

DERECHOS REALES

Colección Lo Esencial del Derecho 1

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

JORGE AVENDAÑO V. / FRANCISCO AVENDAÑO A.

DERECHOS REALES



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Avendaño Valdez, Jorge, 1933-

Derechos reales / Jorge Avendaño V., Francisco Avendaño A.-- 3ra reimp. 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

177 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 1)

Bibliografía: p. [173]- 174.

D.L.

ISBN: 978-612-317-230-5

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho civil (Derechos reales) - Perú 3. Propiedad (Derecho civil) - Perú 4. Posesión (Derecho civil) - Perú 5. Multipropiedad - Aspectos legales - Perú
I. Avendaño Arana, Francisco II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie

Derechos reales

Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 1

© Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A., 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: marzo de 2017

Tercera reimpresión de la primera edición: octubre de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-230-5

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-14441

Registro del Proyecto Editorial: 31501361901061

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
LOS DERECHOS REALES	15
1. Noción	15
2. Los derechos reales en el Código Civil peruano	18
3. Preguntas	19
CAPÍTULO 2	
LOS BIENES	21
1. Noción	21
2. Clasificaciones	22
2.1. Corporales e incorporales	22
3. Preguntas	28
CAPÍTULO 3	
LA POSESIÓN	29
1. Elementos de la posesión. Principales doctrinas posesorias	29
2. Concepto de la posesión en el Código Civil peruano	31
3. Clasificaciones	33
3.1. Posesión mediata e inmediata	33

3.2. Posesión legítima e ilegítima. Posesión ilegítima de buena fe y de mala fe	35
3.3. Posesión precaria	37
4. Derechos del poseedor	38
4.1. Suma de los plazos posesorios	38
4.2. Defensa posesoria	39
4.3. Mejoras	44
5. Presunciones a favor del poseedor	47
6. Adquisición de la posesión	49
7. Preguntas	56
CAPÍTULO 4	
LA PROPIEDAD	57
1. Noción	57
2. Facultades	59
3. Caracteres	64
4. Restricciones de la propiedad	66
5. Adquisición de la propiedad	70
6. Adquisición convencional de la propiedad	73
6.1. Transmisión de bienes muebles	73
6.2. Transmisión de bienes inmuebles	77
7. Prescripción adquisitiva	84
7.1. Noción	84
7.2. Requisitos: posesión continua, pública, pacífica y como propietario	86
7.3. Prescripción corta: el justo título y la buena fe	88
7.4. Efecto de la prescripción	89
7.5. Interrupción y suspensión	90
8. Preguntas	92
CAPÍTULO 5	
COPROPIEDAD	93
1. Noción	93
2. Derechos de los copropietarios	96
3. Obligaciones de los copropietarios	99

4. Administración de los bienes comunes	101
5. Partición	103
6. Medianería	106
7. Preguntas	107

CAPÍTULO 6

RÉGIMEN DE UNIDADES INMOBILIARIAS DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y DE PROPIEDAD COMÚN

	109
1. Noción	109
2. Antecedentes	111
3. Los regímenes de la Ley N° 27157 y su reglamento	112
4. Régimen de propiedad exclusiva y propiedad común	115
4.1. Nacimiento del régimen	115
4.2. Secciones exclusivas	118
4.3. Pluralidad de propietarios	120
4.4. Bienes comunes	120
4.5. Servicios comunes	125
4.6. Reglamento interno	125
4.7. Junta de propietarios	128
4.8. Administración de la edificación	129
5. Preguntas	130

CAPÍTULO 7

HIPOTECA

	131
1. Concepto	131
2. Caracteres	132
2.1. Accesorio	132
2.2. Indivisible	134
2.3. Especial	135
2.4. Inmobiliario	137
3. Requisitos	137
3.1. Constitución por el propietario	138
3.2. Inscripción	139
3.3. Obligación y gravamen determinado o determinable	141

4. Extensión	142
4.1. En cuanto al bien	142
4.2. En cuanto al crédito	145
5. Persecución	149
6. Preferencia	150
7. Venta judicial	152
8. Extinción	153
9. Preguntas	156
CAPÍTULO 8	
GARANTÍA MOBILIARIA	157
1. Noción	157
2. Constitución	160
3. Garantía preconstituida	161
4. Garantía mobiliaria <i>a non domino</i>	164
5. Extensión	165
6. Inscripción y calificación registral	168
7. Ejecución	171
8. Preguntas	172
BIBLIOGRAFÍA	173

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

INTRODUCCIÓN

El presente libro contiene un estudio introductorio de los derechos reales. No se pretende agotar todos los temas vinculados con esta materia. Ni siquiera se han abordado todos los derechos reales contemplados en el Código Civil. Lo que se busca es que el libro sea una guía inicial y didáctica para comprender las relaciones jurídicas que se presentan como consecuencia de la existencia y circulación de los bienes.

El libro tiene ocho capítulos. El primero comienza con la noción de los derechos reales y se hace una breve referencia a los previstos en el Código Civil. En el segundo se desarrolla el concepto legal de «bienes», que son precisamente el objeto de los derechos reales. El tercer capítulo trata sobre el derecho de posesión. Allí se revisa su concepto, clasificaciones, derechos del poseedor, presunciones y cómo se adquiere este derecho. Los capítulos del cuarto al sexto se refieren al derecho de propiedad, derecho real por excelencia, y a dos modalidades de dicha titularidad: la copropiedad y el Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. En estos capítulos se estudian la noción de propiedad, las principales facultades del propietario, las características y restricciones de este derecho, así como su adquisición convencional y por prescripción. Y con respecto a las modalidades, se revisan sus características principales, tales como los derechos de los copropietarios o el nacimiento del Régimen

de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común. Finalmente, en los capítulos séptimo y octavo se abordan la hipoteca y la garantía mobiliaria como principales garantías en el Perú.

Al final de cada capítulo se han incluido preguntas. Y al final del libro una bibliografía general.

El libro ha sido redactado de manera simple, con el propósito de que sea de fácil lectura. Por eso no se ha considerado doctrina, legislación comparada ni referencias jurisprudenciales. El libro debe servir para que los estudiantes se familiaricen con el complejo mundo de las relaciones jurídico-reales, pero también para que los operadores del derecho cuenten con información básica y simple sobre esta materia.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS REALES

1. NOCIÓN

Los derechos subjetivos se clasifican en tres grupos principales: los de la personalidad, los de la familia y los de carácter patrimonial. Los primeros son los que corresponden a toda persona, por el solo hecho de ser tal. Los de la familia son los que resultan de las relaciones de parentesco. Los derechos patrimoniales son los que tienen un contenido económico. Entre estos últimos se encuentran los derechos reales.

Desde el derecho romano se distinguió entre los derechos reales y los de crédito, personales u obligacionales. Los primeros son los que recaen directamente sobre las cosas. Son los *jus in re*, debido a que impregnan o inundan la cosa. Así, por ejemplo, el propietario puede extraer del objeto todo lo que sea posible. Puede usarlo, puede obtener los frutos o rentas que genere, puede también venderlo, regalarlo y eventualmente destruirlo. Se origina pues una relación directa entre el titular del derecho real y el objeto del mismo. En cambio, en el derecho personal el titular no tiene una relación directa sobre el bien que es el objeto de la obligación. Así, en la relación jurídica que nace de un préstamo en dinero (contrato de mutuo) el acreedor, titular del derecho, no puede apropiarse directamente del dinero que se le adeuda. Tiene un *jus ad rem*, es decir, un derecho contra su deudor para que le pague aquello a lo cual se obligó. Accede al objeto

de la prestación a través de su deudor. En esta relación, a diferencia de lo que ocurre en la de carácter real, hay tres elementos: el acreedor, titular del derecho de crédito u obligacional; el deudor, que es el obligado; y la prestación, que es el vínculo que obliga al deudor frente a su acreedor.

Esta concepción clásica del derecho real ha merecido críticas. Se dice que no es exacto que la propiedad, por ejemplo, consista en una relación directa entre el titular y la cosa. Una relación de orden jurídico no puede existir entre una persona y una cosa. Todo derecho es una relación entre personas.

Partiendo de este axioma, los «personalistas» definen el derecho real como una relación jurídica establecida entre una persona, el sujeto activo, y todas las demás, el sujeto pasivo. Esta relación es de orden obligatorio, es decir, tiene la misma naturaleza jurídica que todas las obligaciones. La obligación a cargo de todas las personas distintas del titular es la de respetar el derecho de este último y abstenerse de perturbarlo. Es una obligación pasiva. El sujeto pasivo de esta relación obligacional es así ilimitado e indeterminado en su número. El lazo obligatorio entre el titular y las demás personas se hace ostensible cuando el derecho del primero es violado.

La tesis anterior también ha sido criticada. Se califica la concepción de los personalistas de paradójica y arbitraria, porque, por ejemplo, el propietario de un inmueble ubicado en Lima es poco probable que tenga que defender un derecho frente a los millones de habitantes que tiene el Perú. La soberanía del derecho no es tal que todos los habitantes del mundo deban ser declarados súbditos del titular. No conviene caracterizar un derecho por los conflictos a que pueda dar lugar. El derecho debe ser calificado por su actualidad y no por una eventualidad.

Lo cierto, más allá de la tesis clásica y personalista, es que toda relación jurídica es entre personas. Son muchas las tesis que distinguen entre los derechos reales y los de crédito. Inclusive hay teorías que niegan la distinción.

Volviendo a la noción clásica del derecho real, hay que señalar las dos notas características de la relación real. Es, en primer lugar, un derecho

absoluto, esto es, oponible a todos, a diferencia del derecho personal o de crédito, que son relativos y se circunscriben únicamente al acreedor y al deudor. El carácter absoluto del derecho real hace que este tenga vocación *erga omnes*, es decir, autoriza al titular a exigir que todos lo reconozcan como tal. Importa, en segundo lugar, una relación directa del titular con la cosa. Nadie se interpone entre los dos, a diferencia de lo que ocurre con el acreedor en un derecho personal o de crédito. Así, por ejemplo, el propietario de un automóvil lo usa sin requerir la autorización de otra persona. Lo mismo ocurre con el usufructuario de un bien.

Como consecuencia de la característica anterior, el derecho real confiere dos atributos que son ajenos al derecho personal: el derecho de persecución y el derecho de preferencia. El derecho de persecución permite al titular perseguir la cosa objeto de su derecho y recuperarla. Este derecho de persecución se ejercita a través de las acciones denominadas reales. El derecho de preferencia significa que en el caso de colisión del derecho real con otros derechos de distinta naturaleza, prevalece el primero.

Los derechos reales pueden distinguirse entre derechos reales principales y derechos reales de garantía o accesorios. Los primeros tienen una existencia autónoma, es decir, no dependen de otro derecho, mientras que los últimos existen únicamente para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación. Son accesorios de esta, al punto que si tal obligación se extingue, por la circunstancia que sea —pago, prescripción, novación o cualquier otra forma de extinción de las obligaciones—, el derecho real de garantía también se acaba.

El artículo 881° del Código Civil se adhirió expresamente al sistema del *numerus clausus* o número cerrado en materia de derechos reales. A diferencia de los derechos personales u obligacionales, cuyo número no está determinado por la ley, sino librado a la voluntad de las partes, los derechos reales son solo aquellos que la ley, califica como tales. El artículo 881° agrega la frase «y otras leyes», con lo cual se admite la posibilidad de que existan leyes especiales, distintas del Código Civil, que autoricen y regulen derechos reales no previstos en el mencionado código. Es el caso

de la Ley N° 28677, que se refiere a la garantía mobiliaria; y es el caso también de la Ley General de Minería, cuyo texto único se aprobó por Decreto Supremo N° 014-92-EM, y en cuyo artículo 10° se dispone que la concesión minera otorga a su titular un derecho real.

2. LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Los derechos reales previstos en el Código Civil peruano son la propiedad (artículo 923°), el más importante de todos, que confiere a su titular todos los poderes sobre la cosa, y la posesión (artículo 896°), que es el ejercicio de algunos poderes de la propiedad. Son también derechos reales el usufructo (artículo 999°), el uso y la habitación (artículo 1026°). Ellos constituyen las llamadas desmembraciones de la propiedad. La propiedad confiere a su titular tres atributos o facultades: los derechos de usar, disfrutar y disponer. Puede ocurrir que el propietario atribuya por un plazo dos de dichos atributos, el uso y el disfrute, caso en el cual estamos frente a un usufructo; o que confiera solo el uso, con lo que el titular sería un usuario. Y cuando el derecho de uso recae sobre una casa destinada a vivienda, nos encontramos con el derecho de habitación.

Hay dos derechos reales más de los llamados principales. Son la servidumbre (artículo 1035°) y la superficie (artículo 1030°). La primera es una restricción o carga que sufre un predio en favor de otro predio, que se beneficia con la limitación del primero. En el pasado se llamó servidumbres prediales a estas restricciones, a diferencia de las llamadas servidumbres personales, que eran las desmembraciones del dominio. Esta denominación es inexacta porque el usufructo, el uso y la habitación no son limitaciones o restricciones a la propiedad, sino desmembraciones de este derecho, de suerte que alguno o algunos de sus atributos corresponden a otro titular. El derecho de superficie consiste en el derecho que concede el propietario de un terreno a otra persona a fin de que esta construya una edificación y la explote durante determinado plazo, al término del cual lo edificado revierte al propietario del suelo.

Los otros tres derechos reales que regula el Código Civil son sustancialmente distintos a los ya mencionados. Son los derechos reales de garantía, que son accesorios de una obligación. Lo principal es la obligación, que tiene como garantía la afectación de un bien. Se trata de la hipoteca (artículo 1097°), la anticresis (artículo 1091°) y el derecho de retención (artículo 1123°).

La hipoteca es la afectación de un inmueble. Si el deudor no paga, el acreedor está facultado para hacer vender judicialmente el inmueble, y con el importe de dicha venta cobrar su crédito. La anticresis es la entrega de un inmueble para que el acreedor lo explote y con los resultados de esta explotación se cobre su crédito. Y el derecho de retención, finalmente, es una garantía que se presenta cuando el acreedor no garantizado retiene un bien de su deudor que está en su poder, siempre que haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

La prenda estuvo regulada en el Código Civil de 1984, pero fue derogada por la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677.

3. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la característica principal de los derechos reales?
2. Enumere los derechos reales conforme al Código Civil.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 2 LOS BIENES

1. NOCIÓN

Los bienes son el objeto de los derechos reales. Los bienes son distintos unos de otros y su diferente naturaleza determina que estos se encuentren sujetos en ciertas ocasiones a un régimen legal distinto. Así, por ejemplo, la transferencia de un bien inmueble está afectada al impuesto de alcabala (3%), mientras que la de un mueble no. Por esto es necesario estudiar la noción y las clasificaciones de los bienes. Por lo demás, el Código Civil dedica una sección a los bienes, antes de regular cada uno de los derechos reales.

Antiguamente se hablaba de las cosas como objeto de los derechos reales. Más aún, la disciplina de los derechos reales era conocida como «derecho de cosas». Sin embargo, el término cosa alude a lo corporal, mientras que la noción de bien comprende no solo las cosas sino también los derechos. De esto se desprende que los derechos reales pueden recaer no solamente sobre cosas o bienes corporales, como por ejemplo una casa o una nave, sino también sobre derechos, tales como la concesión para explotar un servicio público o los derechos patrimoniales de autor o inventor.

Los bienes son siempre distintos de la persona. Esta es el sujeto de los derechos y obligaciones. No puede ser objeto de los derechos reales.

Los bienes son entidades materiales o inmateriales, tomadas en consideración por la ley en cuanto constituyen o pueden constituir objeto de relaciones jurídicas. Tienen valor económico y son susceptibles de ser apropiados, transferidos en el mercado y utilizados por las personas con la finalidad de satisfacer necesidades.

2. CLASIFICACIONES

Hay numerosas clasificaciones de los bienes. Las más importantes y de mayor trascendencia para los derechos reales en el Perú son las siguientes: bienes corporales e incorporeales, bienes consumibles y no consumibles, bienes fungibles y no fungibles y bienes muebles e inmuebles.

2.1. Corporales e incorporeales

Los bienes corporales son los perceptibles por los sentidos. Por ejemplo, son corporales los bienes que se ven, como un edificio o un avión. Pero también es corporal la energía eléctrica, que no se ve pero se siente.

Los bienes incorporeales no son percibidos por los sentidos, como la cuota parte en un condominio, sobre la cual recae la titularidad del copropietario.

2.1.1. *Consumibles y no consumibles*

Todas las cosas se consumen con el uso porque la materia es esencialmente agotable. Pero los bienes que el derecho califica como consumibles se agotan con el primer uso. Es el caso de los alimentos, las bebidas o el dinero. Los bienes no consumibles son los que subsisten al primer uso.

Hay dos clases de consumo: el físico o material, que importa la destrucción o desaparición del bien, y el jurídico, que implica que el bien se consuma para el titular. Este es el caso del dinero, que no desaparece materialmente pero sí se agota para quien lo usa.

Hay bienes que siendo en principio consumibles, no se agotan cuando se les da un uso atípico. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el dinero no se lo utiliza como medio de pago sino en una muestra o exhibición. En este caso excepcional deja de ser un bien consumible.

La consumibilidad de los bienes tiene importancia no solo para los derechos reales. También la tiene para los contratos. Así, por ejemplo, el préstamo de un bien no consumible se denomina comodato (artículo 1728° del Código Civil), mientras que el que recae sobre una cosa consumible se llama mutuo (artículo 1648° del Código Civil).

2.1.2. Fungibles y no fungibles

Los bienes fungibles son los sustituibles o reemplazables. Son bienes equivalentes entre sí. Por ejemplo, un lapicero de una marca determinada es fungible con otro de la misma marca y de igual tipo. La fungibilidad de los bienes tiene importancia cuando se trata del cumplimiento de una obligación. Así, quien se ha obligado a entregar cien lapiceros de una cierta marca y determinadas características, cumple con su obligación entregando cien lapiceros cualquiera que respondan a esas características.

Los bienes no fungibles son los que no se pueden reemplazar por otros. Son bienes únicos y, por tanto, tienen particularidades propias y exclusivas. No son sustituibles. Es el caso, por ejemplo, de un cuadro valioso pintado por un determinado artista.

2.1.3. Muebles e inmuebles

Esta es la clasificación más conocida y de mayor trascendencia. Los bienes muebles han sido tradicionalmente los susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro por una fuerza extraña. Son los bienes móviles. Dentro de esta categoría quedaban comprendidos los semovientes, como los animales. Los inmuebles, por otra parte, son los bienes inmóviles, los arraigados. Es el caso de los predios, a los cuales se conoce como bienes raíces.

Esta es la clasificación más importante y es la recogida por el Código Civil en los artículos 885° y 886°. En su origen, la clasificación estaba referida a los bienes corporales o cosas. La clasificación se remonta al derecho romano. En aquella época las cosas se dividían en dos categorías: los muebles y los inmuebles. Los muebles eran las cosas que podían ser desplazadas de un lugar a otro. Los inmuebles eran las cosas que estaban inmovilizadas, que tenían una situación fija, arraigada.

Los romanos distinguieron entre inmuebles por naturaleza, inmuebles por destinación e inmuebles por accesión. Los inmuebles por naturaleza eran los predios, los bienes raíces, naturalmente inmovilizados. Los inmuebles por destinación eran originalmente cosas muebles, que servían para la explotación de un predio. Jurídicamente quedaban inmovilizadas, por lo que se creó la ficción de considerarlas inmuebles. Los inmuebles por accesión, finalmente, también eran originalmente cosas muebles que se incorporaban materialmente a un predio. De alguna manera, los inmuebles por destinación del derecho romano son los accesorios que regula el artículo 888° y los inmuebles por accesión son las partes integrantes contempladas en el artículo 887° del Código Civil.

La clasificación en muebles e inmuebles se convirtió en la *summa divisio* del antiguo derecho francés. La clasificación llegó al Perú, y el Código Civil de 1852 dividió las cosas en corporales e incorpóreas (artículo 454°). Las cosas corporales podían ser muebles o inmuebles. Los muebles eran las cosas susceptibles de ser llevadas de un lugar a otro y los inmuebles las demás cosas (artículo 455°). El código de 1852 respetó pues el criterio de la movilidad para clasificar las cosas.

El Código Civil de 1936 se refirió a los bienes —y no a las cosas— y los clasificó también en muebles e inmuebles. El artículo 812° enumeró los bienes inmuebles y el artículo 819° los muebles, como lo hacen los artículos 885° y 886° del Código Civil de 1984.

La clasificación adoptada por el código de 1936 se apartó del criterio de la movilidad. En efecto, en la lista de los inmuebles aparecen las naves, aeronaves y los ferrocarriles, que son bienes que se mueven. La razón de

la inclusión, en el caso de las naves, data de 1916. Las naves (buques) son bienes que se pueden desplazar de un lugar a otro. Para el Código Civil de 1852 eran cosas muebles, por lo que la garantía que recaía sobre ellos era la prenda con entrega del bien. El inconveniente de la prenda radicaba en que el deudor debía entregar la nave al acreedor o al tercero, con lo cual se privaba de su utilización, lo que hacía que disminuyera su capacidad de producción y por consiguiente de pago de la deuda. La nave se convertía así en un bien improductivo. Este problema fue solucionado por el legislador cambiándole la etiqueta de muebles a las naves, por la de inmuebles, en lugar de darle al problema de la garantía una solución apropiada. En efecto, la Ley de Hipoteca Naval (la N° 2411, de 30 de diciembre de 1916), dijo que los buques debían considerarse como inmuebles, a fin de que pudieran ser hipotecados. Años después, las naves pasaron a formar parte de la relación de bienes inmuebles del artículo 812° del código de 1936.

Las aeronaves y los ferrocarriles siguieron la misma suerte que las naves. Sin embargo, otros bienes muebles necesarios para la producción, como el arado del agricultor o la maquinaria del industrial o del minero, se mantuvieron en el Código Civil de 1936 como muebles. Para permitir que continuaran en posesión del deudor se crearon las prendas sin desplazamiento. En estos casos —prendas agrícola, industrial y minera— el legislador prefirió cambiar la naturaleza de la prenda —eliminó la entrega, elemento esencial de la garantía—, que la de los bienes. Aquí empieza a observarse la incoherencia del legislador. En vez de decir que todos estos bienes son inmuebles, para que la garantía sea la hipoteca, o que siendo muebles la prenda es sin desplazamiento, se dio una solución distinta.

De otro lado, la clasificación del código de 1936 comprende derechos, como los patrimoniales de autor o las concesiones para explotar servicios públicos, tanto en la relación de bienes muebles como en la de inmuebles. Sucede que los derechos no son bienes móviles o fijos, ni tienen color o son apreciables por los sentidos. Son bienes incorpóreos, creaciones intelectuales, por lo que la distinción entre muebles e inmuebles no tiene fundamento alguno respecto de ellos. Una segunda incoherencia.

En realidad, la clasificación de bienes del Código Civil de 1936, recogida luego por el Código Civil de 1984, se hizo en parte sobre la base de un criterio económico: las garantías. Por eso se puede decir que la clasificación no atiende a la naturaleza de los bienes, movilidad o no, sino a un criterio legal. Es la ley la que determina cuáles son bienes muebles y cuáles son inmuebles. El problema es que eso evidencia que el criterio para la clasificación —movilidad— carece de utilidad. Y las clasificaciones tienen sentido cuando la inclusión a una u otra categoría aporta alguna utilidad o determina una consecuencia jurídica.

La clasificación de bienes muebles e inmuebles es, como ya se dijo, la de mayor importancia y tiene enorme trascendencia. El régimen jurídico de los derechos reales es distinto según se trate de un bien mueble o de un inmueble. La distinción influye en el sistema de transmisión de los derechos reales, en la defensa posesoria, en la prescripción adquisitiva, en las garantías, en los contratos, en el sistema de publicidad, en el sistema tributario, en el régimen penal, etcétera.

Recientemente ha ocurrido un nuevo cambio en la clasificación de los bienes muebles e inmuebles. Mediante la Ley N° 28677 se creó la garantía mobiliaria, que consiste en la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico unilateral o plurilateral, en respaldo de una obligación de cualquier naturaleza. El concepto de bien mueble de la Ley de la Garantía Mobiliaria es sumamente amplio. No solo están los bienes muebles enumerados en el artículo 886° del Código Civil y otros bienes muebles, sino también las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios rodantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles, que eran considerados bienes inmuebles según la enumeración contenida en el artículo 885° del Código Civil. Para tal efecto, la Ley N° 28677 derogó los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885°.

De alguna manera con la Ley N° 28677 se ha regresado al criterio de movilidad que rigen a los bienes muebles e inmuebles.

2.1.4. Partes integrantes y accesorios

Como se señaló en el acápite anterior, antiguamente se distinguían tres clases de inmuebles: por naturaleza, por accesión o adherencia y por destino. El bien inmueble por naturaleza era el naturalmente fijo o arraigado, es decir, el suelo. Los segundos serán los adheridos o incorporados permanentemente al suelo, como las construcciones. Los inmuebles por destino eran los que podían separarse del suelo, pero que tenían el mismo destino o finalidad que el suelo. Así, por ejemplo, los arados en un fundo agrícola.

Esta clasificación ha sido reemplazada por las partes integrantes y los accesorios. Parte integrante es aquella que se ha integrado al bien, que forma parte de él, por lo que si se la separara, el bien se destruiría, se deterioraría o alteraría. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares (artículo 887° del Código Civil). Esto significa que no es posible que las partes integrantes pertenezcan a un titular distinto que el bien principal. Dicho en otros términos, no puede practicarse un acto jurídico únicamente respecto de las partes integrantes. Cualquier acto debe comprender tanto el bien principal como sus partes integrantes. Y es que los bienes integrantes no son autónomos; se deben al bien principal. Esta es la razón por la que son indisolubles entre sí y, por tanto, su explotación debe realizarse necesariamente de manera conjunta.

Los accesorios son los antiguos inmuebles por destino. Son bienes distintos al bien original, y mantienen su individualidad, pero están permanentemente afectados o destinados a la finalidad económica u ornamental del bien principal. A diferencia de las partes integrantes, los accesorios sí pueden ser objeto de derechos singulares (artículo 888° del Código Civil).

Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición jurídica del bien principal. Sin embargo, se admite que la ley o el contrato permitan la diferenciación (artículo 889° del Código Civil).

2.1.5. Los frutos y productos

Los frutos son bienes que se originan de otros bienes. Tienen dos características: son renovables y su aparición no altera ni disminuye la sustancia del bien del cual se originan. Esto último es lo que lo diferencia al fruto del producto. El fruto es necesariamente un bien distinto de aquel del cual se origina. Luego de generado el fruto, el bien original se mantiene intacto.

Los frutos pueden ser naturales, industriales y civiles. Los primeros son los que provienen del bien sin intervención humana. Es el caso de los frutos silvestres, que aparecen sin que el hombre los cultive, y también es el caso de las crías de ganado en las que el hombre no tiene participación alguna. Los segundos, también conocidos como mixtos, son los originados por la intervención humana. Son típicamente los frutos agrícolas, en los que concurren el bien, que es el predio, y la actividad del hombre que siembra la tierra, la riega y luego cosecha. Es igualmente el caso de las crías de ganado cuando media la inseminación artificial. Finalmente, los frutos civiles son los que provienen de una relación jurídica, es decir, de un contrato. Ejemplos son la renta en un contrato de arrendamiento y los intereses de un préstamo dinerario.

Lo que distingue al fruto del producto es que el primero es renovable y el último no lo es. Cuando se extrae el producto se está afectando el bien mismo, lo que no ocurre con el fruto, que es un bien nuevo y distinto del bien que lo origina. Típicos ejemplos son el producto minero o petrolero.

3. PREGUNTAS

1. ¿Qué son los bienes?, ¿cuál es su diferencia con las cosas?
2. ¿Cuál es la diferencia entre partes integrantes y accesorios?
3. ¿Qué tipo de frutos existen?

