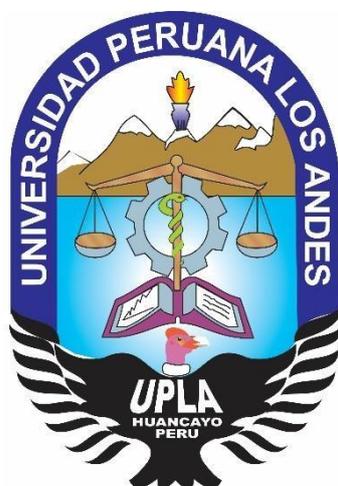


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

TITULO : **LA AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 882° DEL CÓDIGO CIVIL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

PARA OPTAR : **EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR : **KARIN LIZ ARCOS ROMO**

ASESOR : **MG. HÉCTOR ARTURO VIVANCO VÁSQUEZ**

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : **DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**

FECHA DE INICIO Y DE CULMINACIÓN : **NOVIEMBRE 2019 A AGOSTO 2020**

Huancayo – Perú

2020

DEDICATORIA

Mi tesis lo dedico con todo mi amor y lealtad a mi amada madre; Yolanda Julia Romo de Arco, por creer en mi capacidad de que uno logra sus objetivos con la perseverancia del día a día con esfuerzo y dedicación, aunque he pasado momentos difíciles, pero siempre ella está brindándome su comprensión, cariño y siempre sus palabras de impulso, que uno no se debe de dar por vencido y que siempre uno debe dar lo mejor de sí, A mis padres gracias por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad; muchos de mis logros se lo debo a ustedes entre los que se incluye este, me formaron con reglas y con algunas libertades, pero al final de cuentas, me motivaron constantemente para alcanzar mis objetivos.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la Universidad Peruana los Andes – UPLA en la cual me formaron para ser una exitosa profesional, que me brindaron los conocimientos de los cuales los adquirí a través de los docentes de mi facultad Derecho y Ciencias Políticas y de la cual siempre he recibido apoyo incondicional. En general a todas las instituciones, organismos, archivos, bibliotecas, que de alguna manera contribuyeron a facilitarme acceso a la información requerida para alcanzar los objetivos trazados en mi tesis. En especial a mis padres y hermanos de los cuales siempre recibí su apoyo. Finalmente, a todas aquellas personas colegas y amigos que me brindaron su apoyo, tiempo e información para el logro de mis objetivos.

Índice

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	10
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	10
1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	11
1.2.1. Delimitación espacial	11
1.2.2. Delimitación temporal	11
1.2.3. Delimitación conceptual	11
1.3. FOMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.3.1. Problema general.....	12
1.3.2. Problemas específicos.....	12
1.4. JUSTIFICACIÓN	12
1.4.1. Social.....	12
1.4.2. Científica-teórica.....	12
1.4.3. Metodológica.....	13
1.5. OBJETIVOS	13
1.5.1. Objetivo general.....	13
1.5.2. Objetivos específicos.....	13
1.6. MARCO TEÓRICO	13
1.6.1. Antecedentes de la investigación.....	13
1.6.3. Marco conceptual	63
1.7. HIPÓTESIS	64
1.7.1. Hipótesis general.....	64
1.7.2. Hipótesis específicas	64
1.7.3. Variables	64
1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	66
CAPÍTULO II.....	68
METODOLOGÍA.....	68
2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	68
2.1.1. Métodos generales	68
2.1.2. Métodos específicos	69

2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	69
2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN	70
2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	70
2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA	71
2.6. TÉCNICAS Y/O INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	71
2.6.1. Técnicas de recolección de datos	71
2.6.2. Instrumentos de recolección de datos	71
2.7. PROCEDIMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	71
2.8. TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE DATOS	72
CAPITULO III.....	74
RESULTADOS	74
3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO	74
3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS.....	80
CAPÍTULO IV	83
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	83
4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO	83
4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS.....	87
4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL.....	90
CAPÍTULO V	93
CONCLUSIONES	93
CAPÍTULO VI	94
RECOMENDACIONES	94
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95
ANEXOS	98
MATRIZ DE CONSISTENCIA	99
COMPROMISO DE AUTORIA	101

RESUMEN

La tesis consignada posee como objeto Analizar la manera en la que afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano, esto es, mediante esta tesis se pretende flexibilizar al artículo 882° del Código Civil peruano para que permita las cláusulas que prohíban la enajenación o gravamen pero solo en situaciones específicas; por esta razón, la tesis ha tenido un método de corte dogmático en el derecho, el que usó a modo de método general el método de la hermenéutica. Asimismo, usó un tipo de investigación básico o fundamental que tuvo nivel correlacional y un diseño observacional, en seguida, se usó la técnica del análisis de documentos doctrinarios que se procesaron a través de la argumentación jurídica con el uso de instrumentos de recolección de datos tales como la ficha de texto y de resumen las mismas que se obtienen de cada documento con datos importantes; por esto, se arribó a esta conclusión: El artículo 882° del Código Civil peruano señala que no puede prohibirse mediante contrato el gravamen o la enajenación de un bien. Sin embargo, hemos observado que esto debe ser contextual pues, en determinadas ocasiones, sí debería permitirse dicha prohibición, sin perjuicio de que determinados dispositivos normativos ya lo permitan.

Palabras clave: Libertad contractual, libre comercio, prohibición, enajenación, gravamen.

ABSTRACT

The consigned thesis aims to analyze the way in which Article 882 of the Civil Code affects contractual freedom in the Peruvian legal system, that is, through this thesis it is intended to make Article 882 of the Peruvian Civil Code more flexible so that they can receive clauses prohibiting alienation or encumbrance but only in specific situations; For this reason, the thesis has had a dogmatic method of law, which used a method of general method of hermeneutics. Likewise, he used a type of basic or fundamental research that had a correlational level and an observational design, then the technique of the analysis of doctrinal documents that were processed through legal argumentation was used with the use of data collection instruments stories as the text and summary sheet the same ones that are used of each document with important data; Therefore, this conclusion was reached: Article 882° of the Peruvian Civil Code states that the encumbrance or disposal of a good cannot be prohibited by contract. However, we have seen that this should be contextual, on certain occasions, if it should allow such a ban, without prejudice to the normative devices already allowed.

Keywords: Contractual freedom, free trade, prohibition, alienation, encumbrance.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene por objeto Analizar la manera en la que afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano, porque se ha observado en el artículo mencionado que no se puede prohibir el enajenamiento o gravamen en los contratos, lo cual está limitando el ejercicio de la libertad contractual de las partes.

En este contexto, surge la pregunta general: ¿De qué manera el artículo 882° del Código Civil peruano afecta a la libertad de contratación?, la respuesta es nuestra hipótesis general: El artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.

Determinamos que existe de alguna forma una afectación a la libertad contractual por parte del artículo mencionado, por esto, el trabajo está dividido en cuatro capítulos.

El capítulo número uno, denominado Planteamiento del Estudio, está orientado a motivar las razones de la elección del tema de tesis, así, se describe las justificaciones y la respectiva importancia, del mismo modo que las preguntas problemáticas, los objetos de la investigación, y la hipótesis planteada, así como las variables y la operacionalización de variables.

En el capítulo número dos, denominado Marco Teórico, se da luz sobre las teorías que van a sostener a la tesis, también los antecedentes de la presente investigación, que se relacionan con las variables Artículo 882° del Código civil peruano y Libertad Contractual, describiendo sus rasgos fundamentales que se presentan en forma de teorías, elementos, e importancia y, por

último, se da detalle sobre los términos básicos con la finalidad de que el lector entienda claramente la investigación.

El capítulo número tres, llamado Metodología, fundamenta el procedimiento metodológico usado dentro de la investigación con la finalidad de llegar a los resultados expuestos. De este modo, se da exposición sobre la metodología, sobre el nivel al que alcanza la tesis, el tipo de la misma, así como el diseño, la población y muestra. Colocando de igual modo las técnicas e instrumentos consignados.

Al final, en el capítulo número cuatro, que se titula Análisis y Discusión de los resultados, son mostradas las respuestas a las que se arribó con los argumentos estipulados, para lograr una buena motivación que demuestre la aceptación o negación de la hipótesis planteada por la tesis.

Conservamos la esperanza de que la tesis sea estudiada con fines académicos y, en necesidad, sea refutada, conservada o ampliada, todo ello en el porvenir de la investigación.

El autor.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El artículo 882° del Código Civil peruano señala: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”.

Entendámoslo con mayor profundidad con el siguiente ejemplo.

Luis es propietario de un bien inmueble, el mismo que desea vender. Carlos está interesado en comprar dicho bien. Luis ha cuidado el inmueble durante cinco años porque ha desarrollado un herbario con exóticas plantas. Debido a la amistad estrecha que poseen Luis y Carlos, Luis ha decidido vender dicho bien a Carlos, bajo la condición de que cuide del herbario. Luis siente un fuerte apego emocional por su herbario, por lo que pide a Carlos que lo cuide, pero, para tener más seguridad de que Carlos atenderá personalmente las necesidades del herbario, Luis pide que Carlos no venda ni alquile el bien. Sin embargo, debido a la existencia del artículo 882° del Código Civil peruano, Luis y Carlos no pueden colocar una cláusula que prohíba la enajenación del bien.

Hemos observado, en el ejemplo anterior, que el artículo citado limita la libre disposición de la propiedad que ejerce Luis al momento de contratar sobre su bien. De igual modo, debemos tener en cuenta que, en caso de que fuera posible realizar dicho contrato y Carlos encontrase desfavorable el convenio, podría simplemente optar por no firmar el contrato y no adquirir el bien.

De cualquier forma, el artículo mencionado terminaría siendo ineficiente o inútil, por lo que la presente investigación solicita su desaparición.

Teniendo en cuenta lo anterior y la importancia de la propiedad, la pregunta general es: ¿De qué manera el artículo 882° del Código Civil peruano afecta a la libertad de contratación?

1.2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Delimitación espacial

Debido a que la investigación es de naturaleza jurídica dogmática, se pretende analizar instituciones jurídicas. En este sentido, nuestra tesis partió por analizar la regulación sobre: Libertad contractual y Artículo 882, siendo ambos regulados en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que nuestra delimitación espacial será el territorio peruano.

1.2.2. Delimitación temporal

Tal cual se ha mencionado, al ser la naturaleza de nuestra investigación dogmática jurídica, el tiempo se englobó hasta donde se encuentren vigentes las normativas analizadas, es decir, hasta el año 2019, porque hasta ahora no ha existido modificación o cambio trascendental sobre la forma en la que se desarrolla el artículo 882°.

1.2.3. Delimitación conceptual

En la presente investigación, los conceptos abordados tuvieron una perspectiva positivista, ya que, al ser de un análisis dogmático, los dispositivos normativos que se revisen deben revisarse con rigurosidad procedimental; de allí que se utilizó la teoría ius-positivista, porque se utilizó una interpretación jurídica positivista (exegética y sistemática-lógica).

1.3. FOMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Problema general

- ¿De qué manera afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿De qué manera afecta la imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿De qué manera afecta la imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?

1.4. JUSTIFICACIÓN

1.4.1. Social

La presente investigación tiene como finalidad la flexibilización del artículo 882° del Código Civil peruano. Mediante dicha flexibilización se logrará que personas que le han asignado un valor moral a determinados bienes puedan restringir su enajenación y gravamen por un determinado periodo de tiempo. Así, sus intereses personalísimos podrán prevalecer frente al tráfico comercial por un plazo razonable. Ello generará un mayor sentido humanitario en las transacciones comerciales y contribuirá así con el desarrollo del derecho.

1.4.2. Científica-teórica

La presente investigación contribuirá con la doctrina del derecho en lo que respecta a los límites de la libertad contractual. Es cierto que existe ciertas limitaciones justificadas para la libertad contractual, sin embargo, existe razones para flexibilizar ciertas limitaciones, sobre todo cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales.

1.4.3. Metodológica

Debido a que la presente investigación tiene un carácter dogmático en el que se ha observado la correlación de dos variables de investigación de naturaleza jurídica, no se está innovando en la metodología de investigación.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

- Analizar la manera en la que afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. Objetivos específicos

- Determinar la manera en la que afecta la imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.
- Identificar la manera en la que afecta la imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.

1.6. MARCO TEÓRICO

1.6.1. Antecedentes de la investigación

1.6.1.1. Antecedentes internacionales

Como investigación internacional, se tiene a la tesis intitulada “Las limitaciones privadas a la libre disposición de los bienes inmuebles, como resultado del traspaso a título gratuito de la propiedad: Artículo 292 del Código Civil”, realizado por Alonso José Fonseca

Pion (2013), sustentada en Costa Rica para optar el grado de licenciado en derecho por la universidad Universidad de Costa Rica, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- La permisión que da el artículo 292 del Código Civil es totalmente contraria a la tesis general que el mismo ordenamiento sostiene acerca de la facultad del legislador de limitar el dominio de un bien inmueble a una persona.
- Se ha visto que el ordenamiento es estricto y formal a la hora de determinar la vía que el legislador está obligado a seguir para poder limitar el Dominio, por ejemplo: se habló de la reserva de ley para tales limitaciones, de evitar que la limitación inutilice en la práctica y en el valor económico el derecho del sujeto, entre otras; todas ellas de peso suficiente para sentar de forma sólida el principio general del Dominio sin limitaciones (y con límites naturales, debe aquí recordarse la diferenciación hecha ya entre los límites y las limitaciones) y el Dominio limitado como el estado excepcional del mismo.
- El caso del artículo que se está analizando en cambio, contra todo este sentido racional, faculta a sujetos de derecho privado limitar a otros sujetos de derecho privado. Es decir, el primer error consiste en permitir una atribución típica de una potestad imperio a un sujeto de derecho privado, que va a perjudicar a otro sujeto con las mismas capacidades jurídicas que el limitante.
- Luego, igualmente en contradicción con la rigidez con que se tratan las limitaciones legales, el artículo permite que el sujeto de derecho privado que transmite el dominio sobre el bien inmueble imponga las limitaciones que guste y tenga a bien plantear, sin exigir las formalidades esenciales para tal hecho. Le basta a la norma que se trate de un traspaso a través de un acto a título gratuito y que la limitación no tenga una duración mayor a los diez años (el plazo de prescripción más largo que existe en nuestro ordenamiento, dicho sea de paso, por lo que tampoco se puede decir que se trata de un plazo “razonable) y en el caso que alguno de los limitados sea menor de edad puede

□

durar más de diez años hasta que ese “beneficiario” (en las palabras del Código Civil) cumpla los veinticinco años de edad.

Deja de lado el artículo 292 del Código Civil la necesidad de exigirle al limitante un interés legítimo o justo que motive su actuación, requisito que hemos visto ya es considerado uno de los más importantes para la validez de este tipo de limitaciones, desde épocas ya clásicas del Derecho Civil se ha dicho por ejemplo que: *“es preciso que la cláusula de inalienabilidad se justifique por un interés legítimo; como ocurre con frecuencia, el acto escapa a la nulidad que lo acechaba, gracias al móvil salvador que lo ha inspirado y que lo explica; ese móvil-fin, que es decisivo y que llena una función justificativa”* (Josserand, 1952, p.329).

- Se trata simplemente de una consecuencia de reconocer la facultad de disponer sobre el bien como el principio general del Dominio, de su contenido y por ello su limitación debe ser justificada correctamente, así como el legislador está atado a defender la limitación en un interés público con mucha más razón el sujeto de derecho privado debe también sostener en un interés legítimo su afán de limitar el Dominio.
- Por ello el problema central del artículo 292 del Código Civil es que evita exigir que exista un interés legítimo que motive la limitación. Lo único que existe para entender tal exigencia son los requisitos generales de las obligaciones y los contratos según nuestro Derecho (como la buena fe, entre otros más ya vistos), sin embargo, en el artículo dicho no se obliga al transmitente a plasmar el interés de la

□

limitación. Se parte de forma exclusiva entendiendo que esa justificación está de más, pues está dando el dominio sobre un bien inmueble a otra persona de forma gratuita, es considerado un acto de tal generosidad que muy probablemente se vería mal exigirle mayores requisitos. Confunde primero el legislador de aquel momento un interés que motive el traspaso a título gratuito con un interés que debe justificar la imposición de limitaciones a la facultad de disposición de quien recibe el Dominio.

Sin embargo, se va más allá y se pasa de contar con la ausencia de un interés a extrañarse de la posibilidad que existan intereses ilegítimos que motiven las limitaciones. Hacemos directa referencia a los casos en que el transmitente a título gratuito, con una tremenda “buena fe”, determina por sí solo que la persona a la que va a otorgarle el dominio sobre un bien inmueble es incompetente para saber administrarlo como él lo ha hecho, es un “pródigo”, no es capaz de asumir tal responsabilidad. Así que, por el “propio bien” de quien recibe el bien es mejor evitar que pueda disponer del mismo, porque no es capaz de tomar decisiones correctas en el ejercicio de tales facultades.

