoulas-Bruylant. En: <<http://ssrn.com/abstract=1372166>>.
- GONZALES BARRÓN, Gunter. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2013.
- GONZALES LINARES, Nerio. *Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales*. 2ª edición, Jurista Editores y Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas, Lima, 2012.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. “El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 51, N° 2, Madrid, 1998.
- GROSSI, Paolo. *La Propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Traducción y “Prólogo para civilistas” de Ángel M. López y López, Civitas, Madrid, 1992.
- HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. “Property, Contract, and Verification: The numerus clausus problema and the divisibility of rights”. *Journal of Legal Studies*. Vol. 31, junio, 2002. En: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Hansmann_Contract.pdf> <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=323301>.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Tomo II. Traducción de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- LEHAVI, Amnon. “The Standards of Property”. *Interdisciplinary Center Herzliyah*

- Radzyner School of Law. N° 2 de setiembre, 2009. En: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467087>.
- MEZZANOTTE, Francesco. “‘Liberté Contractuelle’ e ‘Droits Réels’ (A Proposito di un Recente Dialogo tra Formanti Nell’Ordinamento Francese)”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. 59, N° 4, Padova, 2013.
 - RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1986.
 - SMITH, Henry E. y MERRILL, Thomas W. “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”. *Yale Law Journal*. Vol. 110, N° 1, 2000. En: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=250973>.
 - TUHR, Andreas von. *Teoría General del Derecho Civil Alemán*. Vol. I. Traducción de Tito Ravá. Marcial Pons, Madrid, 1998.
 - WESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter. *Derechos Reales*. Tomo I. Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2005.