CAPÍTULO 3 LA POSESIÓN

1. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN.

PRINCIPALES DOCTRINAS POSESORIAS

Para comprender cabalmente el concepto de la posesión es preciso hacer una referencia a sus elementos, y con ello a las dos principales teorías posesorias. Para Savigny, los elementos de la posesión son dos: el *corpus* y el *animus*. La falta de alguno de ellos hace que no haya verdadera posesión.

El primer elemento supone el contacto físico con la cosa. Este contacto concurre generalmente con otro hecho: la posibilidad material de hacer de la cosa lo que se quiere, sin injerencia extraña. Puede ocurrir, sin embargo, que exista la facultad de disponer de la cosa sin que medie contacto.

Quien puede en cualquier momento tomar una cosa que se encuentre frente a él es realmente el señor de ella, es como si realmente la hubiese tomado. Es el caso de una camisa guardada en un cajón o de la casa de playa a la que puedo acceder cuando quiera, incluso en invierno.

El *animus* es en rigor el *animus domini*, es decir, la intención de ejercer el derecho de propiedad. Esto significa no reconocer el derecho de propiedad de otro. En consecuencia, quien goza del *corpus* en los términos referidos anteriormente, debe además tener la cosa para sí, con ánimo de propietario. Este último elemento no tiene nada que ver con la buena fe del poseedor, esto es, su ignorancia o conocimiento de que en realidad no

es el propietario. El *animus domini* es una actitud, es un comportamiento. El *animus domini* no es una convicción. En ese sentido, la posee tanto el propietario como el ladrón, ya que ambos tienen *animus domini*. Ninguno de ellos reconoce con sus actos la propiedad de otro, aunque sepa o crea que no es el propietario. En cambio, un arrendatario o un prestatario no son poseedores sino meros detentadores o poseedores precarios porque carecen de *animus domini*. Reconocen la propiedad de otro: aquel que les dio la cosa en arrendamiento o en préstamo.

En la doctrina de Ihering los dos elementos no aparecen tan diferenciados como en la concepción de Savigny. Ihering dice que para saber cuándo hay posesión es necesario preguntarse cómo actúa habitualmente un propietario con relación a la cosa. La actitud del propietario es diferente según la naturaleza de la cosa. Hay cosas que el propietario guarda en su casa; hay otras que, por su destino económico, deben estar al descubierto. Así, por ejemplo, la paja en el campo, los cortes de madera en el bosque, las piedras en la cantera, los materiales de construcción en las obras, etcétera. En todos estos casos no existe poder físico sobre la cosa. La seguridad del poseedor no está basada en la medida en que excluye la acción de los extraños sino en que la ley prohíbe esa acción. Ella no se basa en una barrera «física» sino «jurídica».

La relación posesoria así concebida incluye el *animus*. Este es un elemento de la posesión, ya que implica voluntariedad. El propietario deja los materiales de construcción en la obra y su intención o voluntad es esa. En toda relación posesoria está presente la voluntad, pero es irrelevante analizar la voluntad concreta de tener la cosa como propietario o en nombre de otro.

Tanto Savigny como Ihering elaboraron sus teorías al estudiar la posesión en el derecho romano. Uno y otro, sin embargo, lo sobrepasaron. Sus estudios representaron auténticas elaboraciones conceptuales de la posesión que influyeron en la mayoría de los códigos civiles.

En cuanto a lo que ocurre en el Perú, el Código Civil de 1852 siguió la teoría de Savigny. Esta postura fue variada por el Código Civil de 1936,

que al igual que nuestro actual Código Civil de 1984, acogió la doctrina de Ihering.

Es poseedor quien actúa como lo haría el propietario. A ello se refiere el código cuando exige el ejercicio fáctico de algún poder inherente a la propiedad. El *animus domini*, por otra parte, no aparece en el artículo 896° del Código Civil, con lo cual dentro del concepto amplio de posesión a que se refiere dicho artículo se comprende tanto al poseedor propiamente dicho como al llamado tenedor o detentador por los seguidores de Savigny.

Sin embargo, el *animus domini* no ha sido totalmente descartado por el Código Civil peruano. Está presente, aunque remotamente, en el artículo 905°, que clasifica la posesión en mediata e inmediata; y lo está con mayor claridad en los artículos 950° y 951°, que exigen posesión «como propietario» —es decir, con *animus domini*— para adquirir un bien por prescripción.

2. CONCEPTO DE LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Los poderes inherentes a la propiedad están mencionados en el artículo 923° del Código Civil. Ellos son el derecho a usar, a disfrutar y a disponer. El código agrega el derecho a reivindicar, lo cual es cuestionable porque es imposible que el poseedor reivindique, por lo que los atributos del propietario, para los efectos de la posesión, deben limitarse a usar, disfrutar y disponer.

Conforme al artículo 896° del Código Civil, la posesión consiste en el ejercicio fáctico de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Por tanto, quien usa es poseedor, quien percibe frutos también es poseedor, y es poseedor finalmente quien dispone. Es fácil imaginar que una persona simplemente use el bien. Es el caso del comodatario, a quien se ha prestado una cosa para que la use y luego la devuelva. También es sencillo concebir que una persona perciba los frutos de una cosa. Así, por ejemplo, quien ha dado en alquiler un bien y cobra la renta correspondiente. No se ejerce el uso; tan solo percibe frutos. Análogo es el caso de un usufructuario, es

decir, una persona a quien el propietario le ha conferido las facultades de usar y disfrutar de una cosa no consumible. Menos frecuente es el caso de quien dispone de un bien que no es suyo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el usurpador vende la casa que ocupa.

En síntesis, es poseedor todo aquel que ejercita de hecho algún poder inherente a la propiedad. Por cierto que el poseedor puede ser el propietario. Con gran frecuencia lo es y en ello radica el fundamento de la protección posesoria. Al ejercitar las facultades de que está investido, el propietario posee. Sin embargo, el poseedor puede no ser el propietario. Puede incluso ser un ladrón o usurpador —es decir, una persona sin derecho— pero que de hecho ejercita poderes de propietario.

El artículo 896º del Código Civil dispone que el ejercicio de los poderes del propietario ha de ser de hecho. Con esto el código nos está diciendo dos cosas. En primer lugar, que la posesión no es necesariamente legítima. Puede ser ilegítima, esto es, contraria al derecho. Tan poseedor es el propietario como el ladrón. Ambos ejercen poderes inherentes a la propiedad. En segundo lugar, que para que haya posesión no basta un ejercicio de derecho. Dicho en otras palabras, no es suficiente que se atribuya la posesión; es indispensable que se la ejercite. En ese sentido, puede haber una persona con derecho a poseer pero que todavía no ejerce ningún poder de propietario: no es poseedor. Es el caso del comprador de una casa, que tiene derecho a poseerla porque el respectivo contrato se lo confiere, pero que no la usa ni la disfruta.

De otro lado, no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. Así lo dispone el artículo 897º del Código Civil. Se trata del llamado «servidor de la posesión».

Se requieren tres requisitos para que estemos ante un servidor de la posesión. En primer lugar, debe mediar una relación de dependencia entre el verdadero poseedor y el servidor. Esta relación supone la existencia de un vínculo jurídico, pero debe tratarse de un vínculo de autoridad y subordinación. Esto es lo que diferencia al servidor del poseedor inmediato.

Este último también está vinculado jurídicamente con el poseedor mediato, pero el poseedor inmediato no está sujeto a la autoridad del mediato. La relación entre ambos no es una de orden y obediencia sino de acreedor y deudor. Así, el arrendatario no es un «dependiente» del propietario. La relación es horizontal. El arrendatario es autónomo. Tiene voluntad posesoria. Aunque reconozca a un dueño, no está subordinado a él en las decisiones respecto del bien.

El segundo requisito, que guarda estrecha relación con el anterior, es que la tenencia se realice en cumplimiento de órdenes e instrucciones del verdadero poseedor. Con esto se destaca la relación de subordinación. El guardián de la casa, el chofer del automóvil, el soldado respecto de las armas o el uniforme que usa, son todos subordinados que reciben órdenes en la guarda o tenencia de la cosa.

Finalmente, el servidor debe actuar en interés del poseedor verdadero. Esto significa que el servidor, a diferencia del poseedor inmediato, no tiene la cosa para sí.

3. CLASIFICACIONES

De acuerdo al concepto posesorio de Ihering, los poseedores son todos aquellos que ejercen algún poder inherente a la propiedad. Quedan comprendidos dentro del concepto de poseedores, tanto el propietario como el usurpador, el arrendatario, el comodatario, entre otros casos. Hay pues una gran variedad de poseedores.

Sin embargo, es indudable que hay rangos posesorios. Hay poseedores de una categoría superior o distinta a otros. Es preciso entonces clasificar la posesión.

3.1. Posesión mediata e inmediata

Conforme al artículo 905° del Código Civil, el poseedor inmediato debe reunir dos características: ser temporal y poseer en virtud de un título. Temporal es lo que tiene término; sujeto a un plazo determinado o

determinable. Es lo contrario de lo permanente, de lo perpetuo. Poseedor temporal es todo aquel que se ha obligado a devolver el bien. Por tanto, es un poseedor cuya posesión debe terminar en un plazo determinado o por determinarse. Desde luego, no es el caso del propietario, quien no posee temporalmente. Aquel posee de manera permanente y no está obligado a restituir la cosa en determinado plazo.

El título, por otra parte, es la relación jurídica en virtud de la cual posee el poseedor inmediato. Esto supone la existencia de un vínculo jurídico entre el poseedor inmediato y el poseedor mediato. Este vínculo es lo que califica o autoriza al poseedor inmediato para poseer el bien y es, asimismo, lo que la obliga a restituir; es decir, lo que configura la temporalidad de su posesión.

Son poseedores inmediatos tanto el usufructuario como el arrendatario. Ambos son poseedores en virtud de un título porque los dos tienen una relación contractual con el propietario del bien. Y los dos poseen solo durante determinado tiempo, es decir, mientras estén vigentes el usufructo o el arrendamiento.

La existencia del título y la temporalidad de la posesión hacen que el poseedor inmediato tenga una obligación de restitución.

El poseedor inmediato equivale al detentador o tenedor de aquellos sistemas que siguen la concepción posesoria de Savigny. Esto se debe a que el poseedor inmediato no tiene *animus domini* porque reconoce un propietario, que es la persona con la cual ha celebrado el contrato que constituye su título posesorio y que finalmente lo obliga a devolver.

Es preciso aclarar que el poseedor inmediato no es el servidor de la posesión. Tampoco es poseedor inmediato quien se encuentra una cosa perdida. El servidor de la posesión es el dependiente del poseedor, mientras que el poseedor inmediato, si bien es poseedor de rango inferior, no tiene una relación de dependencia ni recibe instrucciones del poseedor mediato. Quien encuentra una cosa perdida, por otro lado, no tiene vínculo jurídico en mérito del cual ejerza la posesión. Tampoco es poseedor temporal.

Por otro lado, la posesión mediata corresponde a quien ha conferido el título. El poseedor mediato es quien posee por intermedio de otro, es quien tiene la pretensión de entrega del bien, en razón del título.

Normalmente el poseedor mediato es el propietario del bien. Pero puede ocurrir también que sea mediato un usurpador, si es que arrienda o por cualquier título entrega temporalmente a otro el bien que posee ilegítimamente. El poseedor mediato puede ser también un simple poseedor, como ocurre con el usufructuario cuando da en alquiler el bien objeto del usufructo. También es poseedor mediato el arrendatario cuando ha dado el bien a otro en subarrendamiento. Obviamente el subarrendatario es poseedor inmediato.

El poseedor mediato posee como dueño porque no reconoce un propietario del bien. Por el contrario, él es reconocido como tal por el poseedor inmediato con el cual ha celebrado el contrato en virtud del cual este posee.

Es importante señalar que no siempre existe la relación mediato-inmediato. Cuando el propietario posee el bien, no es mediato ni inmediato. Es simplemente poseedor y reúne todas las facultades posesorias. La posesión no está dividida ni desarticulada. Para que medie la posesión mediata e inmediata es indispensable que el poseedor superior haya conferido un título posesorio a otro de menor rango.

3.2. Posesión legítima e ilegítima. Posesión ilegítima de buena fe y de mala fe

Poseedor ilegítimo es quien no tiene derecho a poseer. Contrariamente, poseedor legítimo es el que tiene derecho a poseer. Dicho en otras palabras, la posesión es legítima cuando se ajusta a derecho.

Se puede no tener derecho a poseer y por tanto ser poseedor ilegítimo, por diversas razones. Así, por ejemplo, es poseedor ilegítimo el que posee sin tener un título, es decir, un acto jurídico que le da derecho a poseer. El supuesto es el del usurpador. También es poseedor ilegítimo el que tiene un título, pero ha vencido, ya sea porque estaba sujeto a plazo o porque

concluyó por resolución o por alguna otra circunstancia. Igualmente es poseedor ilegítimo el que tiene un título viciado: el comprador que entra a poseer en mérito de un contrato nulo. Finalmente, es poseedor ilegítimo el que tiene un título válido y vigente, pero deriva de una persona que no tenía derecho, como es el caso del que posee en mérito de un contrato de arrendamiento celebrado con un usurpador. En todos estos casos el poseedor no tiene derecho a poseer.

El Código Civil vincula la posesión ilegítima con la posesión que se tiene en virtud de un título viciado. En efecto, el artículo 906 señala que la posesión ilegítima es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título. Sin embargo, poseedores ilegítimos son todos aquellos poseedores que no tienen derecho a poseer.

Estando en presencia de un poseedor ilegítimo, interesa establecer si tiene buena o mala fe. Lo primero supone la ignorancia o desconocimiento de su ilegitimidad. Lo segundo implica, por el contrario, el conocimiento —o posibilidad de conocimiento— de su posesión ilegítima. La buena fe es, en consecuencia, una creencia equivocada. El poseedor se considera legítimo. Estima que tiene derecho a la posesión que ejercita. Ignora, por consiguiente, que su posesión es ilegítima.