- La misma doctrina, en una época en que aún no existían ni eran concebidas las teorías modernas sobre el Derecho de Familia, la dignidad de las personas y los Derechos Humanos estaban aún en una etapa de incipiente desarrollo, lo dice así: *“se trata de protegerlo contra sí mismo, contra su ligereza, su inexperiencia, su prodigalidad: el donante estipula, a este efecto, que los bienes donados o*

□

legados sean inalienables... hasta que haya llegado a una edad determinada, veinticinco o treinta años, por ejemplo” (Josserand, 1952, p.372). Es evidente que tales “fines” no son reconocidos actualmente por nuestro Derecho, ni podrían serlo. Así, el artículo 292 del Código Civil, en su estado actual, pasa de ignorar la obligación de exigirle un requisito a las limitaciones, a haber permitido y permitir en la actualidad por su falta de revisión que existan verdaderos intereses ilegítimos ostentando protección de nuestro ordenamiento.

- El error yace en primer lugar en la falta de exigir un interés legítimo del artículo 292 del Código Civil, pero luego en segundo lugar el Notario como contralor de legalidad en los actos que otorga, no podría permitir y conocer un interés ilegal que tenga el donatario o el testador, como por ejemplo: evitar que un familiar pueda disponer del bien porque considera que es “irresponsable”.

El siguiente problema que insiste en resaltar las contradicciones del artículo 292 del Código Civil frente al resto del ordenamiento y que han sido señaladas aquí, radica en el proceso – o la falta de él – que esa norma fija para que las limitaciones nazcan a la vida jurídica de forma correcta. En el desarrollo que se hizo se vio que para el caso de las donaciones las limitaciones se inscriben tal y como se plasman en la escritura, en el caso de los testamentos si el bien es legado con limitaciones se inscriben según la letra de la escritura donde se adjudica, que a su vez se debería de redactar en la forma en que se dejó dispuesta la limitación literalmente en el testamento.

□

- Así por ejemplo, en una escritura pública²⁴ en la que se donó el bien inmueble matrícula de folio real 221.451 de la Provincia de Heredia, con varias submatrículas (derechos sobre la nuda propiedad, pues hubo reserva de un usufructo de la donante) se dice: *“Es condición de esta donación que ninguno de los aquí donatarios ni usufructuaria podrán ceder, donar, comprometer, hipotecar, traspasar, ni en modo alguno disponer ni establecer ningún negocio empresarial ni de índole comercial en el lote y casa de habitación que aquí se les ha donado, condición que regirá hasta por diez años para cada uno de ellos y hasta por diez años más después de que la menor ... haya adquirido su mayoría de edad”*. El bien inmueble en el Registro Nacional aparece inscrito con la leyenda: *“Gravámenes: Sí Hay. Limitaciones del artículo 292 Código Civil. Citas:*

Afecta a finca: ... -- Inicia el 14 de abril de 2010”.

- No puede quedar duda que en esa redacción queda totalmente inutilizado el Dominio de los donatarios, el propio contenido esencial ha sido vaciado. Además, no existe una sola manifestación acerca del interés o motivo del donatario, que justifique tales limitaciones a las más fundamentales facultades de disposición sobre el bien inmueble.

Se da también un abuso acerca del tiempo que va a durar la limitación, se extiende 5 años más de lo permitido actualmente por el artículo en el caso de la donataria menor de edad. Esto sucede con la redacción de una escritura, es de suponer que pueden resultar aún más abusivas aquellas limitaciones que realiza una persona en un testamento cerrado, donde gracias al artículo 292 del Código Civil, limita todo aquello que cree no es conveniente o que no quiere que se haga con “su” bien inmueble, sin tener que justificarlo y dejando a un nuevo propietario con nulas capacidades de disposición sobre el bien.

- Además de lo que se ha dicho hasta ahora, lo que genera en la realidad y en la práctica el artículo 292 del Código Civil, por las falencias programadoras que han sido señaladas, es una posición de poder absurdo y vacío para el transmitente a título gratuito del dominio. De tal manera una facultad optativa que debería ser muy limitada se permite sin mayores requisitos en nuestro ordenamiento, dando como resultado la concreción de un claro abuso en el ejercicio del derecho del transmitente, en claro detrimento de los derechos y facultades de dominio de quien adquiere el bien inmueble a título gratuito; este último debe aceptarlo vacío por al menos diez años.
- Comentario aparte merece el problema que supone que este poder, que se le da al transmitente del dominio, esté fundamentado mayoritariamente en el hecho que esa transmisión se ha hecho a título gratuito. La noción general que rodea estos actos, sea por donación o por legado del bien inmueble limitado, es que se trata de un acto de bondad, el acto más generoso que puede ser visto en nuestro ordenamiento jurídico privado, se observa como el desprendimiento voluntario de un bien – de la riqueza que se tiene – para dársela como regalo gratuito a otra persona (en el caso del legado quizá

no tanto así pues se trata de una disposición que tiene efectos hasta la muerte del transmitente).

Como investigación internacional, se tiene a la tesis intitulada “La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado”, realizado por Pedro Felipe Bonivento Correa (2000), sustentada en Colombia para optar el grado de doctor en derecho por la universidad Pontificia Universidad Javeriana, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- No será necesario extenderse en las conclusiones finales de este tema, en vista de que el lector a lo largo de la investigación encontrará tácita y expresamente conclusiones del autor, de la jurisprudencia y doctrina consultada, que manifiestan diferentes posiciones frente a un tema, el cual, hasta el momento, poca importancia se le ha dado, por situaciones, como la expresada, de obsolescencia de nuestra legislación en reconocer situaciones de hecho que gobiernan el mundo actual de los negocios, que obligan a la aparición de nuevas modalidades de contratación, considerados como mentores de una crisis que más que del contrato, como se advirtió, es frente al principio de la autonomía privada.
- El principio de la autonomía privada nace como una de las expresiones de libertad del hombre, que transmitida al ámbito jurídico significó la celebración de los contratos bajo lineamientos de plena libertad e igualdad de las partes, dando nacimiento a diferentes postulados, libertad contractual, expresión específica (jurídica) del género, que es el principio de la autonomía privada. Fue en épocas de liberalismo económico, de libertades del hombre, de derechos del hombre, que surgió un principio que, concebido en su raíz, propugnó por la justicia y equidad en las relaciones entre particulares, justicia y equidad misma que frente a la comparación que se ejerce con la situación actual del contrato, se ve igualmente resquebrajada al haber existido tanto en esa época como en

los actuales desequilibrios de tipo económico. Recordemos la época de los señores feudales, como manifestación de fortaleza en las relaciones. Si bien existía plena libertad de discusión que generaba en alguna medida la justicia y equidad pretendida, el desequilibrio económico, diría yo, siempre ha existido.

- La crisis del contrato, se reitera, es frente al principio de la autonomía privada. El contrato seguirá siendo la forma exacta e idónea para satisfacer las necesidades de tipo económico y social, en menor grado seguirá siendo un acuerdo de voluntades o una declaración de voluntad, se presentarán más de ellos a medida que el mundo empresarial se desarrolle aún más y el principio de la autonomía privada en su más ortodoxo sentido pasará a ser históricamente un gran aporte de las codificaciones surgidas del Código de Napoleón; el principio de la autonomía privada en su sentido práctico seguirá siendo fuente de la obligatoriedad de los contratos pero en la medida misma que juega papel la voluntad en la celebración de los contratos en la actualidad. Aparentemente ya no haría referencia a la libertad contractual, sino a la libertad para contratar. Yo decido que servicios necesito.
- Por su parte, la intervención del legislador, en la protección de la parte más débil, no radica directamente en una tutela frente a la discusión o no de las condiciones del contrato. Se trata de velar a la parte más débil, que se dijo siempre ha existido. Ciertamente una forma de protección sería dar posibilidad al más débil de poder discutir las condiciones, cosa totalmente impráctica frente a la realidad actual.
- En la actualidad, el individuo encontrará una sociedad de consumo, infestada de productos y servicios de diversa calidad, tendrá la libertad de escoger diferentes alternativas, tendrá la libertad de contratar o no, tendrá la libertad de, al interior de esa empresa, escoger frente a su necesidad económica, se acogerá a las condiciones

establecidas a la empresa, previa decisión libre, y tendrá la doble tutela del departamento de servicio al cliente de esa empresa y, en una instancia superior, de las instituciones protectoras del consumidor.

1.6.1.2. Antecedentes nacionales

Como investigación nacional, se tiene a la tesis intitulada “El establecimiento de un sistema constitutivo de inscripción en relación a las transferencias de bienes inmuebles inscritos en notarias públicas de Comas 2016”, realizado por Llerena Salazar Juan Carlos (2013), sustentada en Perú para optar el grado de licenciado en derecho por la universidad Universidad Cesar Vallejo, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Se determina que la inscripción constitutiva garantiza la seguridad jurídica toda vez que otorga mayor certeza y estabilidad jurídica en las transferencias de la propiedad inmueble, por ende, es que propone que se regule principalmente aspectos notariales y registrales, respecto al tratamiento del sistema de inscripción en materia inmobiliaria.
- Que, el nivel de seguridad jurídica es relativa, toda vez que se obtiene aplicando la inscripción registral declarativa de la propiedad inmueble y mayor aun si no se tiene pleno conocimiento de que el sistema declarativo de la transferencia de propiedad inmueble genera conflictos judiciales tales como el mejor derecho de propiedad y el otorgamiento de escritura pública.
- Es así que se puede verificar que nuestro sistema es de inscripción, es decir, toda la información que pasa por registros tiene una calificación por parte de estos y pasan un filtro en el que de todo ello se extrae un resumen de ello, concretándose en el asiento registral. Por ello, al ser aplicable el sistema constitutivo de inscripción se podrá coadyuvar con el sistema registral peruano y poder acceder a cualquier mecanismo de

seguridad implementado por dicha entidad a fin de salvaguardar el derecho de propiedad.

Como investigación nacional, se tiene a la tesis intitulada “El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica”, realizado por Jhefry Jhordan López Gamarra (2013), sustentada en Perú para optar el grado de licenciado en derecho por la universidad Universidad Andina del Cusco, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Habiendo realizado el análisis referente al sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Código Civil Peruano, se ha determinado que la regulación de esta figura no otorga seguridad jurídica al comprador por haber adoptado un sistema que no exige la publicidad del derecho y por lo tanto no es eficiente con su relación del registro viendo claramente las inconsistencias con la concurrencia de acreedores.
- El artículo 949 del Código Civil Peruano, denota un problema en la falta de publicidad para la adquisición del bien inmueble, por tanto, no existe seguridad frente a terceros (potencialmente compradores) que podrían perturbar la propiedad al desconocer el derecho del que han sido excluidos.
- El sistema de transferencia de propiedad inmueble grafica una propiedad relativa, ya que por el sistema que opto el legislador de 1984 en el Código Civil, solo es necesaria la voluntad de las partes para que esta se perfeccione, pues no permite excluir a todos, esto se observa cuando un adquirente posterior que inscribe su derecho no podrá ser excluido, en definitiva, nadie es auténtico propietario al celebrar un simple contrato.
- Respecto a la función que la propiedad debe desarrollar, el solo consentimiento para transmitir la propiedad, es incoherente, ya que el contrato es un acto que, al ser privado,

queda oculto al conocimiento de terceras personas, sin tener un signo de certeza e información sobre quien efectivamente es el titular del derecho para poder realizar la transferencia de la propiedad. La disfuncionalidad y pocas garantías que ofrece este sistema serian evidentes.

- La falta de seguridad y certeza en la transmisión de propiedad inmueble, específicamente en la exclusión y oponibilidad, determina que muchas transferencias de propiedad no se realicen debido a la incertidumbre que tienen respecto de su derecho.
- La inscripción registral de un inmueble en nuestro país es declarativa de derechos, pero el artículo 1135 del código civil peruano otorga la garantía en los casos donde existe concurrencia de acreedores, constituyendo de esa manera la importancia de la inscripción de una propiedad en un registro y convirtiéndose en estos casos constitutiva de derechos.
- La principal función de los registros de predios es básicamente la protección sobre los derechos de propiedad, ya que su oponibilidad fundamentada en la publicidad registral hace que esta institución dote de una garantía y seguridad jurídica plena sobre los derechos que se publicaron para proteger el derecho de propiedad.

Como investigación nacional, se tiene a la tesis intitulada “Las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión y a libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”, realizado por Lizarraga Cruz Giancarlo Jesus (2013), sustentada en Perú para optar el grado de bachillerato en derecho por la universidad Cesar Vallejo, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

- Se llega a la conclusión de que no se encuentra debidamente garantizada la libertad contractual del adherente contra la estipulación de cláusulas abusivas en la contratación

por adhesión en el ordenamiento civil peruano; ya que en los contratos por adhesión se priva a una de las partes de ejercer su derecho de libertad contractual, ya que esta tiene que aceptar todas las cláusulas hechas por la otra parte, por lo cual se vería reflejado un ejercicio abusivo del derecho ya que no le va a permitir incorporar o eliminar algunas cláusulas.

- La regulación Jurídica vigente garantiza la libertad contractual de la independencia de voluntades, en base a lo prescrito por nuestra Carta Magna, en su catálogo de derechos fundamentales.
- Cláusulas que se determinan como abusivas serian aquellas que exoneran o limitan una responsabilidad derivada de una relación obligacional.
- En Italia la libertad contractual no se garantiza frente a los contratos por adhesión, ya que las cláusulas estipuladas en dichos contratos son solo creadas por una de las partes, si bien es cierto una de las partes decide con quien contratar, la asimetría de la información sigue colocando en una situación de desventaja a los usuarios.

1.6.1.3. Antecedentes locales

No se han encontrado investigaciones a nivel Junín.

1.6.2. Bases teóricas

1.6.2.1. Artículo 882° del Código Civil peruano

1.6.2.1.1. Contexto histórico

A.- Las diferentes clases de cosas y los modos de adquirir la propiedad en el derecho romano

Desde las épocas remotas existía cierta filiación del hombre hacia los objetos, dotándoles de un vínculo inmanente entre ambos, este vínculo ya sea ficticio o real, creaba entre ambos una relación de pertenencia, es en razón a ello que desde inveteradas épocas existe

una clasificación de este vínculo entre el hombre y los bienes, ello también atiende a la injerencia del estado dentro de la vida del hombre, es en razón a ello que tenemos una tipología como la que advierte Cuadros (1995):

Las cosas objeto del derecho de propiedad se dividen en comunes, publicas, de corporaciones, nullius y de particularidades, que son la mayor parte según las Institutas de Justiniano. Son comunes a todos, es decir, que podían ser aprovechables por todos, el aire, el agua corriente, el mar y sus costas. Todos los ríos y puertos son públicos y por tanto todos pueden pescar en ellos. (p. 105)

Es la propia dinámica del estado y el hombre la que constituye la clasificación de los bienes que se plasman en la realidad, dentro de ellos tenemos a los bienes públicos, de corporaciones, nullius y de particularidades, es por ello que el deseo del hombre de satisfacer sus necesidades es la que catalogaba a los bienes y también establecía cuales de todos ello se podían ser considerados como públicos o privados, dotándonos así de una primera clasificación de la propiedad en sentido estricto.

B.- Instituciones de derechos reales en el derecho romano

No había otra forma que remontarnos al derecho romano por su directa incidencia dentro del ordenamiento jurídico peruano, es por ello que para su análisis es necesario primero realizar una reminiscencia de la injerencia del estado hombre de la dinámica entre el hombre y la propiedad, dentro de la sociedad romana el sistema era esclavista, es por ello que los romanos en su época desarrollaron instituciones a fin de poder emplear y utilizar de manera adecuada y según sus expectativas y necesidades a los bienes que integraban su propiedad, es en razón a ello que incluso en su tiempo los hombre podían degradarse a la situación de bienes lo cual lo estigmatizaba con la situación jurídica de esclavo, como lo manifiesta Cuadros (1995):

El derecho romano es seguramente la expresión más importante del derecho de la sociedad esclavista. Había avanzado en la organización del derecho de propiedad, no solo en cuanto a la clasificación de las cosas y los modos de adquirir, sino en cuanto a los institutos jurídicos para la utilización de los bienes. Se conciben la posición, el usufructo, las servidumbres, el derecho de superficie, la enfiteusis, la prenda y la hipoteca (p.106)

Es importante recalcar también que dentro de las instituciones que se instauraron dentro del derecho romano tenemos a que son el epitome de la dinámica entre el hombre y la propiedad, lo que constituye un derecho real, una atribución de poder de una persona sobre un bien, y de ese poder es que derivan las diversas instituciones que rigen a los referidos bienes, como puede ser conciben la posición, el usufructo, las servidumbres, el derecho de superficie, la enfiteusis, la prenda y la hipoteca.

C.- La propiedad en otros pueblos de la sociedad esclavista

Pero a pesar de posar la mirada en la roma clásica también es imperioso observar la situación de los diversos pueblos de la sociedad esclavista de otrora época, dentro de ellos tenemos a las sociedades de; Egisto, Israel, Arabia, Bizancio, o los celtas, conocen ya de la propiedad privada, cada una con una particularidad que la destaca y que aun así eran relacionadas por el modo esclavista de producción, como lo expresa Cuadros (1995): No solo Grecia y Roma, representan a la sociedad esclavista. Desarrollaran también otros pueblos, que saliendo de la sociedad primitiva ingresaron a la sociedad esclavista. Egisto, Israel, Arabia, Bizancio, o los celtas, conocen ya de la propiedad privada, sin embargo, de sus relaciones esclavistas de producción, (p. 110)

La propiedad tuvo un mayor desarrollo dentro de las sociedades esclavistas en donde se establecieron las bases neurálgicas y las instituciones del patrimonio que hasta la actualidad aún se emplean y utilizan, un ejemplo claro de la actual vigencia de dichas instituciones es que muchas de ellas siguen estado presente en las actuales legislaciones y en especial en la codificación civil peruana.

D.- La propiedad en Egipto

Dentro del modelo de patrimonio de la cultura egipcia ya tenemos un antecedente directo del modelo de producción feudal en el cual la propiedad formaba parte de un titular que era el que administraba grandes latifundios y que eran proporcionados en una suerte de posesión a diversas personas que eran denominadas ciervos en el caso de la sociedad feudal, empero en el caso concreto de la sociedad egipcia las tierras pertenecían a el faraón, quien era el propietario absoluto de las tierras, en consecuencia los posesionarios no podían acceder a obtener la propiedad de dichas tierras, como lo expresa Cuadros (1995):

Existieron formas de propiedad real y privada. Durante la decadencia de la monarquía Menfis, el régimen de gobierno es de una monarquía absolutista de derecho divino. El rey reunía todas las funciones supremas. Era sacerdote, juez, jefe del ejército y dueño de todo el suelo egipcio, Los campesinos permanecieron ligados a la tierra.

Ejecutaban todas las labores de cultivo, cría y reparación de diques, canales y caminos. (p.110)

Es importante recalcar que dentro de las sociedades la propiedad constituye un eje neurálgico que permite que la dinámica económica de la sociedad pueda desenvolverse, es por ello que, dentro del ejemplo egipcio podemos advertir que la propiedad tenía una finalidad claramente económica en el sentido que el patrimonio en este sentido estaba dirigido a mantener

el estatus quo del gobernante en turno y también mantener incólume la forma de producción esclavista.

E.- La propiedad en Israel

La propiedad tiene que tener un respaldo un poder que lo respalde, en merito a este postulado tenemos que en el caso de la cultura de Israel ese poder que respaldaba la propiedad e impedía que los demás interfieran en este derecho o que lo usurpen o apropien de manera indebida, como se mencionaba en el caso de Israel este poder concomitante era el que proveía su religión y su Dios abrahámico, la religión era la justificación que sustentaba la existencia y perduración de la propiedad y todos sus efectos, como lo mencionaba Cuadros (1995): La organización jurídica y política de la sociedad, tiene un profundo contenido religioso. Las tierras son herencia de Jhave, cuyo usufructo ha dejado para su pueblo.

Todos le deben vasallaje a dios y le ofrendan frutos del campo y animales. (p.110)

En el caso de la propiedad actual tenemos que ese poder concomitante lo provee el estado, es por ello que se colige que es el estado quien proporciona la base por la cual la propiedad se sostiene y perdura y lo más importante aún es respetada y aceptada por la sociedad, es en razón a ello que una ficción legal como lo es la propiedad es respetada por otras personas manteniendo incólume la propiedad ajena, de ello podemos concluir que un elemento importante de la propiedad es el poder concomitante que permite su subsistencia y legitimidad por parte de la sociedad.

F.- La propiedad en Bizancio

Dentro del imperio bizantino tenemos un antecedente importante en cuanto al desarrollo de la propiedad, es por ello que es importante recalcar que dentro de la sociedad de Bizancio se establecieron los primeros hitos de desarrollo de la propiedad privada como parte neurálgica de la sociedad, y es en razón a ello que tuvo un desarrollo exponencial en su regulación y como parte esencial de la vida de cada persona, como lo expresa Cuadros (1995):

Una de las primeras formas de impuestos a las sucesiones lo establece Dioclesiano, quien gravó la transmisión por herencia y la denominada “capitatioingatio”. La extensión de las tierras se mide por yugadas. El “iugum” no es solo la expresión de la organización social, es además la expresión de la extensión trabajada por un “iugum”.

De este modo, el “iugum”; iba siempre adscrito a un caput. (p.112)

Ahora bien, también se instituyen y mejoran las instituciones coetáneas a la propiedad, se puede observar las instituciones jurídicas como la herencia y también se puede observar por primera vez los gravámenes hacia la propiedad, siendo este el origen de los derechos reales de garantía, en razón a que era preciso emplear la propiedad para acelerar e incrementar el tráfico económico empleando a la propiedad como garantía para la obtención de créditos.

G.- La propiedad en Grecia

Dentro de la sociedad griega tenemos una de los hitos de la propiedad en cuanto es la primera vez que se cambiaba el paradigma de la propiedad asociada a una familia o un grupo en específico, esto es un cambio significativo en cuanto a la asignación o atribución de poder sobre un bien en relación primero a la familia, y posterior a una persona en particular, este cambio es trascendental en razón a que se tiene a una persona como un sujeto de derechos y no a una familia o grupo en particular, como lo establece Cuadros (1995):

En la época homérica o hesiodica, la agricultura y la ganadería constituyen una fuente importante de producción. La propiedad de la tierra era privada de carácter individual y no familiar. Los campos de pastores ubicados en las laderas o llanos de maleza, no se repartían a los miembros de la comunidad. Se tenía sobre ellos un derecho de usufructo. (p.114)

Esta variación del paradigma en cuanto a la asignación o atribución de la propiedad de una colectividad a una persona en particular significa un legado importante que en la actualidad aún tenemos presente dentro del orden público y el ordenamiento jurídico civil, es por ello que debemos tener presente que desde una óptica jurídica este cambio resulta trascendental en razón a que constituye la base neurálgica de la legislación civil peruana y constituye e modo de transferencia de la propiedad tal y como la conocemos.

1.6.2.1.2. Exégesis del artículo 882° del Código civil y la transferencia de la propiedad

El derecho de propiedad es considerado por su rol trascendental en la sociedad como un importante hito, el cual constituye parte integrante del derecho real actual, es en razón a ello que tenemos la concepción más común de la propiedad, ya que la misma otorga facultades o poderes que son inherentes a la propiedad que le permiten usar, disfrutar, disponer o reivindicar el bien sobre el cual ostentan la propiedad, como lo manifiesta Cuadros (1995):

El derecho de propiedad es el derecho real más completo. Dentro del régimen de propiedad privada concede al titular facultades de goce y disposición. La extensión de esas facultades que resultan de los valores de uso y de cambio hace que se califique a la propiedad como el derecho real por excelencia. (p. 305)

La propiedad es la piedra angular de los derechos reales, en razón a que constituye la base neurálgica de todas las instituciones que componen al derecho real, ya que, de ellas derivan la forma y los efectos de las demás instituciones, en mérito a este argumento es que se considera que la propiedad es un derecho real más completo y el derecho real por excelencia,

Se considera a la propiedad como el derecho real total o más completo, en el sentido en el cual otorga a su titular poderes completos sobre el bien inmueble o mueble sobre el cual ostenta la propiedad, lo que posibilita el ejercicio de diversos poderes que emanan de esta institución, dentro de ellas tenemos; el uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien, indistintamente a que sea mueble o inmueble, como lo manifiesta Cuadros (1995):

Lo consideran un derecho total porque concede los poderes más amplios sobre la cosa, es decir el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*, las potestades de usar, disfrutar y disponer. Colin y Capitant lo definen como “el poder de usar de una cosa y de aprovechar toda la utilidad que es susceptible de procurarse de un modo exclusivo perpetuo”. (p. 306)

Estos poderes que emanan de la titularidad de la propiedad son exclusivos, esto referido a la transferencia de los bienes, cada uno de los titulares o valga la redundancia los propietarios, tiene facultades exclusivas para ejercer cada uno de los poderes que derivan de la propiedad que ostentan, en un legado que continúa y es cedido a cada uno de los propietarios, que haciendo ejercicio de su prerrogativa de disposición transfieran la propiedad del bien inmueble a otra persona convirtiéndola así en el nuevo titular del derecho sobre el bien mueble o inmueble y así sucesivamente a lo largo del histórico de propietarios de un bien en específico.

Se considera que el derecho de propiedad es uno exclusivo, como se mencionó en el desarrollo de la historia que conlleva la aparición de la propiedad, la exclusividad es una de las características más importantes del mismo, en una transición histórica en la cual la titularidad colectiva paso a una titularidad individual y ello conlleva la exclusividad de las prerrogativas las cuales se concentran en una persona en particular, como lo expresa Cuadros (1995):

Lo considera como el más amplio señorío que pueda tenerse sobre una cosa. Andreas Von Tuhr lo considera como el más amplio de todos los derechos reales, “que contiene el pleno y exclusivo dominio obre una cosa, dentro de los límites establecidos por los preceptos legales o por derecho de terceros”. (p. 306)

La propiedad como poder exclusivo del titular importa un ámbito de protección que rechaza que personas ajenas al propietario puedan ejercer las prerrogativas que otorga la propiedad, empero este carácter exclusivo también son legados a los futuros propietarios en razón a que no tendría sentido que un futuro propietario se vea limitado o restringido en sus prerrogativas cuando el anterior al sí tuvo todas las prerrogativas en total ejercicio y sin ninguna restricción, la única limitación que tiene el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad es el que dicho ejercicio debe de estar en consonancia con las buenas costumbres y el orden público.

Una importante arista de la propiedad es su sustrato económico, en razón a que la génesis de la institución está arraigada en su connotación económica, es por ello que tenemos que enarbolar este sustrato económico en función a su directa incidencia en la estructura y efectos de la propiedad, de la cual surge su principal característica la cual es la exclusividad de la propiedad y la libre trasferencia de este derecho real y absoluto, ello en razón a que es imperioso en aras de beneficiar al trafico económico es que la libre trasferencia aunada a la

exclusividad de los derechos inherentes a la propiedad son pilares trascendentales en el derecho real por excelencia.

Para concluir con la naturaleza jurídica de la propiedad es que se debe de realizar una síntesis de lo anteriormente mencionado afín a la propiedad, entonces, la propiedad es considerada como un derecho real absoluto en razón a las prerrogativas que concede al titular del bien mueble o inmueble, además de ello también se debe de recalcar su génesis, la cual resalta el sustrato económico y los efectos jurídicos afines a tales fines, es por ello que se enarbola su carácter exclusivo ya que dicho carácter en la base neurálgica para que se lleve a cabo del rol económico y jurídico, como lo expresa Cuadros (1995):

Rotondi, define el derecho de propiedad como “un derecho privado, e naturaleza real, por el cual uno o más individuos conjuntamente tienen el poder más absoluto e irrevocable de gozar y disponer de una cosa, material, económica y jurídicamente, dentro de los confines establecidos por la coexistencia de los derechos de propiedad de los demás y de los límites impuestos por la ley y por los derechos concurrentes de los terceros. (p. 306)

La única limitación existente para el derecho de propiedad es el cual le impone la ley a razón de que no exista un ejercicio abusivo del derecho mencionado, en consonancia con esta aseveración es que se tiene el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad solo están sujetos a las buenas costumbres y el orden público, así como también en consonancia con el interés social.

A.- Carácter absoluto de la propiedad

Una de las principales características de la propiedad es su carácter absoluto, del cual se desprender otras características inherentes al ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad, dentro de ellos tenemos; el absolutismo, la exclusividad y la perpetuidad, las cuales definen a la propiedad en su esencia y en la forma y modo en la cual se desenvuelve de forma económica dentro de la sociedad y en consecuencia la forma en la cual despliega sus efectos jurídicos, como lo manifiesta Cuadros (1995):

De esa concepción de excelso totalidad del derecho real de propiedad, extrajo la doctrina tradicional tres caracteres fundamentales que han sido modificados por la doctrina contemporánea; el absolutismo, la exclusividad y la perpetuidad. (p. 306)

Estas características de la propiedad son innatas y necesarias en la configuración de la propiedad en razón a que sin ellas sería imposible que el derecho de propiedad pueda desenvolverse con normalidad dentro de la estructura social, este hecho es el que convierte en ineludible a las mencionadas características, en razón a que son inmanente a la configuración jurídica de la propiedad para la consecución de su fin.

El carácter absoluto de la propiedad concede al titular una libertad irrestricta en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad, dentro de estas prerrogativas no se halla restricción alguna, no obstante, es importante recordar que la única limitación presente es la que consigna el Código Civil, referente al límite impuesto al interés público, el orden público y las buenas costumbres, como lo expresa Cuadros (1995):

El carácter absoluto se ha entendido en dos sentidos: 1 como el que concede libertad irrestricta para realizar todos los atributos de la propiedad y 2 como la suma de facultades más amplia sobre la cosa (sumun in re potestas). (p. 306)

La libertas irrestricta de la propiedad se desenvuelve de manea más amplia y sin limitaciones, es este derecho real, el que concede un vínculo entre el propietario y el bien al cual está sujeta mediante la unión que proporciona la el derecho de propiedad, siendo así es que el titular del bien tiene las atribuciones para poder disponer en su totalidad del bien, usar de la manera que crea conveniente, disfrutar del bien desde un factor económico o reivindicarlo frente a personas ajenas al vínculo de propiedad que desean ejercer las prerrogativas que otorga la propiedad.

Esta libertad irrestricta de las prerrogativas inherentes a la propiedad deviene de un legado histórica importante, a tal punto en el cual dentro del ordenamiento jurídico romano se consideraba a la prerrogativa de disposición del bien mueble o inmueble era considerado como un derecho absoluto de manera exacerbada a tal punto en el cual incluso se podía usar y abusa del bien, esto quiere decir que el propietario podía destruir el bien o emplearlo de la manera que el crea a bien usarla, claro está que este derecho con posterioridad fue limitado, pero aún conserva grandes facultades, como lo expresa Cuadros (1995):

El ius abutendi del derecho romano se ha interpretado bajo esta doctrina como un derecho al uso y al abuso, quien el propietario no solo podía usar de los bienes sino disponerlos como quisiese, a título oneroso o gratuito, imponerles gravámenes o destruirlos, si era el caso. (p. 307)

Este derecho ilimitado y absoluto solo delimitado por el orden público buenas costumbres y los fines públicos, permite que el propietario pueda decidir sobre el destino del bien mueble o inmueble, este se traduce en que el titular del bien puede gravar, trasferir de

manera onerosa o gratuita, o simplemente destruir el bien, dentro de las posibilidades solo está el límite impuesto por el código civil antes mencionadas.

B.- El uso de la propiedad en armonía con el interés social en el derecho peruano

Como se ha mencionado con anterioridad el único límite manifiesto al derecho de propiedad son los impuestos por el código civil, en razón a ello podemos advertir tres limitación fundamentales en el ejercicio de este derecho, según lo prescribe el mismo código de manera taxativa; primero, los límites de la ley que comprende el orden público y las buenas costumbres y segundo, el intereses social entendido como el ejercicio de la propiedad en consonancia con los intereses públicos, como lo expresa Cuadros (1995):

La primera manifestación constitucional, en la que hay expreso reconocimiento a la función social de la propiedad, es el artículo 34 de la constitución política del 9 de abril de 1933. Declara que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social y que la ley fijara los límites y modalidades del derecho de propiedad. Su artículo 35 complementa la normativa del artículo anterior estableciendo, en forma concluyente, que por razones de interés nacional de la ley podrá establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza o por su situación en el territorio. Además, tiene otras normas relativas a las limitaciones que puede sufrir la propiedad debido al interés social nacional. (p.311)

La razón por la cual el derecho de propiedad es limitado responde exclusivamente a razones de fuerza mayor y a la imperiosa necesidad de mantener incólume el orden público y que la dinámica económica se desenvuelva de la mejor manera posible, es en razón a ello que se establecen límites a este derecho absoluto solo para hacer posible la coexistencia de diversas

propiedades correspondientes a diversos titulares de bienes muebles o inmuebles, también en razón a que ningún derecho puede ser ilimitado en razón a que devendría en un libertinaje que vulneraría el derecho de otras personas, empero es importante recalcar que la única razón posible para que el derecho de propiedad sea limitado responde a que cumpla su finalidad, así también estas limitaciones tienen que tener como fundamento la connotación económica de la institución de la propiedad y esto se entrelaza con el sistema económico hegemónico en el estado, además de ello también es importante resaltar que las limitaciones al derecho de propiedad corresponden exclusivamente a razones de interés público o social.