No se debe confundir la buena fe con el *animus domini*. Mientras que la buena fe es una creencia equivocada, el *animus domini* es una intención, un acto volitivo del poseedor, consistente en no reconocer a otra persona como propietario del bien. El *animus domini* es una actitud, un comportamiento, que no tiene relación alguna con la conciencia que el poseedor tenga respecto de su verdadera condición. Se puede ser poseedor como dueño sin tener buena fe —porque uno es un problema de intención y el otro de creencia—; y también es posible ser poseedor de buena fe sin serlo como dueño. Este último caso sería el de un arrendatario que es ilegítimo pero con desconocimiento de ello.

3.3. Posesión precaria

En el derecho romano se entendía por *precarium* un contrato innominado realizado entre dos personas, una de las cuales, decidida por los ruegos de la otra, concedía a esta el disfrute y la posesión gratuita de una cosa por un tiempo cuya duración debía terminar con la primera reclamación del concedente, quien postulaba así a la devolución de la cosa cedida.

Se trataba entonces de una cosa cedida gratuita y temporalmente, de modo que el poseedor precario quedaba obligado a la devolución con el primer requerimiento del concedente. La doctrina posesoria moderna dice que todo aquel que posee sin derecho está expuesto a que le reclame la posesión la persona a quien legítimamente le corresponde, la cual en su momento obtendrá el pertinente fallo judicial que obligue a la restitución. En este sentido se dice que la posesión que tiene el primero es precaria, es decir, transitoria y expuesta a concluir en el momento que el concedente lo decida. La posesión precaria es entonces la que se concede a otro con reserva del derecho de revocarla a voluntad del primero.

En este orden de ideas, parecería que la posesión precaria es en realidad la posesión inmediata. Lo que ocurre es que en los sistemas posesorios inspirados por la doctrina de Savigny, el tenedor o detentador no es el verdadero poseedor porque carece de *animus domini*. Es la persona a quien se ha dado temporalmente una cosa para que la use y eventualmente disfrute y que debe devolverla al primer requerimiento del poseedor legítimo. La precariedad está constituida por dos elementos: en primer término, la transitoriedad; y en segundo lugar, la ilegitimidad en cuanto que no es verdadera posesión y, además, en cuanto que la tenencia depende de la voluntad del poseedor legítimo.

El poseedor precario en el derecho francés es quien reconoce la propiedad de otro, es decir, el poseedor que carece de *animus domini*.

Ese concepto de poseedor precario no tiene cabida en un régimen posesorio inspirado por Ihering. En efecto, el poseedor inmediato, a pesar de su temporalidad y pese a que reconoce un propietario, es verdadero

poseedor porque ejerce de hecho poderes inherentes a la propiedad. No hay entonces precariedad sino posesión legítima, siempre que el título emane de quien tiene derecho para otorgarlo.

El Código Civil se refiere a la posesión precaria en el artículo 911º y la define como aquella que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido. La norma se refiere a la posesión ilegítima, porque alude expresamente a la falta de título o en todo caso a su extinción.

En materia judicial, el Cuarto Pleno Casatorio Civil del 14 de agosto de 2016 ha establecido una serie de reglas vinculantes aplicables al desalojo por precario, que tienen por objeto hacer efectivo el derecho del propietario, del administrador o de todo aquel que se considere que tiene derecho a la restitución.

4. DERECHOS DEL POSEEDOR

4.1. Suma de los plazos posesorios

El poseedor tiene derecho a sumar su plazo posesorio al de aquel que le transmitió el bien. Hay que distinguir entre el plazo de posesión real, que es el que tiene el poseedor por sí mismo, y el plazo jurídico, que es el resultado de la suma de los plazos de los anteriores poseedores del bien.

La suma de los plazos resulta útil principalmente para los efectos de la prescripción adquisitiva. No es indispensable que el poseedor haya poseído personalmente durante todo el plazo de la prescripción. Puede recurrir a la adición o suma de los plazos, siempre que se cumplan los requisitos que más adelante se indican.

Para que proceda la adición de los plazos es indispensable que se trate de posesiones homogéneas y que la transmisión haya sido de propiedad o de posesión plena, válida y a título particular.

Con respecto a la homogeneidad, no puede sumarse los plazos de una posesión mediata con una inmediata. Tampoco cabría la suma de una posesión «como dueño» —que llamamos «plena»— con una inmediata. Así, supongamos que un usurpador, quien posee plenamente, ha dado el

bien en alquiler. El arrendatario no podría en esta hipótesis sumar a su plazo posesorio el del usurpador que lo antecedió en la posesión del bien porque ambas posesiones no son homogéneas, no son de la misma clase: una es plena y la otra es inmediata.

De otro lado, para que proceda la suma es preciso que haya habido una transmisión del bien poseído. Pero esta transmisión tiene que ser de la propiedad del bien o de la posesión plena del bien. Por tanto ha de ser una venta, una permuta, una donación. Podría ser una transmisión posesoria, pero siempre que sea de la posesión plena. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se «venden» posesiones, lo cual es muy usual en asentamientos humanos y en el fenómeno de la propiedad informal.

La transmisión de propiedad o de posesión plena ha de ser válida, es decir, legalmente inobjetable. Esto lo dice expresamente el artículo 898º del Código Civil. La validez exigida importa en realidad la existencia de un título válido, esto es, de un acto jurídico capaz de transmitir la propiedad o posesión.

4.2. Defensa posesoria

El derecho del poseedor a defender su posesión no tiene relación con la legitimidad de su posesión. En otras palabras, ya sea legítimo o ilegítimo, tiene derecho a la defensa posesoria. La razón de esto radica en que la posesión en sí misma es un derecho, con prescindencia de su legitimidad. Por esto se distingue entre el derecho «de posesión», que corresponde a todos los poseedores, y el derecho «a la posesión», que corresponde a los poseedores legítimos.

Para aclarar esta idea, que en principio sorprende, podemos tomar los casos del usurpador y del propietario. El primero no tiene derecho a la posesión, es un poseedor ilegítimo que carece de título, pero indudablemente está ejerciendo de hecho poderes inherentes a la propiedad y por consiguiente es un poseedor y tiene un derecho de posesión. El propietario, en cambio, posee legítimamente, posee con derecho y por

tanto tiene derecho a la posesión. Ambos tienen un derecho, y ambos pueden defender su posesión.

Hay dos clases de defensa posesoria. La primera, a la cual se refiere el artículo 920° del Código Civil, es la llamada autodefensa o defensa personal. También se la conoce como defensa extrajudicial de la posesión, porque la ejerce el poseedor en forma directa, sin necesidad de acudir a un juez. La otra es la defensa judicial de la cual se ocupa el artículo 921°.

Con respecto a la defensa extrajudicial de la posesión, el poseedor tiene dos derechos: a repeler o rechazar la fuerza que se emplee contra él o el bien y a recobrarlo. Esto supone que haya una agresión ilícita que perturbe o prive de la posesión al poseedor, agresión que incluso se puede dar cuando el poseedor no se encuentre en el bien. La agresión puede provenir de un tercero o del mismo propietario. Pero necesariamente debe ser ilícita. El propietario tiene por cierto derecho a poseer el bien, pero para entrar en posesión debe interponer la acción judicial correspondiente. No puede hacerlo por decisión y actos propios. En materia posesoria la justicia no se toma por mano propia porque ello equivaldría a propiciar una suerte de guerra posesoria, que sin duda alteraría la vida en sociedad.

Se puede decir que el Código Civil, como la gran mayoría de los códigos del mundo, autoriza la defensa y hasta la recuperación del bien por las vías de hecho. Pero se trata de situaciones distintas: en el caso de la defensa personal ya existe una relación posesoria, que el sistema legal en principio protege, sin atender a la legitimidad o ilegitimidad de la posesión. Caso diferente es cuando se pretende entrar en posesión, lo cual debe ser reclamado a un juez por la vía correspondiente.

Decíamos que el poseedor tiene un segundo derecho: a recobrar o recuperar el bien. El artículo 920° del Código Civil señalaba en su versión original que el poseedor debía recuperar el bien sin que mediara intervalo de tiempo, es decir, inmediatamente. No podía regresar al día siguiente o una semana después a recuperar la posesión de la que fue privado. Sin embargo, la nueva versión del artículo 920°, introducida por la Ley N° 30230, señala que el poseedor tiene un plazo de quince días

para recuperar la posesión del bien, plazo que se computa desde que toma conocimiento de la desposesión. Esta modificación del artículo 920° legitima de alguna manera la guerra posesoria a la cual hicimos referencia anteriormente.

En ambos casos, rechazo y recuperación, el poseedor debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. El código alude a la proporcionalidad que justifica todos los casos de legítima defensa de los derechos. Es decir, el rechazo de la agresión o la recuperación del bien deben hacerse en términos proporcionados. No se justificaría intentar el rechazo o la recuperación utilizando armas de fuego cuando el ataque se ha producido sin ese tipo de armas.

La defensa posesoria siempre se consideró una herramienta otorgada exclusivamente al poseedor. Sin embargo, con la modificación del artículo 920° del Código Civil ya no solo es el poseedor quien puede repeler la fuerza que se utilice en su contra, sino también el propietario. En efecto, la nueva norma se refiere al caso del propietario de un terreno o de edificio en construcción y lo autoriza a que use la fuerza para recuperar su bien, con lo cual parecería que la legislación está facultando al propietario que ha sufrido la invasión de su terreno a ocupar violentamente el predio, lo cual sería preocupante.

Con relación a la defensa judicial de la posesión, todo poseedor, inclusive los ilegítimos, gozan de protección judicial. Imaginemos un usurpador, el cual obviamente es un poseedor ilegítimo. Este usurpador es despojado. Sin perjuicio de la defensa personal, puede recurrir también a un interdicto de recobrar o de despojo, en el cual si prueba que poseía y que fue despojado, la sentencia debe restituirle la posesión que venía ejerciendo, sin analizar su legitimidad o ilegitimidad. Por cierto, después habrá probablemente un juicio de derecho en el que el usurpador será vencido si el demandante prueba que goza del derecho de propiedad o que tiene derecho a la posesión.

Se ha escrito mucho sobre el fundamento de la defensa posesoria y hay diversas doctrinas que la justifican. En el Perú, el asunto es claro:

la protección o defensa de la posesión se funda en que estamos frente a un derecho y que a través de su defensa normalmente se protege la propiedad.

El artículo 921° del Código Civil dice que todo poseedor puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Conforme a una tesis, las acciones posesorias son el género y los interdictos son la especie, esto es, un tipo especial de acciones posesorias en las que no se discute el derecho a la posesión. Otra concepción señala que si bien ambas acciones protegen la posesión, en las acciones posesorias se discute siempre el derecho, mientras que en los interdictos no. En las primeras se ampara a quien tiene derecho a poseer, es decir, al poseedor legítimo, y en las segunda se ampara al poseedor, así no tenga derecho a poseer.

Hay diversos casos de poseedores legítimos —con derecho a poseer— pero que sin embargo no son propietarios. Por ejemplo, un usufructuario, con título y con derecho, a quien se ha desalojado o por la razón que fuere o no se lo permite entrar a poseer el bien materia del usufructo. Este usufructuario, si ha sido despojado, puede sin duda recurrir a un interdicto, pero también puede promover una acción posesoria en la cual discuta su derecho a poseer. Otro ejemplo es el del arrendatario, también con título y derecho, a quien se priva o cuestiona su posesión. Puede recurrir a la acción posesoria, que es el juicio de derecho.

¿Quién puede interponer con éxito una acción posesoria y quién un interdicto? La primera solo la puede plantear el poseedor legítimo; los interdictos todo poseedor, sea legítimo o ilegítimo. Desde luego, el resultado del interdicto puede ser reversado después en una acción posesoria o en otra acción en la cual se discuta el derecho.

Los interdictos están previstos en el Código Civil y están regulados en el Código Procesal Civil a partir del artículo 597°. Son dos: el de recobrar y el de retener. El primero corresponde al poseedor que ha sido despojado; el segundo al poseedor que ha sido perturbado.

El despojo es la privación de la posesión. Desde luego, tiene que ser una privación arbitraria. No hay despojo si se ha recurrido a la defensa personal de la posesión. Pero sí puede haber despojo incluso de carácter

judicial, si la orden de desalojo la dictó el juez sin observar las formalidades legales (artículo 605° del Código Procesal Civil).

La perturbación de la posesión, dice el artículo 606° del Código Procesal Civil, puede consistir en actos materiales o la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Se admite, sin embargo, que no es perturbación el simple cuestionamiento de la posesión, por ejemplo a través de una carta.

Como es fácil comprender, en el caso del interdicto de recobrar, si la sentencia lo declara fundado debe disponer que se reponga al demandante en la posesión del bien. Tratándose del interdicto de retener, el juez ordenará que cese la perturbación o que se proceda a la demolición de la obra nueva u obra ruinoso que perturban la posesión.

El artículo 921° del Código Civil dice que solo caben los interdictos respecto de bienes inmuebles y de muebles registrados, lo cual ha confirmado el artículo 599° del Código Procesal Civil. ¿A qué se debe esta disposición?, ¿por qué no cabe un interdicto respecto de bienes muebles no registrados, como por ejemplo una joya?

El interdicto defiende solo la posesión y no la propiedad. Más aún, defiende la posesión como está, no el derecho a poseer. Para que pueda defenderse exclusivamente la posesión, es preciso poder separar posesión y propiedad. Esto es del todo posible en los inmuebles y en los muebles registrados, pero no lo es en los muebles no registrados. No olvidemos que hay una presunción de propiedad que favorece al poseedor (artículo 912° del Código Civil). Esta presunción admite la prueba en contrario, pero, esta prueba, posible tratándose de inmuebles y de muebles inscritos, es casi imposible en el caso de los muebles no registrados. En otras palabras, respecto de esta clase de bienes el poseedor es el propietario. No olvidemos la famosa máxima del derecho francés: «posesión equivale a título de dominio». ¿Cómo probar que soy el propietario de un reloj que está poseyendo otro? Prácticamente imposible si no es con la declaración de ese otro de que yo soy el propietario.