C.- El carácter exclusivo

El carácter exclusivo de la propiedad establece que la titularidad del bien no puede corresponder a un colectivo o grupo social, contrario sensu la titularidad del bien solo corresponde a una persona en específico, este hecho genera la oponibilidad en cuanto a pretensiones de personas ajenas al vínculo otorgado por la propiedad para que no incidan ni puedan ejercer los poderes inherentes a la propiedad, es la correspondencia a solo una persona individualizada lo que caracteriza a la propiedad en la época actual, como lo expresa Cuadros (1995):

La exclusividad del derecho de propiedad debe ser compartida como que la totalidad de un bien no puede corresponder por un mismo título a más de una persona, que adquiere el derecho de excluir a cualquier otra que pretenda la misma bien, Es un carácter exclusivo y excluyente. (p. 318)

Esto hecho importa dentro de la propiedad ya que le concede las características de un derecho real exclusivo y excluyente, que no permite que personas ajenas al derecho real puedan tener injerencia alguna sobre los poderes inherentes a la propiedad, esta característica aunada

a la de carácter absoluto de la misma genera una esfera de protección del titular sobre el bien mueble o inmueble frente a terceros, en síntesis la propiedad solo puede ser adjudicada a una persona en específico y dicha titularidad le otorga los poderes inherentes a la propiedad de manera ilimitada solo restringida por los límites que impone el código civil.

El carácter exclusivo del derecho de propiedad otorga al titular del bien un ejercicio exclusivo y excluyente de los poderes inherentes a la propiedad, dentro de ellos puede advertirse; primero, el derecho de uso, referido al empleo de hecho del bien mueble o inmueble, segundo, el derecho de disfrute, referido al aprovechamiento económico del bien, tercero, el derecho de disposición, referido a la libertad de transferir el bien de manera onerosa o gratuita y por último el derecho de reivindicación, referido a la potestad del titular de recuperar el bien mueble o inmueble frente a la usurpación o el bien mueble o inmueble despojo de la titularidad, como lo expresa Cuadros (1995):

Se trata del ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición solamente por el titular y no por ninguna otra persona, la exclusividad del derecho de propiedad impide que otro sin derecho pueda usar o disponer los bienes permite que el titular pueda excluir al extraño que pretenda ejercitar esos derechos. (p. 318)

Este hecho permite o le otorga al titular la facultad de oponerse a las pretensiones de terceros o ajenos al vínculo entre las partes integrantes del derecho real, esto solo se puede lograr si es que existe esta característica dentro de la axiología del derecho de propiedad, acotando sobre lo anteriormente dicho esta exclusividad genera que en la transmisión de la propiedad cada uno de los titulares del bien tenga plenas facultades en el ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad.

Es por ello que es plausible reducir el concepto de propiedad a que ella está compuesta por un solo título y un solo titular, del cual emanan todos los poderes inherentes a la propiedad, esta dicotomía entre título y titular genera que la propiedad sea entendida como un derecho exclusivo, excluyente y absoluto correspondiente solo al titular del derecho de propiedad, ahora bien sobre la exclusividad esta misma es la que impide que extraños puedan ejercer los poderes inherentes a la propiedad pertenecientes al titular del bien mueble o inmueble, como lo manifiesta Cuadros (1995):

El derecho de propiedad concede al titular las facultades de uso, goce y disposición, que no podrán ser libremente ejecutadas si hubiese un extraño que también las ejercite. Es por eso que el derecho de propiedad no puede corresponder sino a una persona y por un solo título; porque quien ha recibido un bien por un título, no puede recibirlo por otro. Esto es, que la exclusividad es incompatible con la pluralidad de titulares. Sin embargo, tiene una excepción en el caso de la copropiedad en la que existe una pluralidad de sujetos titulares sobre una cosa indivisa. (p. 319)

La única excepción en cuanto a la unidad de título y titular es el caso de la copropiedad la cual es una institución que proviene del derecho de propiedad y que implica que existe una pluralidad de propietarios, en síntesis un grupo de titulares que son propietarios de un solo bien mueble o inmueble, empero a distinción de la situación de un solo propietario en el cual se le atribuye la titularidad sobre todo el bien, en el caso de los copropietarios no tienen la titularidad sobre todo el bien al unísono o se dividen en porciones el bien según la cantidad de copropietarios, si no que cada uno ostenta una parte alícuota del bien, empero en este caso cada uno de los copropietarios ostentan las mismas prerrogativas de un propietario, ya que, pueden ejercer plenamente los poderes inherentes a la propiedad.

Dentro de los modos de adquisición de la propiedad tenemos diversas formas en las cuales se puede enajenar y transmitir un bien mueble o inmueble, las mismas pueden ser de forma originaria o accesorio, es por ello que en lo referente a la transmisión de la propiedad que en el caso de los bienes muebles se realiza mediante la tradición y en el caso de los bienes inmuebles se realiza mediante el consentimiento, la titularidad del bien solo puede ser transferida a una persona en específico que al ostentar el título surgirá del mismo el derecho de propiedad para aquel nuevo titular del bien y a su vez si este nuevo titular decide transmitir el bien se despojara de todas las prerrogativas que nacen del título que enajena y nacerán en el novísimo propietario los poderes inherentes a la propiedad, demarcando así el criterio de exclusividad del derecho de propiedad, como lo establece Cuadros (1995):

Decir que un titular es dueño por un solo título, es establecer que el derecho le nace al titular solamente por un título adquisitivo originario, si es que es un título relativo a la plenitud del derecho y que no podrá adquirir el mismo por otro título, salvo que se trate de completar el derecho de propiedad. De donde resulta que un mismo bien no puede pertenecer a más de un titular, la exclusividad reside entonces en esta singularidad del título que no podrá corresponder simultáneamente a varias personas sobre el mismo bien. Corolario de esta doctrina es que quien ha recibido una cosa por título no puede recibirla por otro. (p. 319)

Es por ello que se puede concluir que en la transmisión de los bienes ya sean estos un bien mueble o inmueble, la singularidad del título es el que posibilita que la transmisión sea plausible, es en razón a ello que se puede describir al fenómeno de la transmisión de la propiedad como una suerte de transmisión de los poderes inherentes a la propiedad hacia otra persona siendo que

la que trasmite dichas atribuciones se despoja de estas prerrogativas para poder entregárselas al siguiente propietario, y así sucesivamente, en razón al título del cual emanan estos poderes, y el bien siempre permanece inmutable o perpetuo.

La única limitación que se puede advertir en el caso del criterio de exclusividad del derecho de propiedad en los bienes muebles o inmuebles, se da en razón a permitir a otros propietarios de otros bienes el libre ejercicio de los poderes inherentes a la propiedad, esto se traduce en la limitación de este carácter exclusivo en función a la servidumbre y todas la limitaciones que impone el código civil en razón a la vecindad, esto quiere decir que la conculcación del derecho de propiedad se justifica en hacer posible que los demás propietarios pueden ejercer las prerrogativas de las cuales está compuesta el derecho de propiedad, entonces se puede extrapolar que la razón de la limitación reside en garantizar el efectivo ejercicio del derecho de propiedad por un motivo económico subyacente, como lo expresa Cuadros (1995): La exclusividad encuentra limitaciones en los derechos que nacen de las relaciones de vecindad; tales como el estado de necesidad o las inmisiones. De acuerdo con el artículo 959 del código civil el propietario no puede impedir que en su predio se realicen actos para servicios provisorios destinados a evitar o conjurar un peligro inminente. Es decir, que la exclusividad en el goce del predio sufrirá una limitación debida a la importancia del peligro que amenace a la propiedad vecina. (p.320)

Las limitaciones consisten en hacer plausible el ejercicio irrestricto de los propietarios con bienes contiguos a otros bienes cuya titularidad es ostentada por otro propietario, dentro de ellas tenemos por ejemplo; el propietario no puede hacer que las aguas correspondientes al predio discurren en los predios vecinos, salvo pacto distinto, si cerca de un lindero se construye horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materias húmedas,

penetrantes, explosivas o radioactivas o se instala maquinaria o análogos, deben observarse las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos, al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias, el propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.

D.- Carácter perpetuo.

Ahora bien, del carácter absoluto y exclusivo de la propiedad deviene el carácter perpetuo de la misma, la cual establece que la existencia de los bienes muebles o inmuebles es inmutable, es por ello que mientras exista el bien el derecho de propiedad perdurara independientemente del titular o titulares que ostenten la propiedad, este criterio está sustentado en dos fundamentos inherente a la propiedad, como lo manifiesta Cuadros (1995):

Como consecuencia de su carácter absoluto, se pretende que la propiedad tiene también carácter perpetuo. Dos son los fundamentos de la doctrina tradicional para sostener la perpetuidad del derecho de propiedad. (p. 323)

Como se había mencionado, el derecho de propiedad perdura mientras el bien subsista, a pesar de que transite por las manos de varios propietarios mientras el bien exista existirá el derecho de propiedad ligado a él, un segundo punto respecto de este criterio es el hecho de que

el derecho de propiedad no se pierde con el uso, ya que el derecho de propiedad no importa el uso o disfrute continuo y sin cesar del mismo, un ejemplo claro es la posesión o los contratos de arrendamiento, donde se diferencia al propietario del poseedor, como lo establece Cuadros (1995):

El derecho de propiedad dura tanto como la cosa. Solo se extingue cuando la cosa desaparece o perece totalmente. El derecho de propiedad es perpetuo, porque el derecho de propiedad no se pierde por el no uso. No existe prescripción extintiva del derecho de propiedad. (p. 323)

Claro está que la existencia de la prescripción adquisitiva de dominio parece refutar el carácter perpetuo de la propiedad, empero esta institución de derecho real se basa en la usurpación como modo de adquisición de la propiedad, proviniendo así de un hecho ilícito la adquisición de la propiedad en razón a la posesión, es por ello que la prescripción adquisitiva de dominio constituye un castigo al propietario en razón a que detiene el tráfico económico y su normal desenvolvimiento.

Claro está que la concepción inveterada que suponía que existía un vínculo inmanente entre el derecho de propiedad y la cosa, pues a pesar de que la misma aún se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico peruano, en razón que en efecto el derecho de propiedad perdura siempre y cuando el bien perdure, empero en la actualidad se pueden encontrar casos en los cuales puede existir el derecho de propiedad aun cuando el bien mueble o inmueble aún no existe, esto se da en el caso de bienes de esperanza cierta, como lo establece Cuadros (1995): Se dice que el derecho moderno no ha abandonado del todo la concepción según la cual el derecho de propiedad se identifica con la cosa, identificación de la que se desprende que el derecho de propiedad incorporado en la cosa, no se extinguía sino cuando la cosa se extingue;

que consiguientemente no hay derecho de propiedad temporal, pues el derecho durara siempre mientras dure la cosa. (p. 322)

Es por ello que se colige que solo puede existir un derecho real de propiedad ilimitado, en razón a que este mismo se desenvuelve de manera absoluta, exclusiva y de manera perpetua siendo que otorga los poderes inherentes a la propiedad de manera excluyente y exclusiva, la cual se llega a los futuros propietarios excluyendo a los antiguos en un correlato sin fin que se da de la misma manera hasta que el bien se extingue o desaparece.

E.- Limites a la trasferencia en la jurisprudencia peruana

Según el acuerdo plenario establecido por la superintendencia de los registros públicos, la restricción a la trasferencia de la propiedad responde a la criterios de carácter público, dentro de ellos tenemos comprendidos a los límites que establece la ley; las buenas costumbres y el orden público y además de ello los fines sociales que deben de estar en consonancia con el ejercicio de la propiedad, es por ello que cualquier otra restricción a la propiedad no puede tener como finalidad otro criterio más que los antes mencionados, como lo manifiesta, El Pleno XCIV Relativo A Restricciones Convencionales De La Propiedad (2012):

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. (p. 1)

Existe un interés superior, que pertenece a un criterio público o finalidad social, la cual es la libre circulación de los bienes muebles o inmuebles en el mercado, ello delimita cualquier

restricción que se le imponga a la transferencia de la propiedad, podemos mencionar entonces que tanto la doctrina y las líneas jurisprudenciales de la SUNARP establecen esta línea en cuanto a la transferencia de los bienes y la propiedad en general.

El artículo 822 del código civil menciona que no se puede establecer ninguna limitación al derecho de propiedad, esto quiere decir que en aras de enarbolar la libre circulación de los bienes en el mercado está proscrita toda limitación a la propiedad, siendo que las únicas excepciones devienen de las buenas costumbres y el orden público y además de ello los fines sociales que deben de estar en consonancia con el ejercicio de la propiedad, no se puede enervar la características de excepcionalidad perpetuidad y absolutismo de la propiedad, como lo expresa la resolución nro. 019-2008-SUNARP-TR-A (2008):

En este orden de ideas, si utilizamos el termino 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. (p. 6)

El carácter perpetuo, exclusivo y absoluto de la propiedad son características inmanentes e inherentes a la propiedad ya que se fundamentan en la libre circulación de los bienes en aras de mantener el modelo económico es por ello esta libertad en la transferencia de la propiedad es un hito importante y fundamental para la economía y teniendo en cuenta el sustrato económico que el derecho de propiedad ostenta es inevitable respetar dicha característica.

Para un mayor análisis de este punto se desarrollara un caso concreto empleado en la línea jurisprudencial de la superintendencia de los registros públicos, este en el caso John Frederick Winston ricketts chopitea, dentro de una análisis de su caso podemos advertir que dentro de las cláusulas contractuales del contrato suscrito se le establecieron límites a fin de que no se puede transferir el bien inmueble a otras personas más allá de los hijos de dereck ricketts Vargas y kim ricketts Vargas, todo ello se produjo en un anticipo de herencia, aquí podemos advertir que en realidad son plausibles y se realizan las limitaciones en los contratos que suscriben las partes, ahora bien este es el caso analizado en la resolución nro. 019-2008SUNARP-TR-A (2008):

Sin embargo, revisada la cláusula respectiva (segunda) en cuanto a este punto es posible advertir que en el penúltimo párrafo de la misma se señala: 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. (p. 7)

Podemos advertir que en la realidad fáctica si es posible realizar restricciones en las transferencias de la propiedad empero en razón a los criterios que componen a la propiedad es que dicha limitación es jurídicamente imposible en razón a que un interés social de mayor prevalencia es la que determina que no se puedan realizar limitación alguna, el modelo económico y la libre circulación de los bienes son los factores que determinan la libertad plena en la transferencia de los bienes y la propiedad.

Es por ello que se colige en el caso concreto que se trató de establecer límites a la transferencia de la propiedad empero desde una óptica de viñete de la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad y las limitaciones permitidas, así como su sustrato económico y por

ultimo una perspectiva positivista del artículo 882 del código civil tenemos que esta proscrita la limitación a la transferencia de la propiedad, es por ello que en el caso concreto este deviene en un imposible jurídico plausible de nulidad, como lo manifiesta la resolución nro. 019-2008SUNARP-TR-A (2008):

En el caso sub análisis, los anticipantes pretendieron establecer una limitación al derecho de propiedad de uno de sus hijos; John Frederick Winston ricketts chopitea; sin embargo, conforme al análisis de los artículos antes citados ello no es admisible, pues contraviene el art, 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 contrario a ella. (p. 9)

La razón de esta imposibilidad está clara y manifiesta; en primer lugar tenemos que de la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad, de la cual deviene el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo de la propiedad, segundo, las limitaciones permitidas, dentro de las cuales solo se tiene a las que provienen de las buenas costumbres el orden público y el ejercicio en consonancia con los fines sociales y este último a su vez conlleva el tercer motivo, tercero, el sustrato económico que establece que en aras de enarbolar la finalidad social en imperioso garantizar la libre circulación de los bienes muebles o inmuebles y por ultimo una perspectiva positivista del artículo 882 del código civil, que taxativamente proscribe establecer limitación a la transferencia del derecho de propiedad.

1.6.2.2. Libertad Contractual

1.6.2.2.1. Del modelo económico liberal

Dentro de la estructura del estado podemos advertir que el mismo está compuesto de una infraestructura (compuesta de la base económica y el sistema económico) y una superestructura (compuesta por todos los elementos ideológicos e instituciones que sustentan la base económica), dentro de esta panorama podemos observar que dentro de la dinámica y composición del estado es la base económica o el sistema económico el eje neurálgico del estado, del cual deviene su crecimiento y desarrollo, en el caso de los estados posteriores a todos los cambios en la corriente económica posteriores a los tratados de Bretton Woods y la creación de los organismos afines a este tratado, todos son en menor o mayor medida afines a la corriente económica liberal en razón a la corriente económica surgida por todos los acontecimientos post guerra, lo cual causo que con la caída del bloque soviético, la economía hegemónica sea la liberal.

Es por ello que son doctrinas económicas como la de Adam Smith las que preponderaron a nivel internacional y es en razón a ello que es imperioso desarrollar, el modelo económico liberal y como este se despliega en la sociedad, en merito a esta doctrina se establece que es el individuo en particular quien procura la producción de bienes y servicios para el abastecimiento del mercado interno ya sea de manera individual o mediante una persona jurídica, empero lo realiza de manera inconsciente por regla general, ya que al tratar de obtener beneficios individuales es que coadyuva al crecimiento y desarrollo económico de la sociedad en general, como lo expresa Smith (1776):

En la medida en que todo individuo procura en lo posible invertir su capital en la actividad nacional y orientar esa actividad para que su producción alcance el máximo valor, todo individuo necesariamente trabaja para hacer que el ingreso anual de la

sociedad sea el máximo posible. Es verdad que por regla general él ni intenta promover el interés general ni sabe en qué medida lo está promoviendo. (p. 417)

Entonces se puede advertir dentro de la estructura liberal de mercado que existe una necesaria e inexorable libertad en el tráfico comercial, ya que, al existir una necesaria actividad de producción por parte de cada ciudadano es indispensable que no existan trabas ni impedimentos que limiten este tráfico comercial, esta es la prerrogativa más importante del liberalismo, la apertura y libre circulación de los capitales, una liberación de los mercados internos y externos más allá de los límites de un estado, gobierno o nación, siendo que no existen fronteras para el tráfico comercial, este es la esencia del liberalismo y la razón de su mantenimiento y existencia.

Dentro del modelo liberal existe una autorregulación del mercado en base a la satisfacción de necesidades de cada uno de los particulares, esta autorregulación se basa en la necesidad intrínseca de satisfacer las necesidades, lo que como consecuencia que cada uno de los individuos produzca bienes o servicios, o en todo caso busque modos o maneras en las cuales capte dividendos con los cuales satisfacer sus necesidades básicas, este hecho genera que sean los propios miembros de la sociedad los que impulsen y promuevan el tráfico comercial, como lo expresa Smith (1776):

Al preferir dedicarse a la actividad nacional más que a la extranjera él sólo persigue su propia seguridad; y al orientar esa actividad de manera de producir un valor máximo él busca sólo su propio beneficio, pero en este caso como en otros una mano invisible lo conduce a promover un objetivo que no entraba en sus propósitos. El que sea así no es necesariamente malo para la sociedad. Al perseguir su propio interés frecuentemente

fomentará el de la sociedad mucho más eficazmente que si de hecho intentase fomentarlo. (p. 417)

Esto hecho demarca un hecho importante, que el interés particular es el que coadyuva al intereses colectivo o general en razón a que es la persecución de los intereses individuales lo que genera y promueva el crecimiento y cumplimiento de los intereses colectivos, esta es la razón por la cual el liberalismo tiene esta nomenclatura, en razón a que para que se cumpla a cabalidad el modelo liberal es indispensable que se instituya un tráfico comercial libre, es por ello que las transferencias de propiedad dentro de un modelo liberal son necesariamente libres y sin límite alguno.

1.6.2.2.2. Forma del liberalismo

El modelo liberal fue una respuesta frente al colonialismo y las restricciones que se imponían en cuanto a los mercados y el tráfico de económico, modelo económico que conlleva a su inevitable consecuencia, la cual fue la generación de dos guerras mundiales, es en razón a ello que es el liberalismo impone un irrestricto tráfico comercial y que el mismo no sea o entorpecido por barreras burocráticas, es por ello que desde el punto de vista del liberalismo en cuanto a la transferencia de propiedades se prescribe una soberanía irrestricta del propietario sobre el objeto de su propiedad, como lo manifiesta Ochoa (2009):

La configuración de la constitución económica es diferente en el estado liberal de derecho y en el estado social de derecho, el estado de liberal de derecho presupone un modelo económico basado en los principios de libre competencia y de soberanía irrestricta del propietario sobre el objeto de su propiedad; el estado social, en cambio, intenta someter la economía de mercado a una serie de modulaciones derivadas del principio de funcionalidad social de la economía: medidas relacionadas con la

protección del empleo, la limitación de la jornada de trabajo, regulaciones de los contratos laborales. (p. 230)

Es por ello que una de las prerrogativas imperantes dentro del modelo liberal es que existe un tráfico comercial irrestricto y en un correlato natural en lo referido a la propiedad es que se debe de tener un mismo ámbito de libertad en cuanto a su transferencia en razón a que este debe de responder a los postulados básicos del modelo económico sobre el cual está regido, esta es la razón por la cual dentro del ordenamiento jurídico peruano se consigna la libertad irrestricta de transferencia de bienes inmuebles o muebles, ya que estos postulados están en congruencia con el sistema económico hegemónico.

1.6.2.2.3. Autonomía de la voluntad de las partes

La autonomía de la voluntad de las partes nace en raíz al modelo económico imperante, que no es otro que el modelo liberal, en razón a que como se ha desarrollado con anterioridad se quería para la subsistencia del modelo liberal que cada uno de los individuos ostente una irrestricta libertad económica y en el tráfico comercial también, es por ello que dentro del plano jurídico tenemos que se otorga a los particulares prerrogativas amplias en cuanto a su libertad de contratación en base a la autonomía de la voluntad de las partes la cual es una institución jurídica que deviene como respuesta al modelo económico, como lo ratifica Schreiber (1987): Como es sabido la clásica teoría de la autonomía de la voluntad sostiene que las partes son absolutamente libres de crear, regular, limitar o extinguir obligaciones, sin que a nadie se le pueda permitir interferir en su formación en sus efectos, dentro de un enfoque individualista desarrollado por el código civil francés de 1804 y lo que siguieron su corriente, el legislador no hacía más que acatar la voluntad de las partes que se presentaba, de ese modo, como superior de la potestad legislativa en el orden de las relaciones contractuales. (p. 101)

La autonomía de la voluntad de las partes permite a los particulares la creación, modificar, regular o extinguir obligaciones a placer, en razón a su libertad y decisión, es por ello que esta institución jurídica que deviene como correlato natural del modelo liberal es que los ciudadanos tenga tan extensas prerrogativas al momento de contratar y crear relaciones jurídicas que es más son fuentes formales de derecho y a su vez fuente de las obligaciones mismas, esta posición enarbolada dentro del ordenamiento jurídico responde a la imperiosa necesidad de tener dentro de la misma un estatus elevado de libertad a fin de que los actos jurídicos se produzcan con mayor frecuencia y ello conlleva a su vez el crecimiento económico.

1.6.2.2.4. La libertad contractual

La libertad contractual, es la piedra angular de la economía actual y la base por la cual se regula la contratación entre las personas y el empleo de la misma en la creación de relaciones jurídicas, esto consisten en las amplias prerrogativas que tienen cada uno de los particulares a fin de entablar con su congéneres las transacciones o trasferencias que deseen y requieran y en consonancia con el modelo económica este tráfico comercial no está sujeta a ningún límite más allá de los pertinentes para el mantenimiento del mismo sistema económico, como lo manifiesta Schreiber (1987):

Resulta así que si bien la voluntad concordada siguen siendo la piedra angular de la construcción contractual, han entrado nuevos elementos que le dan una particular fisionomía y que el entendimiento del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas, ha quedado modificado, pues a la oposición de intereses le sustituye su yuxtaposición, acontece en suma que tales intereses ya no están contrapuestos sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en una voluntad de servir a la comunidad, el contrato

es por lo tanto un medio de satisfacción económica y como todas las instituciones fundamentales queda articulado a la sociedad en función del bien común. (p. 101)

Es por ello que se recalca la trascendencia de la libertad contractual dentro de la estructura económica, y la razón por la cual está regulada y reconocida por el ordenamiento jurídico, ello deviene en razón a la importancia inexorable que tiene dentro del modelo económico, empero lo que es importante demarcar es el hecho de que es el estado quien otorga amplias facultades a los particulares, los cuales pueden contratar sin restricción alguna, eso significaría entonces que no existe regulación alguna y que se dejaría al libre albedrío a los particulares al momento de contratar lo que conlleva situaciones en las cuales puedan generar con dicha contratación consecuencias negativas para la economía o simplemente suscribir contratos contrarios a los fines lícitos, en síntesis resulta contradictoria a un control social formal el hecho de otorgar una libertad tan amplia a los ciudadanos empero esta libertad contractual es indispensable a razón del modelo económico, y afín a este ya que el interés particular promueve el interés público.

1.6.2.2.5. Límites a la libertad contractual

Como ya se ha mencionado, la libertad contractual se sustenta en el modelo de económico, es por ello que se le otorgan a los particulares amplias facultades para la contratación, empero existen riesgos subyacentes que hacen necesaria la imposición de límites que no afecten la misma libertad contractual y el sustrato económico que lo sustenta, es en razón a ello que esta libertad contractual está sujeta solo a las normas imperativas, como lo expresa Schreiber (1987):

El artículo 1355 es un eslabón de la filosofía trazada en el precepto anterior y preciso que es la ley, inspirada en el interés comunitario (social, público y ético) la que

determina aquellas situaciones en las cuales el contrato en si o su contenido están limitado y no queda abandono a la simple voluntad de los contratantes. (p. 103)

Son las normas imperativas las que contienen dentro de su estructura normativa, preceptos incuestionables que no son susceptibles de albergar dentro de su aplicación la autonomía de la voluntad de las partes en razón a que se requiere una aplicación pética en razón a que estas normas forman parte de la estructura del estado, estas normas imperativas en tan íntima relación con las bases de existencia del sistema o con el funcionamiento del sistema, es por ello que la libertad contractual tiene solo como límite innato a las normas imperativas, lo que causa suspicacia es que la libertad contractual tenga un delimitador tan rígido en razón a que la naturaleza jurídica de la libertad contractual se basa en si en las amplias prerrogativas al particular, ironía dinámica es la que acontece entre una libertad económica absoluta y las normas pétreas necesarias para la subsistencia del estado.

1.6.2.2.6. Pre compromiso

Empero se suscita una pregunta clara en cuanto a la libertad contractual y la connotación económica subyacente a la misma, la cual es si este estatus quo instituido hace décadas debe seguir rigiendo las relaciones jurídicas que se constituyen en razón a la libertad contractual, a pesar de que como ya se había mencionado estos postulados fueron ratificados otrora tiempo, lo que conlleva que hace sido puestos en vigencia en razón al contexto socio político de aquella época, contexto que en la actualidad ha cambiado en demasía, por lo que surge la duda sobre si todo el sistema jurídico que actualmente impera debe de seguir surtiendo efectos a pesar de que fueron creados para regular otras épocas y otros contextos, como lo señala Holmes (1999):

¿Cómo se puede reconciliar el consentimiento de los gobernados con la garantía de un consentimiento ulterior mediante una convención constitucional? ¿Por qué un marco

constitucional, ratificado hace dos siglos, debe ejercer tan enorme poder sobre nuestras vidas actuales? (p. 217)

Si todo el ordenamiento jurídico destinado a regular el modelo económico liberal y hacerlo viable se instituyó otrora tiempo, porque debería estar seguir regulando situaciones jurídicas y relaciones jurídicas contemporáneas, las cuales se desarrollan en un contexto actual y reciente, de esta reflexión se colige que no es congruente que leyes creadas en otro momento histórico sean las mismas que aun regulen las transferencias y transacciones económicas en la actualidad.

Siendo además que estas decisiones estas desligadas de la revisión y reforma por parte de la fuente de legitimidad, que es el pueblo, entonces resulta totalmente irreverente que aquello que despliegan sus recursos y capital para realizar contratos y son los responsables de dinamizar la economía, no puedan incidir en la reforma y revisión de los preceptos que regulan la economía, la misma que es dinamizada por los particulares, por ende resulta totalmente ilógico que aquellos de los cuales emana el poder y que además son los responsables de dinamizar la economía y fomentarla no puedan incidir en la reforma de la economía, como lo manifiesta Holmes (1999):

El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales, el propio derecho a la vida, a la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, a la prensa libre, a la libertad de culto y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: no dependen del resultado de elecciones. (p. 218)

Este hecho resulta inconcebible, ya que el marco normativo que regula la economía debe de estar acorde a las necesidades y realidad económica, decaer en una corriente conservadora y evitar cambios drásticos dentro del marco legal que regula las transferencias y las transacciones económicas es tener un exiguo pensamiento sobre la dinámica económica, lo que resulta en un gran escollo para el crecimiento y desarrollo económico, es por ello que a pesar de que en la actualidad sigue rigiendo el modelo liberal, aunque con nuevos postulados que no trastocan la esencia del mismo que ha llevado a la misma a denominarse como modelo neoliberal, es indispensable que el mismo mantenga las mismas regulaciones que mantenía antaño, siendo lo ideal que la regulación sea dinámica y cambie en razón a los cambios sociales y las necesidades actuales de los particulares todo ello en aras de perfeccionar y mejorar la forma y modo de contratación y la creación así de situaciones o relaciones jurídicas que surtan los efectos que los particulares deseen.

Es por ello que a pesar de que el neoliberalismo sea la base fundamental para otorgar a los particulares amplias prerrogativas para la transferencia y transacción económicas generando así una libre circulación en el tráfico comercial es que resulta paradójico que este liberalismo sea en específico exacerbado ya que defiende a ultranza este libre tráfico comercial que coarta la voluntad de decisión de los particulares y les impide plasmar su verdadera voluntad en las transferencias de propiedad a pesar de que se encuentran en un sistema donde la libertad contractual impera, si bien es cierto es entendible que estas limitaciones son necesarias para mantener el sistema económico y el estatus quo del estado, resulta en una ironía, que mejor explicado aún resulta en un oxímoron, como lo explica Holmes (1999):

Pero como podemos justificar un sistema que sofoca la voluntad de la mayoría, por una parte, podemos invocar-siguiendo el espíritu del juez Jackson-derechos fundamentales;

si tales derechos están algún modo “inscritos en la naturaleza”, simplemente pueden pasar por encima de todo consentimiento, o bien, podemos enfocar el carácter autodestructivo de una democracia constitucionalmente ilimitada. (p. 218)

El estado no puede simplemente sofocar la voluntad de los particulares ya que son ellos del cual emana el poder que legitima la existencia y la subsistencia del estado y del gobierno, es por ello que lo ideal es que sean las necesidades de la sociedad la que origine el cambio y las reformas necesarias para satisfacerlas, es errado pensar que es el modelo económico liberal es uno inmanente a la naturaleza humana y por tanto sus postulados son incuestionables y han alcanzado la estatus de dogma, es por ello que los principios del liberalismo son susceptibles de debate y reforma, así como en el caso específico de la transferencia de los bienes muebles o inmuebles, que están limitan la voluntad de los particulares en aras de mantener el libre tráfico económico, siendo que como ya se ha mencionado este libre tráfico económico y la libertad contractual forma un oxímoron.

1.6.2.2.7. Justificación de la prevalencia de la libertad contractual en detrimento de la libre circulación comercial

La filosofía utilitarista es un claro ejemplo del pragmatismo que se le otorga a las cosas y las acciones en razón a la utilidad que tienen las mismas, utilidad que está enmarcada en la felicidad que pueden proveer, es por ello que la acción más útil es aquella que produce más placer para el que la realiza, y esto esta guiado a un marco de establecer aquello que es bueno y justo y lo que por el contrario sea inútil e injusto, es mediante la filosofía utilitarista que se demarca un sentido de moral inspirado en el placer que otorgan las acciones inspiradas en la utilidad y el pragmatismo, es esta la base neurálgica del utilitarismo, como lo manifiesta Stuart (1980):

El credo que acepta la utilidad o principio de la mayor felicidad como fundamento de la moral, sostiene que las acciones son justas en la proporción con que entiende a promover la felicidad; e injustas en cuanto tienden a reducir lo contrario de la felicidad, se entiende por felicidad el placer, y la ausencia de dolor; por infelicidad, el dolor y la ausencia de placer, para dar una visión clara del criterio moral que establece esta teoría, habría que decir mucho más particularmente, que cosas se influyen en las ideas de dolor y placer y hasta qué punto es esta una cuestión patente. (p. 139)

Entonces se colige que todas las acciones deben estar encaminadas a obtener el máximo beneficio pragmático, esto quiere decir que todas las actividades que realiza el hombre deben estar inspiradas en la obtención del placer, ya que este mismo es el camino idóneo para la felicidad que el hombre tanto anhela, en este sentido la filosofía utilitarista enarbola la utilidad en detrimento de otros cuestionamientos morales que se puedan advertir en la toma de decisiones o en la elección de una ruta de acción, por ello es que toda forma de moral ajena o que niegue la felicidad debe de ser desterrada de la conciencia humana y su moral, esto se puede resumir en un simple hecho, si es que el fin último y esencial del hombre es la obtención de la felicidad, ergo debe de realizar acciones útiles destinadas a ello.