La identificación entre posesión y propiedad, tratándose de bienes muebles no registrados, se confirma con lo que dispone el artículo 948° del Código Civil. Con respecto al plazo para la interposición del interdicto, es de un año. El artículo 921° concuerda con el 953° del Código Civil que se refiere a la interrupción del plazo de la prescripción.

El plazo de un año, ¿es de prescripción o de caducidad? Parece que lo segundo porque mueren el derecho y la acción. Por lo demás es coherente que no quepan la interrupción ni la suspensión del plazo, excepto el caso de que no sea posible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículo 2005° del Código Civil).

Otro tema vinculado con el plazo de un año es si cabe la suma de los plazos posesorios (artículo 898° del código). Supongamos que una persona usurpa un inmueble. Obviamente se trata de un despojante. Sin embargo, ocupa el bien y por tanto lo posee. A los seis meses lo vende a otro quien es también poseedor ilegítimo (aunque no lo sepa). Este segundo posee otros seis meses, vencidos los cuales el poseedor legítimo plantea un interdicto contra él. ¿Ha transcurrido ya el año? ¿Pueden sumarse los plazos posesorios del despojante y de su adquirente? Estimamos que sí. Por tanto, el adquirente tiene jurídicamente más de un año de posesión y podría rechazar el interdicto. Sería necesario que se le interponga un juicio de derecho.

4.3. Mejoras

Las mejoras son modificaciones materiales que se hacen en un bien y que generalmente producen un incremento de su valor. La mejora se distingue del llamado «aumento extrínseco», que incide en el valor del bien pero sin modificarlo. Es, por ejemplo, el incremento de valor de los predios vecinos a una carretera que se ha construido.

El supuesto es que el poseedor ha hecho mejoras en el bien, el cual desde luego no es de su propiedad. Tiene derecho el poseedor a que se le reembolse el valor de estas mejoras.

El artículo 916° del Código Civil distingue entre las mejoras necesarias, útiles y de recreo. Las primeras se hacen o introducen con el propósito de impedir que el bien se destruya o deteriore. En otras palabras, son mejoras indispensables; tienen que hacerse para atender a la conservación del bien. Las útiles son aquellas que, sin ser necesarias, aumentan el valor y la renta del bien. Son de recreo, finalmente, las que sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

El Código Civil utiliza una metodología de descarte. Lo primero es determinar si la mejora es necesaria. Si no lo es habrá que preguntarse si es útil. Si no es una u otra, recién podrá ser considerada de recreo.

Las mejoras son necesarias, decíamos, cuando tienen por objeto impedir que el bien se destruya o deteriore. Es el caso, por ejemplo, de la reparación de una pared que amenaza derrumbarse porque hay una filtración de agua. Por cierto el valor del bien se incrementará, o digamos más bien que se recuperará, pero el propósito fundamental de la mejora es impedir que una parte del bien —la pared— se deteriore o destruya.

En cambio, el propósito fundamental de las mejoras útiles es incrementar el valor o la renta del bien. Ejemplo de una mejora útil es la ampliación de la casa mediante la construcción de un dormitorio más.

En las mejoras de recreo, llamadas también suntuarias, una vez descartado que se trate de una mejora necesaria o útil, su objetivo es el ornato, el lucimiento o la mayor comodidad que ofrece el bien. Ejemplo clásico es la construcción de una piscina en el jardín de la casa o la colocación de una estatua. Es verdad que la piscina incrementa el valor del inmueble, pero el propósito fundamental ha sido mejorar el ornato y la comodidad que el bien ofrece. Como ya se ha dicho, previamente hay que descartar que se trate de una mejora útil.

Conforme al artículo 917° del Código Civil, dos derechos tiene el poseedor en relación a las mejoras: a exigir el valor actual de las mejoras necesarias y útiles (derecho de reembolso) y a retirar las de recreo (derecho de separación). Esto último puede ser impedido por quien debe pagar las mejoras, si cancela el valor de las mejoras ejecutadas por el poseedor.

Respecto del primer derecho, el segundo párrafo de la norma establece que cuando se trate de mejoras útiles, solo deben pagarse las hechas antes de la citación judicial. El supuesto de hecho es que el poseedor haya hecho mejoras necesarias y útiles. Tiene derecho, en cuanto a estas últimas, al reembolso de las que hizo antes de que se lo demandara judicialmente para la devolución del bien. En cambio, tratándose de las necesarias, tiene derecho a que se le pague el valor actual de todas ellas, sean anteriores o posteriores a la demanda de restitución. La razón de esta diferencia radica en que una vez que ha sido demandado judicialmente para la devolución del bien, no tiene justificación que el poseedor haga inversiones que aumenten el valor o renta del bien. Debe limitarse a lo que es indispensable. ¿Quién es el obligado a pagar las mejoras? De ordinario es el propietario, pero no se puede descartar que sea un poseedor mediano (el propietario o eventualmente un usurpador).

Con relación al segundo derecho del poseedor, es llamado derecho de separación. Rige respecto de las mejoras de recreo y se aplica únicamente a las mejoras separables sin daño del bien. Sería el caso, por ejemplo, de la estatua aquella que se colocó en la casa; y no sería el de la piscina porque esta no es retirable sin daño del bien.

En cuanto al pago o reembolso de las mejoras hechas por el poseedor, hay diversas reglas en otros libros del código. Por ejemplo, el artículo 1015° dice que las reglas sobre mejoras establecidas para el poseedor (que estamos analizando) se aplican también al usufructo. Sin embargo, los artículos 1013° y 1014° disponen que el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias; y si no las hace, deberá costear las extraordinarias. Por otra parte, se considera reparaciones ordinarias las que resulten del «uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación».

¿Hay diferencias entre las mejoras necesarias y las reparaciones, ya sean ordinarias o extraordinarias? El código no las señala. En nuestra opinión las reparaciones ordinarias son consecuencia del uso del bien. Es lo que contribuye al mantenimiento del bien. Tratándose de un automóvil estas reparaciones estarían constituidas por el servicio periódico que

debe hacerse: cambio de aceite, revisión de frenos, alineamiento de la dirección, etcétera. En cambio, las reparaciones extraordinarias son cosas mayores, que impiden su destrucción o deterioro. En el caso del automóvil sería el cambio de la dirección, que no admite reparación y que evidentemente puede incidir en la destrucción del bien.

5. PRESUNCIONES A FAVOR DEL POSEEDOR

Las presunciones legales pueden ser absolutas o relativas. Las primeras no admiten prueba en contrario, las segundas soportan la prueba en contra. Una presunción absoluta es, por ejemplo, el conocimiento del contenido de las inscripciones, prevista en el artículo 2012° del Código Civil. La mayoría de las presunciones admiten prueba en contrario, y su efecto es trasladar la carga de la prueba. Normalmente un hecho debe ser probado por quien lo alega. Por esto la carga de la prueba en juicio corresponde al demandante. Sin embargo, cuando quien alega un hecho está amparado por una presunción, queda eximido de probarlo. Más bien es la parte contraria, si pretende destruir la presunción, quien deberá probar en contra de ella.

El Código Civil recoge cinco presunciones posesorias: la presunción de propiedad, la presunción de posesión de los accesorios, la presunción de posesión de muebles que están dentro de un inmueble, la presunción de buena fe y la presunción de continuidad.

Con respecto a la presunción de propiedad, el artículo 912° dice que el poseedor es reputado propietario. Esto significa que en presencia de un poseedor, debemos presumir que él es también propietario del bien. Tratándose de bienes muebles inscritos y de inmuebles, la presunción también rige pero con una importante limitación: ella no puede oponerse al propietario con derecho inscrito. Hay otra limitación que sufre esta presunción: no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato.

El artículo 913° contiene dos presunciones: la presunción de posesión de accesorios y la presunción de posesión de los muebles que están

dentro de un inmueble. La norma no se refiere a las partes integrantes sino únicamente a los accesorios y a los muebles que están dentro de un inmueble. La razón es que las partes integrantes constituyen parte del bien mismo, como consecuencia de su integración. Por tanto, la posesión del bien principal supone inevitablemente la posesión de todas sus partes. Se trata en rigor de un bien nuevo, luego de la integración. La posesión es entonces del todo. En cambio los accesorios y los bienes muebles mantienen su individualidad y pueden ser objeto de derechos singulares, con lo cual se admite la posibilidad de que sean objeto de un derecho real distinto y perteneciente a persona diferente.

Las presunciones del artículo 913° no son de propiedad sino tan solo de posesión. Sin embargo, por esta vía es posible que el poseedor recurra a la presunción de propiedad, con lo cual finalmente, en mérito de la aplicación de las tres presunciones, el poseedor del inmueble deberá ser reputado propietario, tanto del inmueble mismo y de sus accesorios, como de los bienes muebles que se hallen dentro de él.

Las dos presunciones son relativas. Si bien el artículo 913° guarda silencio, el artículo 279° del Código Procesal Civil señala que en caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el juez ha de considerarla como presunción relativa.

La presunción de buena fe prevista en el artículo 914° del Código Civil significa que todo poseedor debe ser reputado de buena fe. La presunción se aplica al caso del poseedor *per se*; como al poseedor que está adquiriendo por prescripción y al del adquirente como propietario de un bien mueble no registrado y que está amparado por el artículo 948° del Código Civil.

En unos casos el poseedor se cree propietario y en otros se cree tan solo poseedor legítimo, pero en todos ellos cree en su legitimidad. En definitiva, cuando cree en su propiedad, ello implica asumir la legitimidad de su posesión. Por tanto, la presunción de buena fe entra en todos estos supuestos. En todos ellos el poseedor está protegido por la presunción y en consecuencia habrá que producir prueba para desvirtuarla.

El artículo 915º, por último, recoge la presunción de continuidad: si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Si esta presunción no existiera, el poseedor que quiere invocar un determinado plazo posesorio, por ejemplo para la prescripción adquisitiva, tendría que probar que ha poseído durante cada año de dicho plazo. La presunción de continuidad viene en su ayuda porque bastará que acredite que poseyó al inicio del plazo y que posee hoy. Deberá presumirse que ha poseído también durante el plazo intermedio.

6. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN

La posesión puede adquirirse de forma originaria o de forma derivada. Ambas formas están previstas en el artículo 900º del Código Civil. Hay adquisición originaria cuando la posesión se inicia; o, dicho de otra manera, cuando comienza una nueva posesión. Hay adquisición derivada, por el contrario, cuando la posesión se transmite. En el primer caso hay una sola voluntad presente, la del adquirente. En el segundo caso hay dos voluntades, del enajenante y del adquirente. En ambos casos se requiere además la efectiva adquisición del poder de hecho, es decir, el establecimiento de una relación material con la cosa.

La adquisición derivada se produce con la tradición, es decir, con la entrega de la cosa. La tradición es la forma derivada de adquisición de la posesión. Hay un titular anterior que es el enajenante; y hay un adquirente que deriva su derecho del poseedor anterior. Hay una doble voluntad de enajenación-adquisición. Y hay la entrega efectiva de la cosa.

Si bien la tradición es una forma de transmisión de la posesión, ella puede producir otros efectos que trascienden el de la mera transmisión posesoria. Nos referimos concretamente a la transmisión de otros derechos reales, en especial la propiedad. La tradición es también un modo de adquisición de la propiedad. En la tradición hay obviamente entrega o transmisión de la posesión, pero esta puede no ser la esencia de lo que está ocurriendo sino solo un mecanismo instrumental.

Los dos roles de la tradición —modo de adquisición de la posesión y de la propiedad— no son en rigor dos maneras distintas de considerarla, sino dos variantes que se interrelacionan. En ambas está la posesión como elemento saltante, pero las funciones son distintas: cuando hay de por medio la transmisión de la propiedad, la posesión cumple una función instrumental; es cierto que esencial, pero en definitiva instrumental. En cambio cuando la tradición opera como forma transmisora de la posesión, la posesión es la protagonista, el instrumento y el fin.

La tradición puede transmitir la totalidad de la posesión o solo una parte de ella —la mediata o la inmediata—. Lo primero ocurre cuando la posesión no está dividida sino integrada: no hay poseedor mediato e inmediato. Hay un solo poseedor de la cosa. Es el caso del propietario o del usurpador. Ambos son poseedores plenos, completos. Cuando uno de estos poseedores vende y entrega, está transmitiendo la posesión total del bien. En cambio, cuando el propietario —real o aparente— da en arrendamiento y entrega la cosa al arrendatario, está transmitiendo únicamente la posesión inmediata. Lo mismo pasa cuando el arrendatario cede su contrato o subarrienda. Análoga es la situación cuando se transmite tan solo la posesión mediata: es el caso del propietario que enajena la cosa que está alquilada a otro.

El Código Civil regula tres tipos de tradición: real, ficta y documental. La tradición real está prevista en el artículo 901º. Ella se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que esta establece. La norma habla de «entrega», pero no siempre ella es posible. Desde luego, se puede entregar una joya o un libro. De hecho estos bienes son entregados cuando se los vende —transmisión de propiedad y de posesión— o cuando se los presta o alquila —transmisión solo de posesión—. La entrega es ostensible y por esto se habla de entrega material. Hay en estos casos tradición de la cosa. Adquiere la posesión quien recibe la cosa: el comprador en el primer caso antes mencionado; el prestatario o inquilino en el segundo. Desde el punto de vista del enajenante, en el primer caso antes mencionado la

posesión se pierde, ya no goza más de ella. Pero en el segundo caso, cuando hay préstamo o alquiler, el enajenante no pierde la posesión sino que la conserva a título de poseedor mediato. Ha transferido entonces solo la posesión inmediata.

Distinta es la situación cuando se hace tradición de un inmueble, por ejemplo una casa. ¿Acaso esta última puede entregarse al igual que un libro? Análogo es el caso cuando la tradición versa sobre un bien que no se encuentra en el lugar donde están las partes. Imaginemos, a este respecto, que estando en Lima alquilo una casa o se me presta una joya en Arequipa.