Es por ello que se debe de excluir de la moral toda acción que provoque dolor, este concepto entendido no de manera sentimental sino axiológica, en el sentido en que es todo aquella acción que es inútil y que no conlleva ninguna contribución para el engrandecimiento o mejora de la condición de ser humano es la que debe de expectorar de la vida y la moral del hombre, en síntesis todo aquello que causa dolor y esto se reconoce porque es lo opuesto al placer, no cumple con el fin utilitarista, y por su banalidad debe de ser erradicado de la moral

humana, siendo esto así se debe de colegir que es lo único que es viable y plausible de realzar él lo que produce placer, como lo manifiesta Stuart (1980):

Pero estas explicaciones suplementarias no afectan a la teoría de la vida en que se apoyan esta teoría de la moralidad: a saber, que el placer y que las exenciones del dolor son las unías cosas deseables como fines; y que todas las cosas deseables (que en la concepción utilitaria son tan numerosas como en cualquier otra), lo son o por el placer inherente a ellas mismas, o como medios para la promoción del placer y la prevención del dolor. (p. 139)

Entonces realizando una correlación con el actual modelo económico y el modo en el cual el ordenamiento jurídico lo regula, y en base al pre compromiso asumido por los particulares, es que en corolario se debe de establecer que aquellas regulaciones que atenten en contra de la utilidad y el pragmatismo en las trasferencias económicas y las transacciones deben de ser erradicadas aun si son las bases que mantienen todo el sistema económico y permiten que el estado mantenga su estatus quo, toda aquella regulación inveterada debe de ser derogada o abrogada según sea el caso en razón a que la idónea regulación en cuanto a lo referido a la libertad contractual debe de estar acorde a las necesidades de los particulares al momento de celebrar contratos y en aras de enarbolar su voluntad, que en resumidas cuentas en la base neurálgica de todo el sistema liberal.

La prevención del dolor debe de ser la finalidad máxima para el estado en cuanto a sus políticas públicas y la regulación que emana del ordenamiento jurídico en general y en específico también del ordenamiento jurídico civil, esto en base a que dentro de los mismos se debe de desterrar todo atisbo de normas o preceptos normativos que no tengan una utilidad clara y que por el contrario obstruyan y empeoren las situaciones de contratación y en general

todo el tráfico comercial, también se debe de tener en cuenta que se debe de expurgar del ordenamiento jurídico civil toda norma que directamente contravenga a las finalidades del estado y el modelo económico liberal, como un claro ejemplo de ello tenemos al artículo 882 del código civil peruano, todo este argumento se sustenta en la filosofía utilitarista, como lo expresa Stuart (1980):

Ahora bien, esta teoría de la vida suscita un inveterado desagrado en muchas mentes, entre ellas, alguna de las más estimables por sus sentimientos e intenciones, como dicen, suponer que la vida no tiene un fin más elevado que el placer, un objeto de deseo y persecución mejor y más noble, es un egoísmo y una vileza, es una doctrina digna.
(p. 139)

Ahora bien esta purga que se plantea halla su justificación en razón a que las normativas que atenten en contra de la funcionabilidad y libre desenvolvimiento de la libertad contractual son ajenas a los fines utilitarios que proveen placer y por esta razón simple deben de ser abrogadas o derogadas según sea el caso, ahora bien esto también se sustenta en el hecho de que mantener una norma vigente como la 882 del código civil que no solamente limita la libertad contractual, sino que también conculca el modelo económico liberal y sobretodo que fue producido en un contexto social, económico y jurídico distinto al que actualmente vivimos es que no tiene razón de ser, es una norma que está vigente en un tiempo distinto en el que fue promulgado, tiempo en el cual las exigencias y necesidad de los particulares han cambiado rotundamente, es por ello que resulta incongruente mantener vigente una normativa como esta.

Es en razón a las altas facultades de los hombre y los complejos sistemas de regulación que fueron generados por estos, que tanto el control social formal como el ordenamiento jurídico civil debe de obedecer a la finalidades que tiene el hombre y la regulación que este realiza debe

de ser congruente e idónea con dichas finalidades en razón a optimizar las mismas y sobremanera enarbolar la voluntad privada que tanta importancia tiene dentro del modelo económico liberal, lo que es en sí mismo buscar una congruencia a nivel sistémica dentro del ordenamiento jurídico civil, como lo manifiesta Stuart (1980):

La comparación de la vida epicúrea con las de bestias se considera degradante precisamente por los placeres de una bestia, no satisfacen la concepción de la felicidad de un ser humano, los seres humanos tienen facultades más elevadas que los apetitos animales y, una vez que se han hecho conscientes de ellas, no consideran como felicidad nada que no incluya su satisfacción. (p. 140)

Es por ello que en conclusión, que si bien es cierto que es el modelo económico liberal es que impera de manera hegemónica las economías mundiales y dentro de ellas se encuentra la peruana, también se debe de advertir que este modelo económico enarbola la voluntad de los particulares a fin de que dinamicen la economía, es en razón a ello que se instituyó la libertad contractual a fin de regular y proteger la libre contratación de los particulares al momento de celebrar contratos, empero existe una incongruencia en razón a que esta libertad contractual que es la plasmación del modelo económico vigente es limitado por normas imperativas como el 882 del código civil que limitan la voluntad del particular, si bien es cierto que estas normas imperativas buscan mantener vigente el modelo económico y el estatus quo, su existencia resulta en una ironía, ya que limita la libertad contractual para mantenerla vigente, es por ello que para resolver dicha paradoja es que se debe de acudir a la teoría del pro compromiso para entender que las instituciones por más arraigadas al ordenamiento jurídico pueden ser cuestionadas y también a la filosofía utilitarista para entender que es indispensable expurgar dicha norma del código civil para obtener una mayor beneficio y un mayor desenvolvimiento de la libertad contractual en las transferencias en el mercado.

1.6.3. Marco conceptual

Los conceptos claves para comprender mucho mejor el proyecto de tesis serán desarrollados a continuación, sin embargo, dichos conceptos serán descritos bajo el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, Diccionario Jurídico de Lengua Española, el Diccionario de la Real Academia Española y algunos autorizados de la doctrina.

- **Reivindicación:** Acción judicial otorgada a todo propietario para hacer que se reconozca su título. Acción judicial mediante la cual se hace reconocer el derecho de propiedad que se tiene sobre un bien.
- **Copropiedad:** Modalidad del derecho de propiedad consiguiente a la pluralidad de los titulares del derecho sobre la cosa, y de donde resulta que el derecho de propiedad de cada uno queda reducido a una cuota parte (1/2,1/3,1/4), de la que el copropietario puede disponer libremente.
- **Liberalismo:** Sistema según el cual el Estado tiene que limitarse a asumir las funciones indispensables para la vida en sociedad y abandonar las demás actividades a la iniciativa privada.
- **Preámbulo:** Se denomina preámbulo, en la forma Derecho, a la parte del derecho expositiva que antecede a la normativa de una constitución, ley o reglamento. También puede denominarse «exposición de motivos» o «considerados».
- **Libertad contractual:** El contenido de la libertad contractual se encuentra regulado en el art. 1354 del Código Civil Peruano de la siguiente manera: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

- **Utilitarismo:** El utilitarismo es una teoría fundada a fines del siglo 19 por Jeremy Bentham Rios, que establece que la mejor acción es la que produce la mayor felicidad para el mayor número de individuos involucrados, maximiza la utilidad. Otro filósofo que desarrolló este concepto fue John Stuart Mill en su libro "El Utilitarismo" en 1863.
- **Liberalismo:** El liberalismo es una doctrina política que defiende la libertad individual, preconiza el Estado limitado (restringe la intervención del Estado en la vida social, económica y cultural) y promueve la iniciativa privada como medio para el crecimiento económico.
- **Modelo económico:** Adicionalmente los modelos económicos pueden generalmente dividirse entre modelos conceptuales, que usualmente poseen un carácter crítico o analítico.

1.7. HIPÓTESIS

1.7.1. Hipótesis general

- El artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.2. Hipótesis específicas

- La imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.
- La imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.

1.7.3. Variables

1.7.3.1. Variable independiente

Artículo 882° del Código Civil peruano

1.7.3.2. Variable dependiente

Libertad contractual

1.8. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
Artículo 882° del Código Civil peruano (Variable 1)	Imposibilidad de prohibir el enajenamiento	La tesis al mantener una NATURALEZA DOGMÁTICA JURÍDICA, es decir, de analizar las propiedades de instituciones jurídicas a través de la interpretación jurídica, NO se aplicará instrumentos de recolección de datos EMPIRICOS
	Imposibilidad de prohibir el gravamen	
Libertad contractual (Variable 2)	Autonomía de la libertad	
	Límites de la libertad contractual	

Las dimensiones de la variable 1: “Artículo 882° del Código Civil peruano” se han correlacionado con la variable 2: “Libertad contractual” a fin de hacer surgir las preguntas específicas de la siguiente manera:

- **Primera pregunta específica:** Dimensión 1 (Imposibilidad de prohibir el enajenamiento) de la Variable 1 (Artículo 882° del Código Civil peruano) + Variable 2 (Libertad contractual)

65

- **Segunda pregunta específica:** Dimensión 2 (Imposibilidad de prohibir el gravamen) de la Variable 1 (Artículo 882° del Código Civil peruano) + Variable 2 (Libertad contractual)

Y todos los problemas específicos se han formulado en la sección 1.2. del presente documento. Además, se puede hallar esta información en los anexos de la tesis.

En conclusión, el problema general relaciona la Variable 1 (Artículo 882° del Código Civil peruano) y la variable 2 (Libertad contractual), por tal motivo, el problema general de la presente tesis es:

- ¿De qué manera afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

2.1.1. Métodos generales

El método que se aplicará será la hermenéutica también llamada el arte de la interpretación, éste método de investigación es considerada como tal, no sólo porque busca la verdad, sino como lo explican Gómez Adanero y Gómez García (2006) que en sí: “(...) no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino sólo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico-tecnológico (...)” (p. 203); esto es que para nada deja de tener la calidad de tesis o “ciencia” cuando en vez de utilizar datos empíricos, se utiliza la hermenéutica para el análisis de datos textuales donde se exponen las características, propiedad, requisitos de una determinada institución jurídica o una doctrina en sí misma.

Asimismo, se afirma que busca la verdad porque la hermenéutica “(...) no parte del presupuesto básico de las teorías puramente epistemológicas, que arrancan una supuesta situación ideal de conocimiento (la razón de los positivistas) o de comunicación (la razón práctica de los procedimentalistas) (...)” (Gómez & Gómez, 2006, p.201); es decir que, ya viene consigo misma una teoría ya elaborada para realizar aplicación de ciencia, sino que dentro de la hermenéutica, el círculo de observación es continuo, pues lo que se ha interpretado en un primero momento otorga una visión cognocitiva a sujeto, pero si vuelve a interpretar el mismo texto tendrá una visión más elaborada o una cognición más elevada que la primera vez, por lo que la verdad será acorde al marco teórico de lo que maneja, siendo en el caso nuestro, la elaboración de un marco teórico originario (basado en las variables).

Explicado entonces el método, ahora justificaremos porqué razón dicho método calza en nuestro proyecto, se utilizará la hermenéutica en tanto los investigadores interpretaran textos tales como, la jurisprudencia, la ley y libros de doctrina sobre Artículo 882° del Código Civil peruano y Libertad contractual, asimismo, el cual no les será tampoco indiferentes su carga vivencial académica, personal, emocional y filosófica para poder arrojar comentarios o interpretaciones basadas en su contexto y buscar la verdad sobre el tema de investigación.

2.1.2. Métodos específicos

El Derecho por excelencia utiliza la hermenéutica jurídica como método particular de investigación, por lo que en el presente caso se utilizará la exégesis jurídica, éste método consiste en buscar la voluntad del legislador en las diferentes disposiciones normativas, esto es porque algunas leyes son oscuras o ambiguas (Miró-Quesada, 2003, 157).

Y en caso de que el método exegético no sea suficiente, se utilizará el método sistemático-lógico, la cual consiste en hallar sistemáticamente en todo el ordenamiento jurídico los conceptos jurídicos que ayuden a esclarecer la oscuridad o ambigüedad de un dispositivo normativo en particular (Miró-Quesada, 2003, 157).

2.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La naturaleza de la investigación propone ser un tipo de investigación básica o fundamental (Carrasco, 2013, p. 49), a razón de que se encargará de incrementar en la teoría jurídica los conocimientos del Artículo 882° del Código Civil peruano y Libertad contractual.

Entonces, es básica porque al profundizar y escudriñar los temas que ya han sido mencionados en el apartado 4.1.2. Artículo 882° del Código Civil peruano y Libertad

contractual, se está aclarando y profundizando los tópicos acerca de esas dos variables, se está aportando conocimientos no solo para la comunidad de doctrinarios o cualquier interesado respecto a los temas mencionados, sino que sobre todo se hará para la comunidad jurídica de investigadores y puedan ser ellos los que hagan el respectivo debate.

2.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es correlacional (Hernández; Fernández & Batpista, 2010, p. 82), porque en el proceso de la tesis se detallarán cómo se relacionan cada uno de los elementos esenciales sobre cada institución jurídica: Artículo 882° del Código Civil peruano y Libertad contractual, a fin de saber la posible afectación una frente a otra.

Ahora bien, decimos que es correlacional, porque manifestará las características de cada un variable y se someterán a una relación para examinar su compatibilidad o semejanzas para tomar decisiones de que, si éstas guardan consistencia a futuro o no, en caso de no serlo, afirmaremos que su influencia será negativa, pero si hay relación, diremos pues que su relación es predictiblemente positiva.

2.4. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es de corte observacional o no experimental, debido a que no se manipulará ninguna variable (Ramírez, 2010, p. 25), sino de solo obtener las características de cada institución jurídica a fin de relacionarlas y ver su consistencia.

Y se afirma que es transaccional, porque su análisis será a través una recolección de datos que se efectuará en un solo momento (Sánchez, 2016, p. 109), es decir, que a través de los instrumentos de recolección, que son las fichas textuales y de resumen, se irán consignando

progresivamente al marco teórico de la tesis, agregando que la información que se va incorporando será la más relevante e imprescindible sobre la doctrina y jurisprudencia de las instituciones jurídicas antes mencionadas.

2.5. POBLACIÓN Y MUESTRA

Debido a que el carácter de la tesis es eminentemente dogmático, no podemos referirnos con respecto a población y muestra.

2.6. TÉCNICAS Y/O INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

2.6.1. Técnicas de recolección de datos

La técnica usada por la tesis fue el análisis de documentos. Esta técnica analiza todo texto de la doctrina y subsume información importante para el contenido de la tesis. El **análisis de documentos** es la forma de operar el conocimiento que posibilita la elaboración de un documento de fuentes primarias o secundarias. Estas fuentes se comportan como un medio o herramienta de busca entre el documento primario y quien lo usa para probar su hipótesis (Velázquez & Rey, 2010).

2.6.2. Instrumentos de recolección de datos

La presente tesis usará fichas textuales, de resumen y bibliográficas con la finalidad de recrear un marco teórico acorde con las necesidades de la interpretación que demos de la realidad y los textos.

2.7. PROCEDIMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Primero. Los datos se recolectarán mediante las fichas de documentos: de texto, de resumen y de bibliografía. Para ello, usaremos:

FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)

DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.

CONTENIDO:

“
.....”
.....

Segundo. Seguidamente, se analizará formalmente el contenido, así, para que se disminuya lo subjetivo.

Tercero. Procederemos luego al análisis de propiedades de cada variable con el fin de sistematizar y formar un marco teórico estable (Velázquez & Rey, 2010, p. 184).

2.8. TÉCNICAS Y ANÁLISIS DE DATOS

Para el procedimiento y el análisis de los datos obtenidos en la investigación, recurriremos a la argumentación jurídica, pues, al tratarse de información documental, existirán premisas y conclusiones de las cuales se observará una serie de propiedades, las cuales según Aranzamendi (2010, p. 112) deben ser: (a) Coherentemente lógico, basándose en premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonable, que a través de motivaciones suficientemente justificables se llega a conclusiones materiales y formales; (c) idóneo, las premisas deben tener y mantener una posición; y (d) Claro, que no lleve a un tipo de interpretación ambigua o que se preste a múltiples interpretaciones, sino que sea una información conclusiva entendible.

En este sentido, al ser todos los datos y el procesamiento de datos de diversos textos, la argumentación para la presente tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente

o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp.203-204), cuya estructura será: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, las cuales permitirán a través de conexiones lógicas y principios lógicos argumentar para contratar las hipótesis planteadas.

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La tesis tiene como primera hipótesis: “La imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; de este modo, los resultados son:

PRIMERO.- Al partir hablando de la propiedad, nos remontamos a su contexto histórico. Desde los principios de la civilización humana, el hombre ya sentía identificación por los objetos, estableciendo una relación de pertenencia. Sin embargo, la propiedad no resultaba del todo privada, porque era inimaginable, por ejemplo, pensar que el agua sería propiedad privada, pues, conjuntamente con el aire y los mares era propiedad de todos.

El derecho romano avanzó bastante en la propiedad a través de la generación del instituto de los derechos reales. Así, clasificaron las cosas y los modos de adquirir estas cosas. Se habló de posesión, usufructo, servidumbre, etc.

Esto no fue, empero, exclusivo del derecho romano. En otras sociedades esclavistas, como Egipto, Israel o Arabia también se hablaba de propiedad privada. Esto significa que la propiedad privada es una consecuencia del modo de producción esclavista.

En Egipto, la producción otorgaba al titular la administración de los bienes, con esto, el propietario se hacía dueño absoluto de las tierras que poseían. Algo muy curioso, sin embargo, era que el rey era el dueño final de cada bien.

En Israel, la propiedad tenía principalmente una connotación religiosa, que se extendió incluso a su organización jurídica y política. Todos son dueños de la tierra porque esta es herencia de Jhave. Postura bastante interesante.

Si nos referimos a Bizancio, en el Imperio, ya existía la propiedad privada que incluso se transmitía por herencia y era un hecho pasible de ser objeto de cobro de impuestos.

En Grecia, la propiedad que antes era considerada parte de la familia o un determinado grupo, dejó de serlo y paso a ser propiedad individual, vestigios próximos a la propiedad privada en sentido estricto.

SEGUNDO.- El derecho de propiedad tiene una importancia trascendental en la mayoría de sociedades actuales. Este derecho otorga al propietario de un bien facultades de uso, disfrute, disposición, reivindicación sobre el bien que se ostenta. Por esto, se le considera el derecho real más completo.

La propiedad se ejerce sobre bienes muebles e inmuebles y se genera poder a favor del propietario, siendo que, con su transferencia, también se transfieren los poderes propios de la propiedad. La limitación que tiene la propiedad es la de no vulnerar las buenas costumbres ni trasgredir el orden público.

Su naturaleza jurídica es la de un derecho privado y real que concede a su titular el control de un bien mueble o inmueble.

TERCERO.- Como ya se había mencionado, la propiedad tiene un carácter absoluto. Conjuntamente con esto, la propiedad es exclusiva, perpetua y esencial. Estas características

son innatas en la propiedad, y solo pueden ser desmembradas cuando la propiedad es contraria al interés público, el orden público o las buenas costumbres.

Ahora, debido a la limitación anterior, ya no puede concebirse a la propiedad como lo solían hacer en Roma, cuando otorgaban al propietario el derecho de uso y abuso sobre el bien y este podía disponer libremente del mismo, incluso perpetuando su destrucción.

La propiedad debe ejercerse en línea armónica con el interés social del derecho peruano.

Esto es reconocido constitucionalmente, pues la Constitución señala que debe mantenerse incólume la fuerza del orden público y los intereses de la sociedad. De otro modo, la propiedad quedaría estancada en un vacío anárquico de libertad absoluta.

CUARTO.- Al hablar del carácter exclusivo de la propiedad, nos referimos a que la propiedad solo se considera de un individuo y no de un grupo de personas.

Aunque esto parezca ser contradictorio con la copropiedad, no es del todo así. La exclusividad, pues, está dirigida al hecho de que nadie puede interferir en las decisiones del propietario ni en los poderes de propiedad del mismo.

Por ello, la copropiedad se entiende como una excepción de lo mencionado.

Se puede señalar, entonces, que los bienes, sean estos muebles o inmuebles, se transmiten gracias a la singularidad del título, pues con esto, se transmiten los poderes sobre el bien.

QUINTO.- Siempre es necesario imponer ciertas limitaciones a la propiedad, porque de esta manera se contribuye con el desarrollo de la sociedad. Tal es el caso del artículo 959° del Código Civil peruano que permite limitar la propiedad cuando se está frente a un peligro inminente.

Cuando el ejercicio de la propiedad termina por afectar a un vecino, la propiedad termina también encontrándose limitada. Así, se observa flexibilidad en las limitaciones de la propiedad.

Cuando se habla de la perpetuidad de la propiedad, esto se refiere a que el derecho de propiedad dura el mismo tiempo que dura la cosa. Incluso se señala que no existe prescripción extintiva en el derecho de propiedad.

SEXTO.- En la transferencia dentro del eje peruano, se ha observado limitación a la prohibición de la transferencia. Todos ellos, con causa identificada en el artículo 882° del Código Civil peruano. El fundamento se halla en el principio de circulación de los bienes.

Sin embargo, se tiene, por ejemplo, en la resolución 019-2008-SUNARP-TR-A que sí fue posible restringir la transferencia de la propiedad en un testamento, siempre que se traten de intereses mayores, como en el caso descrito en el marco teórico de la tesis. Pero, finalmente, apareció nuevamente el artículo 882° como una limitante del hecho.

SÉPTIMO.- Ahora, si es también interés de la presente investigación el referirnos a la libertad contractual, es imprescindible partir de la descripción del modelo económico en el que nos encontramos inmersos.

El modelo que nos rige es el modelo económico liberal, esto es, de libre mercado. El fundamento de este modelo económico yace sobre el hecho de que es necesario el tráfico comercial, pues este sedimenta la economía capitalista de propiedad privada.

OCTAVO.- Habiendo observado la necesidad de permitir el tráfico comercial, debemos hablar de la voluntad de las partes.

La voluntad autónoma de las partes intervinientes en un contrato, permiten que estas sean libres de crear, regular, limitar o extinguir obligaciones dentro del contrato, sin que nadie pueda tener injerencias en los efectos que se provoquen de la manifestación de esta voluntad.

Esta libertad, sin embargo, implica necesariamente responsabilidad. Esto se debe a que las partes del contrato deben hacerse responsables de las consecuencias a las que se han constreñido con el vínculo contractual.

El contrato sirve a la comunidad y satisface a la economía, pues se dirige a un bien común.

NOVENO.- La libertad contractual se ha limitado por ley. Esto está basado en la búsqueda del orden y la preservación de las buenas costumbres. Pero la ley ha limitado tanto la libertad contractual que en la actualidad resulta casi anacrónico hablar de una libertad contractual en sentido estricto. Esto se debe a que el modelo liberal se ha desvirtuado y ahora la ley prohíbe muchas cosas en el contrato. Ya no se habla de una verdadera libertad contractual, la cual debería siempre prevalecer.

DÉCIMO.- Ahora, cuando nos centramos en el artículo 882° del Código Civil peruano, este refiere la imposibilidad de establecer cláusulas que prohíban la enajenación, a menos que la ley lo permita.

Entonces, cuando la ley nos establece esta limitación a la libertad contractual, lo que la ley está haciendo es prohibir que en un determinado contrato el acreedor prohíba al deudor la futura enajenación del bien.

Lo que el Código Civil peruano está haciendo en su artículo 882° es prohibir que un contrato contenga cláusulas restrictivas a futuro para el adquirente del bien. Se entenderá mejor con un ejemplo.

“A” y “B” firman un contrato de compra y venta, en el que “A” vende a “B” una casa por un monto determinado. Debido a que “A” mantiene fuertes vínculos sentimentales y morales con la casa que va vender, confiando en que “B” es una persona muy responsable y humilde, que solo adquirirá la casa con fines de vivienda, solicita a “B” que este no venda la casa, al menos hasta que muera y el bien pase a manos de sus herederos, quien sí podrán vender el bien. Para estar seguro, “A” pide a “B” la consignación de una cláusula que prohíba a “B” vender la casa hasta que el bien pase a manos de sus herederos. El contrato se firma, pero, como la cláusula consignada calza a la perfección en el artículo 882° del Código Civil, la cláusula se invalida, permitiendo que “B” venda el bien deliberadamente.

Con esto, el deudor se encuentra protegido porque podrá vender el bien, donarlo, usufructuarlo, etc. Sin embargo, no se conocen las razones por las cuales el acreedor pudo haber tenido la intención de prohibir la enajenación del bien. Tal vez existía una carga moral o

sentimental subyacente que ignoramos y no sentimos empatía por descifrar, ya que la ley así señala.

Lo que pretendemos con la tesis es analizar si debería permitirse este tipo de cláusulas en los contratos, incluso cuando son restrictivas del tráfico comercial, lo cual se debatirá oportunamente en el segmento de discusión de la hipótesis primera.

3.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La tesis tiene como segunda hipótesis: “La imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; de este modo, los resultados son:

PRIMERO.- Como ya hemos podido observar en los resultados del objetivo primero, el artículo 882° nace como una prohibición para los contratantes de consignar en el contrato cláusula alguna que limite la actividad de enajenación del adquirente del bien. Por dicha razón se ha trabajado el contexto de la importancia de la propiedad, así como los rasgos del modelo económico sobre el que se ha construido el artículo 882° del Código Civil; empero, también se ha consignado la información imprescindible sobre la libertad contractual y la importancia de la misma en el contexto sobre el que se promulgan las leyes del Código Civil peruano. Toda esta información puede hallarse en los considerandos primero al décimo del punto 4.1.1. de la presente investigación.

Debido a que no tendría pertinencia volver a describir los temas que ya se abordaron en el punto anterior, lo que resta en este segmento de la investigación es brindar la descripción sobre los resultados referidos a la prohibición de gravamen contenida en el artículo 882° del Código Civil peruano.

SEGUNDO.- De acuerdo al artículo 882° del Código Civil peruano, una persona que ha adquirido un bien, puede gravarlo tranquilamente, pues, si el contrato por el que se ha adquirido este bien lo prohibiera, dicha cláusula no sería válida por el artículo mencionado.

El gravamen no es otra cosa que la carga patrimonial que se consigna a un bien para que este pueda servir de garantía frente a cualquier obligación. Es decir, al gravar un bien inmueble, este puede servir como garantía para un préstamo, por tener un ejemplo. Entonces, en caso de que el deudor de dicho préstamo incumpliera sus obligaciones crediticias, el bien podría ser vendido para que la deuda quede saldada.

TERCERO.- Entonces, no se puede prohibir contractualmente que un bien sea gravado, de acuerdo al artículo mencionado. Motivo por el cual se ha impulsado la presente investigación con la finalidad de dilucidar hasta qué punto afecta este hecho a la libertad contractual.

Ello porque puede tenerse el siguiente ejemplo. Imaginemos el supuesto que se ha desarrollado en el considerando décimo de los resultados sobre el primer objetivo. “A” y “B” han celebrado un contrato de compra y venta, en el que “A” por el afecto sentimental que le tiene al bien que ha vendido a favor de “B”, solicita que “B” deje al bien libre de gravámenes, puesto que, si este incumpliera sus obligaciones, el bien podría quedar en manos de otra persona que utilizaría el bien para fines distintos a los que “A” quería que se vendan. Sin embargo, como ya se había evidenciado, por la existencia del artículo 882°, el bien podrá ser vendido tranquilamente, puesto que su invalidez queda descubierta por el artículo mencionado.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La hipótesis específica número uno de la investigación es: “La imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; sobre esta, se han consignado los resultados arrojados por nuestra investigación; por ende, a continuación, se procederá al contraste de la hipótesis mediante una formal discusión de las conclusiones a las que se llegó, para lo que se utiliza la argumentación jurídica:

PRIMERO.- Ya hemos observado que la evolución del derecho, aunque con buenas intenciones, ha venido especificándose cada vez más hasta el punto de establecer demasiadas limitaciones a lo que se conoce como libertad contractual.

La libertad contractual es pues una característica inherente a la teoría de los contratos, en el sentido de que, mediante la libertad contractual, puede materializarse la economía de la libertad, permitiendo que las partes intervinientes en un acto jurídico celebren el acto jurídico en las condiciones que estos convengan, después del proceso de negociación que hallen idóneo y teniendo en cuenta que depende exclusivamente de su voluntad el que la celebración del acto jurídico se lleve a cabo o no.

Por esta razón, la libertad contractual tiene como una de sus extensiones a la autonomía privada de la voluntad. Esta autonomía privada de la voluntad sintetiza el hecho de que la persona que evalúa la posibilidad de celebrar o no un acto jurídico, tiene la facultad de que

ninguna externalidad interfiera en su voluntad de celebración del acto jurídico, por lo que, finalmente, la persona puede decidir si celebrar o no el acto jurídico.

Para que esta autonomía de la voluntad se extrapole al acto jurídico, la persona debe evaluar su situación y las opciones que el acto jurídico le ofrece, para que, después de evaluar si la celebración del acto jurídico le conviene o no le conviene, la persona decida celebrar o no el acto jurídico.

En un sentido contrapuesto, la autonomía de la voluntad debe entenderse a partir del hecho de que nadie puede obligar a una persona a celebrar un acto jurídico, puesto que dicha celebración depende exclusivamente de su autonomía, la misma que es privada.

Por otro lado, la libertad contractual también permite que los sujetos que participan de un determinado acto jurídico puedan estipular las cláusulas que consideren convenientes para que el acto jurídico les favorezca y mejore su situación actual.

Sin embargo, el ejercicio de la libertad contractual no puede ser desmesurado, sino que la libertad contractual se limita cuando genera lesiones o vulneraciones a derechos fundamentales o bienes jurídicos de interés general.

SEGUNDO.- Una de estas limitaciones para la libertad contractual se ve en lo que respecta a la capacidad de establecer un contrato en el que se prohíba enajenar al bien sobre el que se contrata. Esta limitación está taxativamente estipulada en el artículo 882° del Código Civil peruano

Es evidente la limitación, así que pretendemos demostrar que esta afectación es negativa en el sentido de que limitar la prohibición de enajenar como cláusula contractual no genera beneficios para la libertad contractual.

TERCERO.- Es cierto que el fundamento de la existencia del artículo 882° se dirige a permitir el tráfico comercial y la libre circulación de la riqueza. Sin embargo, la pretensión de la presente investigación no es de permitir que se prohíba la enajenación indefinidamente en cualquier cláusula contractual. Nuestra pretensión es flexibilizar el artículo 882° con la finalidad de que se permita dicha cláusula siempre y cuando sea por una causa justificada y por un periodo de tiempo que no vaya más allá de la muerte del primer propietario.

Todo esto parte de que, como se advirtió en la descripción problemática de la investigación, existe casos en los que una persona tiene una relación frente a un bien que no se limita a una relación patrimonial propia de los derechos reales. A veces, hay cargas emocionales y espirituales incluidas en un determinado bien. Por esta razón, la persona muchas veces tendrá el afán de consignar una cláusula en la que se prohíba la enajenación por un determinado lapso de tiempo.

Puede tenerse unos cuantos ejemplos en los que la relación de una persona con un bien va más allá de la esfera patrimonial: la relación de un señor con la casa que él mismo ha construido; la relación de una señora con un herbario que ella misma ha diseñado en la que se ha dedicado a la agricultura fina durante mucho tiempo. Entonces, en estos casos, se ve que el lazo entre la persona y el bien es un lazo de carácter ético y emocional, que refleja valores propios del ser humano y su concepción del apego material. Por esta razón, es importante que el derecho sea cuidadoso con las limitaciones sobre la libertad contractual en su extremo de

querer tutelar otros intereses, como es el caso del artículo 882° que pretende tutelar la circulación de la riqueza.

CUARTO.- Lo anterior, en definitiva, no significa un menosprecio para la circulación de la riqueza. Si la persona tiene afecto por el bien, y sabe que este podría caer en malas manos, decidirá no venderlo; por lo tanto, no existe tráfico comercial con respecto de este bien. En cambio, si encuentra a alguien que lo cuidará bien, puede aceptar venderle el bien, con la condición de que no lo enajene hasta la muerte del primer propietario.

Nuestra lógica es sencilla. Si una persona tiene apego emocional con un bien y decide vender este bien siempre y cuando el nuevo propietario cuide el bien y no lo venda a alguien más que podría descuidarlo, pero encuentra al artículo 882° del Código como una barrera para vender el bien, finalmente no venderá el bien, puesto que preferirá mantener el bien en su propiedad que venderlo a alguien que luego quiera únicamente lucrar con el bien. Entonces, de todas formas, el bien no será parte de la circulación de la riqueza y el tráfico comercial. En cambio, si se permite que la persona coloque una cláusula que prohíba la enajenación hasta su muerte, el bien podrá circular, siempre que el nuevo propietario tenga en cuenta los intereses del primer propietario sobre el bien.