El código no ha hecho distingos. La doctrina sí. Se dice que es entrega material todo acto en virtud del cual el poseedor permite al adquirente obtener el poder de hecho sobre la cosa. Así, el enajenante puede mostrar la cosa al adquirente y autorizarlo para que la retire cuando desee; o el enajenante puede entregar las llaves al adquirente para que este ocupe el inmueble de que se trata o recabe las cosas muebles del depósito o almacén en el que puedan encontrarse; o, finalmente, el enajenante puede comprometerse a poner la cosa en un lugar convenido o entregarla a la persona que indique el adquirente.

La entrega se hace a quien debe recibir el bien. Esto significa que hay una persona con derecho a recibirlo. Su derecho nace seguramente de un contrato. Así, veamos el caso de un propietario de una casa que la ha dado en alquiler. Hay un contrato de por medio que obliga a una parte a entregar la casa y que califica a la otra para entrar en posesión de ella. Esta última es quien debe recibir el bien. Sin embargo, no siempre el derecho a entrar en posesión del bien nace de un contrato. Podría surgir también de una sentencia judicial o de la ley. Pero debe haber siempre un título.

La entrega puede hacerse también a la persona que designe el adquirente. Hay en este caso un apoderado o representante del adquirente. No se requiere en esta eventualidad de una autorización expresa para la realización del acto, esto es, de un poder especial, porque no se trata de un acto de disposición sino al contrario. No estamos ante ninguno de los

casos previstos en el artículo 167º del Código Civil. La representación para recibir el bien puede otorgarse sin formalidad alguna. Bastaría, por consiguiente, una simple instrucción que autorice al representante a recibir el bien en nombre del adquirente de la posesión.

La entrega puede hacerse también a la persona designada por la ley. Tratándose de las personas jurídicas, de los menores, de los incapaces y de los ausentes —estos últimos cuando no tengan mandatario—, la ley provee su representación. La entrega de la posesión debe entenderse en estos casos con el representante legal respectivo.

No toda tradición es real o material. Hay casos en que la tradición se considera realizada, esto es, se estima cumplida, lo cual significa que realmente no se ha producido en la realidad. Es decir, no hubo verdadera entrega.

La tradición prevista en el artículo 902º del Código Civil se denomina ficta. Ella resulta siempre de un convenio. En esto se parece a la tradición real. Pero falta la entrega material. La norma contempla dos supuestos: el cambio del título posesorio y la transmisión del bien que está en poder de un tercero.

Con respecto al cambio del título posesorio, se refiere a la calidad o condición jurídica con la cual se posee. Así, se puede poseer como propietario, como arrendatario, como depositario. Puede ocurrir entonces que por virtud de un contrato, el poseedor cambie su título posesorio. Así ocurre cuando el arrendatario compra el bien que está poseyendo: desde el momento mismo del contrato, ha dejado de poseer como arrendatario y ha comenzado a poseer como propietario.

Están comprendidas acá dos figuras que en el derecho romano tuvieron aceptación: la *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio*. Por la primera, el poseedor en nombre ajeno —poseedor inmediato en nuestro derecho— se convierte en poseedor en nombre propio —a título de dueño—. El caso sería cuando un arrendatario o un depositario (poseedores inmediatos) compran el bien. El simple contrato de compraventa convierte la posesión en nombre ajeno en posesión en nombre propio; y el poseedor deja de

ser un mero poseedor inmediato para convertirse en un poseedor pleno o completo, que reúne todas las facultades. Lo que ha adquirido en rigor es la posesión mediata. La inmediata ya la tenía. Ahora posee plenamente, como dueño.

El *constituto posesorio* es el caso contrario al descrito. El dueño enajena y se queda como poseedor inmediato, a título, por ejemplo, de arrendatario o depositario. En este caso se transforma una posesión plena —en nombre propio— en una posesión inmediata —en nombre ajeno—. En realidad el poseedor nada ha adquirido. Más bien ha perdido: su posesión como propietario ha quedado reducida a una posesión inmediata. En rigor podría decirse que se ha despojado de la posesión mediata.

La *traditio brevi manu* y el *constituto posesorio* tienen en común que la cosa no cambia de lugar, permanece donde estaba antes de la tradición. Tratándose de la *traditio brevi manu* queda en poder del adquirente. Tratándose del *constituto posesorio* permanece en poder del enajenante.

Con respecto a la transferencia del bien que está en poder de un tercero, se supone que el tercero es un poseedor inmediato. El poseedor mediato, que probablemente será el propietario, enajena el bien. El tercero sigue poseyendo de modo inmediato, pero ahora su obligación de restitución es a favor del nuevo dueño. En rigor lo que se ha transmitido acá es la posesión mediata y por consiguiente la pretensión de entrega. Desde luego que no hay verdadera entrega del bien.

El código agrega que en este caso la tradición produce efecto en cuanto al tercero, solo desde que le es comunicada por escrito. Esta comunicación no es un requisito para que la tradición se produzca. Esta ocurre válidamente por el solo mérito del convenio de enajenación. La comunicación al tercero se exige únicamente para que la tradición produzca efectos respecto de él.

Este tipo de tradición ficta supone en realidad una transferencia de propiedad. El bien que está en poder de un tercero tiene que haber sido enajenado. Y el efecto ante el tercero al cual se refiere el código, es el efecto de la enajenación. Es, en términos simples, que el tercero sepa que ahora

tiene un nuevo propietario con el cual debe entenderse y al cual deberá devolver el bien en su oportunidad.

De lo anterior se infiere que este caso de tradición ficta no importa una adquisición de solo posesión. En esto se diferencia de las formas de tradición ficta, en las cuales sí puede haber adquisición de la posesión únicamente, sin la propiedad.

Por último, la tradición documental está regulada en el artículo 903°. Según esta norma, tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos. Sin embargo, el adquirente de buena fe de objetos no identificables, a quien se hubiere hecho entrega de los mismos, tiene preferencia sobre el tenedor de los documentos, salvo prueba en contrario.

No siempre los bienes cuya posesión se transmite están en poder del enajenante. Puede ocurrir que ellos estén en viaje. Por ejemplo, los bienes pueden estar a bordo de un buque en transporte internacional; o a bordo de un vehículo motorizado en transporte dentro del país.

Los bienes pueden estar también depositados en un almacén general, que es un establecimiento debidamente autorizado por el Poder Ejecutivo destinado al depósito y conservación de mercaderías y productos nacionales e importados.

El propietario de bienes que están en viaje, o depositados en un almacén general, puede pretender venderlos y ello supondrá, desde luego, la transferencia de la posesión. Pero esta será consecuencia de la enajenación de la propiedad. Puede ocurrir también que el propietario desee transmitir únicamente la posesión, sin transferir la propiedad del bien. Sería el caso, por ejemplo, de la constitución de una garantía. Así, el titular de objetos depositados en un almacén general puede desear darlos en garantía de una determinada obligación. La entrega física de los bienes no es posible, por lo mismo que están en el almacén. La entrega se hará entonces en base a los documentos respectivos.

¿Cuáles son los documentos destinados a recoger esta clase de bienes? En cuanto a los artículos en viaje, el conocimiento de embarque representa

las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial. En el caso de mercancías que son objeto de un contrato de transporte terrestre o aéreo, el documento que las representa es la carta de porte.

En lo referente a los artículos depositados en almacenes generales, contra el depósito de la mercadería la administración del almacén emite a la orden del depositante, un certificado de depósito que llevará anexo un *warrant*. Ambos documentos son transferibles por endoso. Si se endosan el certificado de depósito y el *warrant*, se está enajenando la propiedad de los bienes depositados. Si se endosa solo el *warrant* se está constituyendo garantía sobre los artículos. Finalmente, si se endosa solo el certificado, se están enajenando los bienes, pero con la garantía a favor del tenedor del *warrant*.

El segundo párrafo del artículo 903º se pone en el caso de artículos no identificables que estén en viaje o depositados en almacén, y que sean enajenados dos veces. Una enajenación se realiza en base a los documentos, la otra mediante la entrega de los objetos mismos.

En realidad la norma está mal ubicada porque regula a quién corresponde la propiedad en esta hipótesis de doble enajenación. No es pues un tema de adquisición de la posesión, sino de propiedad.

El Código Civil nos dice que en este supuesto de doble enajenación, tiene preferencia el adquirente de buena fe de los objetos mismos sobre el tenedor de los documentos. Es decir, se prefiere la tradición real a la documental. La norma debe concordarse con los artículos 947º y 948º del Código Civil.

Un ejemplo: se está transportando en un camión diez toneladas de papa de Lima hacia Arequipa. El propietario de la papa ha recibido una carta de porte del transportista, que es el documento destinado a recoger la papa en Arequipa. Estando la papa en viaje, se producen dos transferencias: una en Arequipa mediante el endoso de la carta de porte; y la otra en Camaná con entrega (tradición) de las diez toneladas de papa. Si este último comprador tiene buena fe, esto es, cree que el transportista es el

propietario de la papa e ignora que ella ha sido transferida anteriormente en base a documentos, es preferido con relación al otro adquirente. «Es preferido» quiere decir que «es el verdadero propietario» de la papa.

Como se ve, la norma atribuye propiedad, lo cual quiere decir que ella regula más allá de la posesión que la tradición transfiere.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la teoría posesoria que ha adoptado el Código Civil peruano?
2. ¿Cuál es la diferencia entre poseedor mediato e inmediato?
3. El usurpador, ¿es poseedor mediato o inmediato?
4. ¿En qué consiste la posesión ilegítima de buena fe?
5. ¿Cuál es la diferencia entre acciones posesorias e interdictos?
6. ¿Cuáles son los supuestos de tradición ficta?

CAPÍTULO 4

LA PROPIEDAD

1. NOCIÓN

La propiedad es un poder jurídico, el más amplio y completo que las personas pueden tener, en virtud del cual un bien o conjunto de bienes, ya sean corporales —cosas— o incorporeales —derechos—, quedan sometidos de manera absoluta al señorío de la persona. Este señorío pleno se ve reflejado en las facultades que tiene la persona sobre sus bienes, que son todas las posibles. Siguiendo esta noción de propiedad, el artículo 923° del Código Civil define la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

El artículo 923° asimila propiedad a una relación jurídica sobre bienes. En realidad, la propiedad no es una relación jurídica sobre bienes. Como ya se dijo, toda relación jurídica es siempre entre dos o más personas. Es inadmisibles hablar de relaciones jurídicas entre personas y bienes, porque ello supondría aceptar que los bienes tengan relaciones jurídicas con las personas. Lo que ocurre es que las relaciones jurídicas, necesariamente entre personas, pueden tener un objeto distinto. En unos casos el objeto es un bien y el uso o disfrute que debe dársele; en otros, las conductas (pretensiones) que deben desplegar las personas respecto de otras. Pero toda relación jurídica, incluida la propiedad, se establece entre personas.

El Código Civil define a la propiedad por la reunión de cuatro facultades: uso, disfrute, disposición y reivindicación. Esto no significa que las facultades del propietario sean solo esas. Son todas las posibles.

El contenido del derecho de propiedad está delimitado no tanto por las facultades que confiere a su titular, sino por los límites que se imponen a su ejercicio. Es insuficiente decir que el propietario tiene las mayores facultades sobre sus bienes, si no se dice cuáles son los límites a dichas facultades.

La noción civil de propiedad difiere de su concepto constitucional, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003, recaída en el expediente N° 008-2003-AI/TC. Para efectos del régimen económico, la protección de la patrimonialidad no distingue entre atributos o facultades y el objeto de la patrimonialidad. Están igualmente protegidos el propietario —en sentido civil—, el usufructuario o el acreedor de una prestación de dar o hacer, pues en todos los casos se está protegiendo la libertad económica, que es la base del régimen previsto en la Constitución.

La protección desplegada por la Constitución comprende todos los derechos patrimoniales de la persona, ensanchando de esta manera los márgenes de la propiedad establecidos en el Código Civil. Esta protección constitucional se extiende, por ejemplo, a un usufructo, un derecho de superficie, una cuota en la copropiedad, un crédito, una renta generada o por generarse. Todos estos derechos constituyen «propiedad» en sentido constitucional, mientras que para el derecho civil la propiedad está atada únicamente a los bienes.

Los alcances constitucionales de la propiedad exceden pues los límites del Código Civil, abarcando también en su ámbito de protección a todos los derechos patrimoniales que existen en la esfera económica de los individuos.

De esta forma, la propiedad puede ser entendida en términos civiles como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar bienes; y en sentido constitucional, como la titularidad que comprende todos derechos patrimoniales de la persona.

2. FACULTADES

La propiedad confiere a su titular la plenitud de las facultades sobre el bien. Esta amplitud de facultades impide enumerarlas. Sin embargo, el artículo 923° del Código Civil dice que son cuatro: el uso, disfrute, disposición y reivindicación.

Los atributos o facultades consagrados el artículo 923° provienen del derecho romano, que condensó en el *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi* los derechos del propietario.

«Usar» es servirse del bien. Usa un automóvil quien se traslada con él de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella. Usa un reloj quien lo lleva puesto y verifica la hora cuando desea.

«Disfrutar» es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, de un contrato (artículo 891° del Código Civil). Ejemplo de los primeros son las crías de ganado, ejemplo de los frutos industriales son las cosechas o los bienes que se obtienen de la actividad fabril; y ejemplo de los frutos civiles son los intereses del dinero o la renta de un arrendamiento.

«Disponer» es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecarlo, otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. Por esto se habla de disposición jurídica (del derecho) y de disposición física (del bien).

¿Puede convenirse que una persona no venda sus bienes? El Código Civil señala en el artículo 882° que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita. Este pacto, conocido como «cláusula de inalienabilidad», está prohibido, ya sea la prohibición temporal o perpetua.

El artículo 882° se refiere a la enajenación o gravamen. Por enajenación se entiende normalmente un acto traslativo de la propiedad —la venta o donación, por ejemplo—, pero también se puede entender como un acto que transfiere cualquier derecho, como la posesión o el usufructo.

No existe una definición de enajenación en la legislación peruana, pero en algunos casos el término se utiliza con una connotación amplia. Por ejemplo, el artículo 948° del Código Civil se refiere al «enajenante» de la posesión. Esto podría llevar a pensar que el término enajenación debe entenderse en su acepción amplia. Es decir, enajenación no importaría solamente la transferencia del derecho de propiedad, sino también de otros derechos reales.