QUINTO.- Incluso cuando esto sería una limitación del derecho de propiedad, es un riesgo que debe asumirse porque existe un interés mayor por parte del primer propietario, es decir, un interés que va más allá de lo material.

En el peor de los casos, y nos referimos a aquellos casos en los que el próximo propietario no acepte la cláusula que le prohíba enajenar, simplemente, ejerciendo su derecho

de libertad contractual, puede decidir no celebrar el contrato. En este sentido, nadie se ve afectado, por lo que el artículo 882° llegaría a ser inútil, puesto que, en caso de que el primer propietario quiera que su bien se mantenga cuidado hasta el día de su muerte, y el artículo le prohíba vender el bien con una cláusula de prohibición de enajenar, este propietario simplemente no venderá el bien, por lo que tendrá que esperarse hasta la muerte de este para ver si sus herederos deciden vender finalmente el bien.

Entonces si la hipótesis fue: “La imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; tendremos que CONFIRMAR dicha hipótesis, por cuanto, no existe razón justificable para no flexibilizar el contenido del artículo 882° con respecto a la cláusula prohibitiva de enajenar, teniendo en cuenta que la relación del propietario con el bien no es solo una relación patrimonial, sino que existe un contenido de apego que hace que el propietario quiera que el bien se mantenga cuidado.

4.2. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La hipótesis específica número dos de la investigación es: “La imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; sobre esta, se han consignado los resultados arrojados por nuestra investigación; por ende, a continuación, se procederá al contraste de la hipótesis mediante una formal discusión de las conclusiones a las que se llegó, para lo que se utiliza la argumentación jurídica:

PRIMERO.- En lo que respecta a la cláusula que prohíbe el gravamen del bien sobre el que se contrata, creemos que esta también limita la libertad contractual. Es decir, los

presupuestos que se han consignado sobre la libertad contractual también se ven observados y analizados en este apartado.

Se tiene que la libertad contractual opera como el fundamento esencial de la teoría de los contratos. Por ende, la autonomía de la voluntad es un factor primordial en este respecto, teniendo en cuenta que, en la celebración de un acto jurídico, las partes involucradas pueden voluntariamente decidir si celebrar o no el acto jurídico, así como también pueden negociar entre los mismos las cláusulas que regirán las reglas del acto jurídico.

SEGUNDO.- De cualquier forma, la libertad contractual sigue funcionando como un imperativo inspirado en que las personas puedan libremente decidir el contenido de sus contratos siempre y cuando este contenido no afecte derechos fundamentales de otras personas, o contravenga intereses generales establecidos en cuerpos normativos.

Entonces, cuando hablamos de que el Estado y la legislación no permitan consignar cláusulas que prohíban la enajenación de un bien, estamos hablando de una clara limitación al ejercicio de la libertad contractual.

TERCERO.- Por ende, hay que observar de qué manera el gravamen afectaría intereses generales de la población o generaría vulneración de derechos fundamentales, puesto que, solo en esos casos sería adecuada la limitación de la libertad contractual.

La primera forma a través de la cual dicha prohibición limita la libertad contractual yace en el hecho de que el Estado, aunque tiene que proteger a los habitantes de su territorio, no debe actuar de manera sobre protectora, porque esto es limitante de la autonomía de los habitantes. Cuando el Estado cuida cada uno de los pasos de la población para ver qué hacen

bien y qué hacen mal, el Estado está sobreprotegiendo a los habitantes. Entonces, en caso de que la prohibición de gravamen pudiera afectar al adquirente del bien, este último tendría que asumir la responsabilidad por haber celebrado un acto jurídico que le pudo haber generado perjuicio.

Entonces, en el caso de que una cláusula que prohíba el gravamen del bien perjudicase al nuevo propietario, esto sería una irresponsabilidad del nuevo propietario que el Estado no tiene por qué proteger. La solución es simple: si el próximo propietario observa que esta cláusula le perjudica, puede optar simplemente por no celebrar el contrato. Solo de este modo, se observa que la libertad contractual adquiere valor representativo dentro de la sociedad, permitiendo un real ejercicio de la autonomía de la voluntad de manera responsable.

CUARTO.- De igual forma debe abordarse la tensión existente entre la circulación de la riqueza y la prohibición de gravamen. La lógica es bastante simple: si el primer propietario no quiso permitir el gravamen del bien una vez que transfiere el bien al nuevo propietario, y este decide no venderlo (en ejercicio de la autonomía de la voluntad) porque la ley le prohíbe consignar dicha cláusula, entonces el bien de todas formas no se va gravar hasta la muerte del primer propietario.

Esa es la razón por la que postulamos que la prohibición de gravar el bien solo opere hasta la muerte del primer propietario, porque, una vez que este fenece, desaparece todo el apego material sentimental y ético que tenía sobre el bien.

Entonces, observamos que tampoco existe una justificación suficiente para que no sea posible prohibir el gravamen sobre un bien cuando las partes que intervienen en la celebración de un acto jurídico así lo desean.

De esa manera, si la hipótesis fue: “La imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; tendremos que CONFIRMAR dicha hipótesis puesto que, permitir cláusulas que prohíban gravámenes sobre el bien no afecta a la circulación de la riqueza ni a los efectos crediticios que podría generar el bien, puesto que, si el propietario tiene un fuerte apego con el bien e insiste en que este no sea objeto de gravamen, al prohibirle consignar una cláusula que contenga dicho supuesto, finalmente no venderá el bien, generando así el mismo resultado que si el derecho le permitiera consignar ese tipo de cláusulas.

4.3. DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La tesis ha planteado la siguiente como hipótesis general: “El artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano”; así, después de obtener las conclusiones de las hipótesis primera y segunda, contrastaremos la hipótesis general usando los datos obtenidos para CONFIRMAR o RECHAZAR la hipótesis planteada, para ello, se procede a utilizar la argumentación jurídica:

PRIMERO.- El artículo 882° limita claramente la libertad contractual. Por lo tanto, la tensión de la tesis se ha tenido que reflejar sobre el objetivo de determinar si dicha afectación es realmente negativa y no beneficia a sus propios fines. Es decir, la presente investigación ha pretendido determinar si la vulneración que el artículo 882° del Código Civil ejerce sobre la libertad contractual está suficientemente justificada.

SEGUNDO.- De acuerdo a la postura utilitarista que asumimos en la presente investigación, tenemos que admitir que buscamos en la investigación el máximo beneficio pragmático. Ello implica maximizar la libertad. Por esta razón, procuramos que la libertad

contractual se consigne en un pedestal más alto que intereses de menos importancia, como sería la circulación de la riqueza.

Sin embargo, no solo hemos demostrado que la libertad contractual importa más que la circulación de la riqueza, puesto que en un acto jurídico no solo se contienen intereses patrimoniales, sino también intereses de carácter sentimental y ético, que son valores inherentes al ser humano, sino que también hemos demostrado que en realidad el prohibir la enajenación y el gravamen de un bien no genera ningún perjuicio real a la circulación de la riqueza.

TERCERO.- En el caso del artículo 882°, ya se ha visto que se fundamenta en la perpetración de la circulación de la riqueza; sin embargo, se ha visto que, en determinados casos, lo que hace este artículo es estancar la circulación de la riqueza, porque, como no se puede establecer cláusulas que prohíban la enajenación, muchas personas optan por no traficar sus bienes, por lo tanto, la riqueza termina no circulando.

Pero, tampoco hemos sido partidarios de la postura que la libertad contractual se enarbole ilimitadamente, permitiendo contratos que consignent que el bien no se venda nunca, sino que el límite para la prohibición de la enajenación de un bien, en el sentido de que no perjudique la circulación de la riqueza, debe ser la muerte del primer propietario del bien, es decir de la persona que consigna la cláusula prohibitiva de enajenación o gravamen.

Como ya se explicó, no pretendemos otorgar facultad indefinidas en cuanto a la permisión de este tipo de cláusulas, sino que pretendemos flexibilizar al artículo 882° para que, en ciertos casos, pueda permitirse aquel tipo de cláusulas.

CUARTO.- Antes de proponer nuestra reforma, es necesario que observemos cómo se viene observando el artículo 882° por parte de la doctrina legislativa. Para esto, hemos revisado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, en el que, efectivamente, se pretende modificar este artículo. En este documento la propuesta consignada 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 treinta años. 2. El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista un nuevo acuerdo. 3. Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado en el numeral 1.

En la exposición de motivos de la postulación de la modificación antes consignada, los legisladores sugieren que no existe justificación suficiente para que se prohíba consignar cláusulas limitadoras del ejercicio de la libertad contractual, basado ello en la autonomía privada.

A nuestro parecer, dicha postulación es acertada pero insuficiente. Decimos esto porque, como hemos venido exponiendo, nuestra preocupación es el apego que la persona desarrolla con un determinado bien, y esto no puede simplemente materializarse en el tiempo, es decir, en 20 o 30 años, como señala la propuesta de modificación del Anteproyecto de Reforma, sino que tiene que basarse en un supuesto de mayor fuerza, como es la muerte del propietario que consigna las cláusulas prohibitivas de enajenación y gravamen. Por este motivo, nuestra propuesta es que el artículo 882° rece lo siguiente:

“Artículo 882° del Código Civil, la cual prescribirá: Puede establecerse cláusulas prohibitivas de enajenación y gravamen siempre que dichas cláusulas sólo tengan validez hasta la muerte de la parte que adquirió dicho compromiso, de esa manera, el compromiso de no enajenar, no afecta a sus herederos o legatarios.”

Debemos **CONFIRMAR** la hipótesis general, porque la afectación del artículo 882° del Código Civil peruano a la libertad contractual es negativa pues genera la percepción de que las cláusulas prohibitivas de enajenación o gravamen nacen como un afán de obstruir la circulación de la riqueza, cuando en realidad, se deben a que el propietario de un bien genera un vínculo de apego fuerte, ético y sentimental con el bien, por lo que debe permitirse esas cláusulas hasta que el anterior propietario muera.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. La propiedad, aunque haya sido reconocida como un derecho absoluto, se ve limitada en tres circunstancias: cuando no es armoniosa con el orden público, las buenas costumbres o cuando se trata de un interés mayor.
2. Entonces, la propiedad puede limitarse cuando se trata de un interés mayor.
3. El artículo 882° del Código Civil peruano señala que no puede prohibirse mediante contrato el gravamen o la enajenación de un bien. Sin embargo, hemos observado que esto debe ser contextual pues, en determinadas ocasiones, sí debería permitirse dicha prohibición, sin perjuicio de que determinados dispositivos normativos ya lo permitan.
4. En el caso de la enajenación, creemos que puede prohibirse siempre que no la cláusula tenga validez hasta la muerte del anterior propietario.

5. En el caso del gravamen, concedemos que es necesario permitir su prohibición, puesto que, aparte de materializarse la libertad contractual, no existe ningún tipo de perjuicio en contra de la circulación de la riqueza.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda dar mayor información a las autoridades legislativas sobre la importancia de la libertad contractual como eje de nuestro sistema capitalista en una economía liberal de mercado.
2. Se recomienda a los legisladores reflexionar sobre la importancia de emitir dispositivos normativos que promuevan los fines de nuestro modelo económico y no que los restrinjan.
3. Se recomienda modificar el artículo 882° del Código Civil peruano, para que verse de la siguiente manera:

Artículo 882° del Código Civil, la cual prescribirá: Puede establecerse cláusulas prohibitivas de enajenación y gravamen siempre que dichas cláusulas sólo tengan validez hasta la muerte de la parte que adquirió dicho compromiso, de esa manera, el compromiso de no enajenar, no afecta a sus herederos o legatarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aranzamendi, L. (2010). *Investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación, Estructura y Redacción de la tesis*. Lima: Grijley.
- Bonivento, C (2000): La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado. Bogota-Colombia: Pontifica Universidad Javeriana. Disponible en: <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis16.pdf>.
- Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Lima, Perú: Editorial San Marcos.
- Cuadros, C. (1995). *Derechos Reales*. Lima-Perú: Carlos Ferdinand cuadros Villena cultural cuzco S.A.
- Fonseca, A. (2013). Las limitaciones privadas a la libre disposición de los bienes inmuebles, como resultado del traspaso a título gratuito de la propiedad: Artículo 292 del Código Civil. San Pedro-Costa Rica: Universidad de Costa Rica. Disponible en: <http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/LasLimitaciones-Privadas-a-la-Libre-Disposici%C3%B3n-de-los-Bienes-Inmueblescomo-Resultado-del-Traspaso-a-T%C3%ADtulo-Gratuito-de-la-Propiedad-Articulo-292-del-C%C3%B3digo-Civil.pdf>
- Hernández, R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. México, México: MCGrawHill.
- Hinostroza, A. (2003). *Manual de consulta rápida del proceso civil*. Lima-Perú: gaceta jurídica.

Holmes, S (1999): el precompromiso y la paradoja de la democracia. Ciudad de Mexico: fondo de cultura económica

Lizarraga, G (2013): Las cláusulas abusivas en la contratación por adhesión y a libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano. Lima-Perú: Universidad Cesar Vallejo. Disponible en: file:///C:/Users/7/Downloads/Jre/lizarraga_cg.pdf

Llerena, J. (2017). El establecimiento de un sistema constitutivo de inscripción en relación a las transferencias de bienes inmuebles inscritos en notarias publica de Comas. Lima-Perú: Universidad Cesar Vallejo. Disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/15177/Llerena_SJC.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López, J. (2017). El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú y la seguridad jurídica. Lima-Perú: Universidad Andina del Cusco. Disponible en: http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/1119/3/Jhefry_Tesis_bachiller_2017.pdf

Ochoa, C (2009): derecho constitucional económico. Lima-Perú: fondo editorial PUCP.

Pleno XCIV Relativo A Restricciones Convencionales De La Propiedad (2012): Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 1 de diciembre de 2012

Quezada N. (2010) Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación.

Lima: Macro.

Sánchez, F. La investigación científica aplicada al Derecho. Lima: Normas Jurídicas; 2016,
278 p.

Schreiber, M (1987). Exegesis “contratos: parte general”. Lima-peru: Studium editorial.

Smith, A (1776): la riqueza de las naciones. Buenos aires-argentina: Fontana.

Stuart M (1980): sobre la libertad “el utilitarismo”. Buenos aires-argentina: hyspamerica
ediciones argentina S.A.

Tribunal registral, SUNARP (2008): Resolución nro. 019-2008-SUNARP-TR-A

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). Metodología de la investigación científica. Lima: Editorial
San Marcos.

Villabella, C. (2015). Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W.
Godínez & J. García, *Metodologías: Enseñanzas e investigaciones jurídicas. Revista
Lecciones y Ensayos*, pp. 921-953. México: Universidad Nacional Autónoma de
México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de Posgrado.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

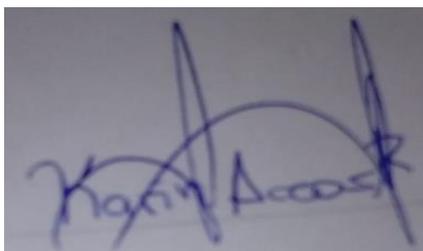
FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	<p align="center">Variable Independiente</p> <p>➤ Artículo 882° del Código Civil peruano</p> <p align="center">DIMENSIONES</p>	<p align="center">Tipo y nivel de investigación</p> <p>La investigación es de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Correlacional” y un enfoque cualitativo</p> <p align="center">Diseño de investigación</p>
¿De qué manera afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?	Analizar la manera en la que afecta el artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.	El artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.		
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas		

<p>¿De qué manera afecta la imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?</p> <p>¿De qué manera afecta la imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano?</p>	<p>Determinar la manera en la que afecta la imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>Identificar la manera en la que afecta la imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<p>La imposibilidad de prohibir el enajenamiento del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.</p> <p>La imposibilidad de prohibir el gravamen del artículo 882° del Código Civil afecta negativamente a la libertad contractual en el ordenamiento jurídico peruano.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Imposibilidad de prohibir el enajenamiento • Imposibilidad de prohibir el gravamen <p>Variable dependiente</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Libertad contractual <p>DIMENSIONES</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autonomía de la voluntad • Responsabilidad contractual 	<p>El diseño es observacional y transaccional</p> <p>Técnica de Investigación Investigación documental, es decir se usará solo los libros.</p> <p>Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento del fichaje.</p> <p>Procesamiento y Análisis Los datos, que son las fichas, se procesaran por la hermenéutica que es a través de ellas se formará un marco teórico a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p>Método General Se utilizará el método y hermenéutico.</p> <p>Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
--	---	--	---	--

COMPROMISO DE AUTORIA

En la fecha, yo Karin Liz Arcos Romo, identificada con DNI N° 20121211, domiciliada en prolongación pachitea #391 Huancayo,, estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: “LA AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 882° DEL CÓDIGO CIVIL A LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, etc. Y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 05 de agosto del 2020



DNI N° 20121211
Karin Liz Arcos Romo