La ubicación del artículo 882° en las disposiciones generales del Libro de los Derechos Reales del Código Civil parecería confirmar que la prohibición abarca no solo a la propiedad, sino a los demás derechos reales.

No obstante lo anterior, la prohibición se refiere solamente a la transmisión del derecho de la propiedad. Es decir, lo que prohíbe el artículo 882° es que se pacte que no se pueda vender o donar un bien, o celebrar cualquier otro contrato que importe la prohibición de transmitir el derecho de propiedad. La prohibición no se refiere a las desmembraciones del derecho de propiedad.

La razón fundamental para afirmar que la enajenación se refiere únicamente a la transmisión de dominio es muy simple: es posible que la propiedad se desmiembre a través de la constitución de un usufructo, por ejemplo, y que por esa vía contractualmente una persona se obligue a no usar o disfrutar su bien por un tiempo determinado, con lo cual también es posible que una persona se obligue a no darlo en usufructo.

El artículo 882° del Código Civil también prohíbe el pacto de no gravar. Gravar se entiende a la constitución de garantías reales sobre bienes. Se grava tanto el derecho de propiedad como el de usufructo. La prohibición se refiere solamente al gravamen de la propiedad, y no de los demás derechos reales.

El fundamento de la prohibición de no enajenar está en la necesidad de asegurar la libre circulación de los bienes. Los bienes deben circular para satisfacer necesidades humanas y para que lleguen a manos de quien les dé el uso más eficiente.

Las cláusulas de inalienabilidad son cuestionadas porque chocan con el principio de la autonomía de la voluntad. Además, en el caso del gravamen, la prohibición no afecta al acreedor, ya que al tener un derecho real —una hipoteca, por ejemplo— puede perseguir el bien en manos de quien se encuentre. En otras palabras, el gravamen del bien, al igual que su enajenación, no afecta al acreedor ni a su preferencia.

En los últimos años, sin embargo, con la llegada de la inversión extranjera, el artículo 882° ha recibido fuertes críticas. Se sostuvo que la disposición perjudicaba las inversiones. El caso era el de los extranjeros interesados en hacer negocios con personas determinadas en función a sus calidades personales. La prohibición de las cláusulas de inalienabilidad, en este contexto, desincentivaba las inversiones.

La Ley General de Sociedades (Ley N° 26887) dio un paso adelante en este tema. La antigua Ley General de Sociedades (Ley N° 16123), al igual que el Código Civil, también prohibía las cláusulas de inalienabilidad respecto de la propiedad de acciones. Sin embargo, el artículo 101° de la Ley N° 26887 permite ahora que se pacte la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones. La norma solo autoriza limitaciones temporales, hasta por un plazo no mayor de diez años prorrogables antes del vencimiento por períodos no mayores. Están excluidas aquellas limitaciones que supongan la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar acciones.

Otro paso importante lo ha dado más recientemente la Ley de la Garantía Mobiliaria, en cuyo artículo 11.1 permite que se pacte que el constituyente de la garantía no use, disfrute o disponga de su bien.

La prohibición del artículo 882° del Código Civil alcanza a los pactos indirectos. No es posible que se pacte, por ejemplo, que el comprador de un bien lo pueda vender solo con la previa autorización del vendedor.

Tampoco es posible que se establezca contractualmente que si el dueño de un bien lo vende, se da por vencido el crédito hipotecario que tiene con la persona que le vendió el bien.

Regresando a los atributos del derecho de propiedad, nos dice también el artículo 923° que el propietario puede reivindicar el bien. Reivindicar es recuperar. Esto supone que el bien esté en poder de un tercero y no del propietario. ¿Por qué el bien está en poder de otro? Muchas pueden ser las causas, desde un desalojo o usurpación, hasta una sucesión en la que se dejó de lado al heredero legítimo y entró en posesión un tercero que enajenó a un extraño, el cual ahora posee. En cualquier caso, el propietario está facultado, mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria, a recuperar el bien de quien lo posee ilegítimamente. Por esto se dice que la reivindicación es la acción del propietario no poseedor contra el poseedor no propietario; poseedor ilegítimo, habría que precisar.

Los requisitos de la acción reivindicatoria son tres: (i) que el demandante pruebe fehacientemente que es el propietario del bien que reclama; (ii) que se trate de un bien perfectamente determinado, que podría tratarse de uno o varios bienes, pero no de un patrimonio, es decir, de una masa que incluya activos y pasivos; y (iii) que el demandado no tenga derecho a poseer el bien.

La acción reivindicatoria cabe tanto respecto de bienes inmuebles como de muebles. No está demás decir que la reivindicatoria es una acción real, más aún, es la acción real por excelencia. Es real porque ampara un derecho real y porque es eminentemente persecutoria de un bien.

Esta acción reivindicatoria es imprescriptible, lo cual significa que no se extingue por el transcurso del tiempo (artículo 927° del Código Civil). Acá hay que distinguir dos situaciones: la primera, cuando el bien no está en posesión de otra persona. Nadie lo posee. La segunda, cuando el bien está en poder de un poseedor ilegítimo. La imprescriptibilidad de la acción ocurre en el primer caso. Se presenta también en el segundo, salvo que el poseedor haya llegado a adquirir el bien por prescripción, en cuyo caso no es que el antiguo propietario ha dejado de ser tal. El nuevo propietario

es ahora el que poseyó el bien con los requisitos y el plazo exigido por la prescripción adquisitiva. No es que la acción se haya extinguido por prescripción, sino que la propiedad se ha trasladado a un nuevo titular.

¿En qué se funda la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria? En que ella defiende a la propiedad, que es un derecho perpetuo que no se extingue por el solo no uso. Sobre esto volveremos más adelante.

Los atributos clásicos de la propiedad son el uso, el disfrute y la disposición. La reivindicación no es propiamente un atributo, si no el ejercicio de la persecutoriedad, que es un atributo del cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cual recae su derecho. No parece acertado entonces que la reivindicación sea colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuales, en conjunto, configuran un derecho pleno y absoluto. Ningún otro derecho real confiere a su titular todas estas facultades.

El artículo 923º del Código Civil señala que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Las constituciones de 1933 y 1979 dijeron expresamente que el interés social era el referente obligatorio para el ejercicio del derecho de propiedad. Por esta razón el Código Civil que se dictó durante la vigencia de la Constitución de 1979 aludió al interés social. Sin embargo, la actual Constitución suprimió toda referencia al interés social y lo reemplazó por la noción de bien común que aparece en su artículo 70º. ¿A qué se debió este cambio? Al rechazo que produjeron en la opinión pública dos expropiaciones en las que se invocó el interés social como causal expropiatoria: la de los predios rústicos para la reforma agraria y la de la banca, esta última que se propuso durante el primer gobierno del presidente García y que finalmente no llegó a ejecutarse.

Como quiera que en dichas expropiaciones se invocó el interés social, los autores de la Constitución actual omitieron la mención del interés social, tanto como causal expropiatoria como regulador o referente del ejercicio del derecho de propiedad.

El artículo 923º del Código Civil debe leerse actualmente con el término «bien común» en reemplazo del interés social. ¿Cuál es la diferencia entre ambos? El primero es el bien general, el bien de todos. Es un concepto obtenido de las encíclicas papales *Rerum Novarum* y *Cuadragésimo Anno*. Se trata de un beneficio general que prescinde del concepto de «interés». El interés social alude a grupos sociales que pueden ser indeterminados.

El propietario, entonces, al ejercer las facultades de usar, disfrutar y disponer, debe hacerlo de acuerdo al bien común. Pero además debe actuar dentro de los límites de la ley, lo que quiere decir que la ley puede establecer limitaciones al ejercicio de la propiedad.

3. CARACTERES

La propiedad ha sido tradicionalmente un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. En cuanto a lo primero, la propiedad es el derecho real por excelencia. La propiedad establece una relación directa entre el titular y el bien. El propietario ejercita sus atributos sin la mediación de otra persona. Además, la propiedad es *erga omnes*, esto es, que se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada «oponibilidad» que caracteriza a todos los derechos reales y en particular a la propiedad.

Derecho absoluto significa que la propiedad confiere al titular todas las facultades, esto es, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. De lo dicho se plantea una aparente contradicción. ¿Cómo puede hablarse de un derecho absoluto y al mismo tiempo se admite que puede tener limitaciones? Lo que ocurre es que ningún otro derecho confiere todas las facultades juntas. El único es la propiedad y en este sentido comparativo debemos entender que es un derecho absoluto.

Desde hace mucho tiempo se cuestiona este carácter de derecho absoluto. La propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio.

Derecho exclusivo quiere decir que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otra titularidad. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él. No puede haber dos propietarios de un bien, salvo el caso de copropiedad o de comunidades en general, en cuyo caso la exclusividad es de la copropiedad o comunidad.

La exclusividad es el carácter esencial que permite la existencia misma del derecho de propiedad. Ella incentiva la inversión en los bienes y permite que se utilicen de la manera más eficiente. La exclusividad determina que los bienes tengan mayor valor y facilita su transferencia y gravamen.

Finalmente, la propiedad es un derecho perpetuo, porque no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible. La prescripción extintiva no afecta a la propiedad porque esta no se pierde por el solo no uso. Para que se pierda, otro debe adquirirla por la prescripción adquisitiva. Otros derechos reales, como el usufructo (artículo 1021º, inciso 2 del Código Civil) o la servidumbre (artículo 1050º del Código Civil) sí se extinguen por el no uso.

Este carácter también está en cuestión hace mucho tiempo. No es posible, se sostiene, que los bienes permanezcan improductivos. A la sociedad y a la economía les interesa que ellos generen riqueza. El derecho ampara al poseedor diligente y lo prefiere al propietario negligente, acogiendo así la prescripción adquisitiva. De la misma manera debe sancionar al propietario que no usa o explota, con prescindencia de que otro lo haga. El abandono debe estar consagrado, disponiéndose que el propietario que no posee por un cierto número de años pierda su derecho. Se cita a este respecto dos casos del derecho peruano: el abandono de los predios rústicos con arreglo a la legislación vigente y el abandono de los predios en general, que conforme al Código Civil, ocurre a los veinte años. En ambos casos, el predio pasa al dominio público.

En este último caso, del abandono de los predios en general, es cuestionable la vigencia del inciso 4 del artículo 968º del Código Civil,

porque la Constitución establece únicamente el abandono para los predios agrícolas (artículo 88°).

4. RESTRICCIONES DE LA PROPIEDAD

Hay dos clases de restricciones o límites al derecho de propiedad: las que nacen de la ley y las que se originan en un pacto o contrato.

Las restricciones legales al derecho de propiedad son cargas o prohibiciones que se imponen a este derecho para limitar su ejercicio. Se produce una disminución o recorte del poder jurídico que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien, pero no se pierde la propiedad misma ni la posibilidad de ejercer los atributos del dominio.

Las restricciones legales a la propiedad tienen su fuente en la Constitución. El Código Civil consagra algunas de ellas. También están presentes en otras leyes y en normas municipales.

Según el artículo 70° de la Constitución, la propiedad es un derecho inviolable que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. La norma agrega que a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

Debe distinguirse la privación del derecho de propiedad de los límites a su ejercicio. La privación de la propiedad se materializa mediante la expropiación, lo cual supone la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa bienes que son imprescindibles para la realización de sus fines. El fundamento jurídico de la expropiación es la realización de las funciones del Estado. La propiedad privada es un elemento fundamental de la organización social. Sin embargo, en ocasiones el interés general entra en conflicto con la propiedad, al punto que esta puede ser privada.

En el Perú solo se puede privar de la propiedad, es decir expropiar, por causas de seguridad nacional o necesidad pública. La seguridad nacional es un concepto vinculado a los casos de guerra exterior o interior. La necesidad pública está relacionada con la obra pública. Sin embargo, comprende supuestos más extraordinarios que la sola utilidad o ventaja de ejecutar la obra. Alude a situaciones que requieren necesariamente la atención del Estado mediante la utilización de ciertos bienes privados.

La regulación en detalle de la expropiación está contenida en el Decreto Legislativo N° 1192. Esta norma constituye el desarrollo de la potestad expropiatoria prevista en el artículo 70° de la Constitución de 1993.

De acuerdo a la Constitución y al Decreto Legislativo N° 1192, los elementos característicos de la expropiación son: (i) es una transferencia forzosa; (ii) la adquisición es originaria, lo cual implica que levantan todas las cargas y gravámenes que existan sobre el bien expropiado y se extinguen los actos jurídicos que afecten la propiedad; (iii) constituye una privación singular, ya que afecta personas y bienes determinados; (iv) el único beneficiario es el Estado; y, (v) todos los bienes inmuebles de dominio privado pueden ser objeto de expropiación.

Además, la expropiación debe ser autorizada por ley expresa del Congreso, y como se dijo, solo en razón de necesidad pública o seguridad nacional —causa de la expropiación o causa *expropiandi*—.

Finalmente, la expropiación exige el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada, que comprende el valor del comercial del bien y el valor del perjuicio económico, originados inmediata, directa y exclusivamente por la expropiación.

La expropiación es un acto que priva del dominio a los particulares, pero solo cuando se cumplen los presupuestos señalados en la Constitución y la ley. Si el Estado no observa los requisitos o no cumple los procedimientos y simplemente irrumpe contra la propiedad, estamos ante una confiscación o una expropiación ilegal. En tales casos, el Estado

no adquiere la propiedad, y si de hecho toma el control de los bienes del particular, debe restituirlos completamente.

En doctrina se distingue entre expropiación irregular, expropiación de hecho y expropiación indirecta; todas formas de expropiación viciada que no logran el objetivo de pasar la propiedad a manos del Estado. La expropiación irregular es aquella en la que se incurre en errores o vicios en el proceso expropiatorio. Hay expropiación de hecho cuando la administración ocupa bienes de propiedad privada al margen de todo procedimiento de expropiación. Finalmente, expropiación indirecta es la que resulta de la imposición de restricciones injustas al derecho de propiedad. Se restringe el derecho de propiedad, sin previo pago de indemnización, al punto de convertirlo en un derecho sin contenido económico o con una reducción sustancial de valor.

Sin perjuicio de las distinciones y matices que establece la doctrina, toda expropiación irregular es una expropiación indirecta. Asimismo, constituye expropiación indirecta la privación de la propiedad que se produce a través de conductas del Estado revestidas de aparente legalidad.

A pesar que la Constitución no se refiere expresamente a la expropiación indirecta, ello no significa que sea tolerada. La consagración de la propiedad como un derecho fundamental a nivel humano, y como elemento clave del régimen económico, es razón suficiente para concluir en la nulidad de todo acto contra este derecho que no esté habilitado por las normas constitucionales. En tal sentido, cualquier detracción patrimonial contra un particular que no se sustente en una causa expropiatoria, o en alguna norma constitucional de similares efectos, por ejemplo el ejercicio del poder tributario, está viciada y da lugar al legítimo reclamo de la víctima.

Con respecto a las restricciones o límites al derecho de propiedad, el Código Civil alude a ellos en los artículos 923º y 925º. En el primero se dice que la propiedad debe ejercerse dentro de los límites de la ley, como lo hace el artículo 70º de la Constitución.

Conforme al artículo 925º, las restricciones legales establecidas como consecuencia de la necesidad pública, de la utilidad pública o del interés

social, no pueden ser modificadas o suprimidas por acto jurídico. Es decir, un contrato entre particulares no puede cambiar o suprimir una restricción legal a la propiedad.

Los principales límites al ejercicio del derecho de propiedad están vinculados a la propiedad predial, aunque recientemente están apareciendo límites a los bienes muebles. Según el artículo 957° del Código Civil, la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas. La zonificación es la parte del plan regulador que trata de la organización integral de las ciudades. El Plan Regulador es el conjunto de normas y disposiciones técnicas, legales y administrativas mediante las cuales se propone la más adecuada utilización de la tierra. Los procesos de habilitación son trámites que consisten básicamente en el cambio de uso de tierras rústicas o eriazas y que requiere la ejecución de servicios públicos. La subdivisión consiste en la partición de inmuebles urbanos en fracciones.

La vecindad de los predios impone una serie de límites. Así, por ejemplo, el propietario debe permitir que en su predio se realicen actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas (artículo 959° del Código Civil).

Existen otras limitaciones contempladas en leyes distintas al Código Civil, y en normas municipales, como por ejemplo, restricciones a los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

Además de los límites que establece la ley, la propiedad, como todo derecho, tiene límites dados por el propio ejercicio abusivo del derecho. La ley no ampara el ejercicio abusivo de un derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil). El que sufre o está amenazado de un daño porque otro ejerce abusivamente su derecho de propiedad, puede exigir que se restituya el estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados (artículo 924° del Código Civil).

Hay también restricciones a la propiedad que no nacen de la ley sino de un pacto o contrato. Por ejemplo, el propietario de un predio con arboledas y lagunas que concede a determinada persona el derecho a ingresar a su predio todos los sábados en la tarde, a cazar y pescar.

Estas restricciones o limitaciones que nacen del pacto deben estar inscritas en el registro respectivo para que surtan efectos contra terceros. Así, podría ocurrir que el pacto que autoriza a una persona a entrar a pescar y cazar todos los sábados por la tarde se haya celebrado por un plazo de diez años. Ocurre que a la mitad del plazo el propietario del predio lo vende a tercero. ¿Este último tendrá que respetar la restricción que sufre su predio? Solo si estaba inscrita. La razón es obvia: al momento de comprar supo el adquirente de la restricción por el dato registral.

Los límites convencionales a la propiedad se fundamentan en el interés privado. Son varios los artículos del Código Civil que se vinculan o relacionan con las restricciones convencionales. Interesa mencionar el artículo 882° que se refiere a las cláusulas de inalienabilidad y el artículo 926°, que se complementa con el artículo 2019° inciso 5 del Código Civil, según el cual se consideran como actos inscribibles en los Registros Públicos las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

5. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

Los modos o formas que dan nacimiento al derecho de propiedad se suelen clasificar en originarios y derivados, a título universal y singular, y onerosos y gratuitos.

En los modos originarios la adquisición se produce como consecuencia de un acto exclusivo del adquirente o por un hecho natural. El anterior propietario, si lo hubiera, no tiene participación alguna en la adquisición. Tal es el caso, por ejemplo, de la apropiación, cuando se aprende un bien mueble que no pertenece a nadie, o de la accesión, cuando por obra de la naturaleza se adhiere un pedazo de tierra a otro bien. En los modos derivados hay transmisión. La adquisición resulta de un acto del transferente y otro

del adquirente. Esto ocurre, por ejemplo, en una compraventa. Hay un titular anterior, que es el vendedor, y hay un adquirente, el comprador, que deriva su derecho del vendedor. El vendedor transfiere al comprador su derecho de propiedad. Hay una doble voluntad de vender y comprar, y tratándose de bienes muebles, hay la tradición del bien.

Para la doctrina clásica, si la propiedad se adquiría de forma originaria, el bien se adquiría libre de cargas y gravámenes, y ello se debía a que había un nuevo derecho de propiedad. Esto no es tan cierto. La prescripción, por ejemplo, es un modo originario y sin embargo permanecen las cargas y gravámenes.

En el caso de los modos a título universal se transmite un patrimonio o parte alícuota de él. En cambio, en los modos de transmisión a título singular se transmite un bien determinado o conjunto de bienes. Esta clasificación tiene importancia en materia sucesoria.

Finalmente, en los modos onerosos hay contraprestaciones recíprocas, mientras que en los gratuitos nada se recibe a cambio. Ejemplo de los primeros es la compraventa, de los segundos la donación. En la compraventa se transmite un bien a cambio de un precio. En la donación se transmite un bien en forma gratuita.

Esta última clasificación tiene mucha importancia en los derechos reales. Un ejemplo, el artículo 2014º del Código Civil. Si se adquiere un bien de quien figura en Registros Públicos como propietario, se mantiene la adquisición si luego resulta que el bien no era del transferente, siempre que el adquirente tenga buena fe y la adquisición haya sido a título oneroso.

El Libro de los Derechos Reales regula cinco modos de adquisición del derecho de propiedad. Estos modos son la apropiación, la especificación y mezcla, la accesión, la transmisión y la prescripción.

La apropiación es un modo de adquisición mediante la aprensión o toma de posesión de un bien. El código regula cuatro casos de apropiación: las cosas muebles que no pertenecen a nadie (artículo 929º), los animales de casa y pesca (artículos 930º y 931º), los objetos perdidos (artículos 932º y 933º) y el tesoro (artículos 934º a 936º).

La especificación y mezcla están previstas en el artículo 937°. La especificación se produce cuando de la materia perteneciente a una persona, otra persona hace un objeto. Esto ocurre, por ejemplo, cuando de la uva añeja se hace vino. Se trata de la transformación de un bien en otro, mediante el trabajo del hombre. La mezcla, por su lado, es la especie que resulta de la unión de dos cosas de diferentes dueños, como cuando el diamante de una persona se engasta en el anillo de otra.

La accesión es un modo de adquisición mediante el cual se adquiere la propiedad de todo aquello que se adhiere materialmente al bien o lo que produce el bien. Existen dos casos de accesión: natural e industrial. La accesión natural o por obra de la naturaleza, se presenta en dos casos: aluvión y avulsión. Se entiende por aluvión las uniones de tierra y los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes (artículo 939° del Código Civil). Por avulsión, la porción considerable y reconocible en un campo ribereño es arrancada por la fuerza de un río y llevada a otro campo (artículo 940° del Código Civil). La accesión industrial o por obra del hombre ocurre en los casos de edificaciones en terreno ajeno. Los artículos 941° a 944° del Código Civil regulan cuatro supuestos: cuando el que edifica en terreno ajeno obra de buena o de mala fe y cuando el dueño del suelo sobre el que se edifica actúa de buena o de mala fe. El Código Civil también contempla el caso de edificación con materiales ajenos o siembra con plantas o semillas ajenas (artículo 946) y el supuesto de crías de un animal (artículo 946°).

La transmisión de la propiedad está regulada en los artículos 947° a 949° del Código Civil. Los artículos 947° y 948° se refieren a la transmisión de bienes muebles y el 949° a la transmisión de inmuebles. La prescripción, por último, está prevista en los artículos 950° a 953° del Código Civil. Se trata de un modo de adquisición del derecho de propiedad mediante la posesión de un bien durante un tiempo y con características determinadas.

La apropiación, especificación y mezcla, accesión y prescripción son modos originarios de adquisición de la propiedad. En estos casos

el derecho de propiedad nace como consecuencia de un hecho unilateral. La propiedad surge sin que una persona la derive o transmita a otra.

La transmisión es un modo derivativo de adquisición de la propiedad. Aquí no se crea un nuevo derecho, sino que se traslada uno ya existente. La adquisición derivativa supone el acuerdo de voluntades. Se trata de una adquisición convencional.

6. ADQUISICIÓN CONVENCIONAL DE LA PROPIEDAD

Existen dos grandes sistemas de adquisición convencional de la propiedad: el sistema de separación del contrato y el sistema de unidad del contrato.

En el sistema de separación del contrato, el acuerdo de transferencia genera solamente la obligación de transferir la propiedad, pero para que la propiedad efectivamente se transfiera se requiere de un nuevo acuerdo de transmisión entre las partes, denominado «contrato real». Este contrato real, que tiene naturaleza abstracta, va unido de la entrega o de la inscripción, según se trate de bienes muebles o de inmuebles.

En el sistema de unidad del contrato, el acuerdo de transferencia está contenido en el propio contrato de transferencia. No se requiere de un nuevo contrato real. Este sistema adopta dos modalidades: el sistema del «principio contractual puro» y el sistema de «yuxtaposición de los principios de unidad y de tradición», conocido como la teoría del título y el modo.

En el sistema del principio contractual puro, la transmisión de la propiedad se produce con la celebración del contrato. Por eso se dice que la transmisión se produce con el solo consenso. En el sistema del título y del modo se requiere, además del contrato, la tradición del bien. Se distingue así entre el título de adquisición y el modo de adquisición.

6.1. Transmisión de bienes muebles

El artículo 947º del Código Civil señala que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor,

salvo disposición legal diferente. Este artículo recoge la teoría del título y del modo para la adquisición convencional de la propiedad de las cosas muebles, es decir, de los bienes muebles corporales.

En materia de bienes muebles, el contrato de transferencia solo crea la obligación de transferir. Para que la transferencia se produzca es necesario que se verifique el modo, que consiste en la tradición. El consentimiento por sí solo —acuerdo de voluntades— es incapaz de producir la transferencia de propiedad de los bienes muebles. Lo que produce la transferencia es la tradición. El elemento esencial para la transferencia de propiedad es entonces la tradición.

El sistema de transmisión de bienes muebles distingue entre título de adquisición y modo para adquirir. El título es el acto jurídico por el que se establece la voluntad de enajenar. El modo es el acto por el que efectivamente se realiza la transferencia. El título contiene el acuerdo de transmisión. El modo consiste en la entrega del bien. El título —contrato— genera la obligación de transmitir, pero no transmite. Para que se verifique la transferencia es necesario cumplir con el modo —entrega—.

Título y modo son interdependientes. Hay entre ellos una relación de causa efecto, de forma tal que si el título es nulo, no hay transferencia, así se entregue el bien.

La tradición se justifica porque a través de ella se obtiene la posesión del bien, y por medio de la posesión se publicita la propiedad, lo que permite que el derecho sea oponible a todos. La propiedad se convierte así en un derecho exclusivo.

El artículo 947º del Código Civil supone que el enajenante sea el dueño del bien que vende, es decir, que cuente con el poder o facultad de disponer. Esto parece evidente porque en principio solo el propietario puede transferir el dominio. En otras palabras, nadie puede transferir un derecho que no tiene.

La parte final del artículo 947º del Código Civil, salvo disposición legal diferente, se refiere a ciertos bienes muebles respecto de los cuales alguna disposición legal establece que para su transferencia se requiere

algo distinto a la tradición, como puede ser la inscripción en los Registros Públicos.

¿Qué sucede si una persona transfiere un bien mueble que no le pertenece? El artículo 948° del Código Civil regula este supuesto, disponiendo que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Termina el artículo señalando que se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

El artículo 948° contempla un supuesto «anormal» de transferencia de propiedad, conocido como adquisición *a non domino* o el caso del «depositario infiel». El supuesto es el de una persona que recibe un bien, en préstamo por ejemplo, y antes que devolverlo a su propietario, lo vende a un tercero. Se comporta como un depositario infiel. Si el tercero tiene buena fe, adquiere como propietario y no se trata de un bien perdido ni adquirido con infracción de la ley penal, adquiere bien, es decir, se convierte en propietario.

El fundamento de la adquisición *a non domino* es la presunción de propiedad contenida en el artículo 912° del Código Civil. Como se ha visto, el poseedor es reputado propietario. La presunción es casi absoluta en materia de bienes muebles porque la prueba en contrario es muchas veces imposible. Por eso la presunción legitima al poseedor a transferir el bien y el tercero adquiere la propiedad.

A lo anterior hay que agregar que al legislador le interesa propiciar el tráfico de los bienes. En la venta de un bien mueble ajeno el legislador tiene dos opciones: protege al propietario original o al tercero adquirente. El legislador ha optado por este último, en atención a la seguridad del comercio.

La adquisición *a non domino* tiene dos excepciones: los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. Si una persona se encuentra un bien perdido o se roba uno, y luego lo transfiere, el tercero no adquiere el dominio así tenga buena fe. Esta excepción se justifica, en

el caso de los bienes adquiridos con infracción de la ley penal, porque no es deseable crear derechos sobre la base de delitos. De no existir esta excepción se incentivarían las infracciones penales. Además, y tanto para los bienes adquiridos con infracción de la ley penal como para los bienes perdidos, la lógica que se persigue es que el derecho desprotege al propietario original en la medida que hubiera entregado voluntariamente la posesión del bien a un tercero, el depositario infiel. Al entregar el bien a un tercero, la ley estima que el propietario asume el riesgo de que el bien circule en el mercado y sea transferido. Cuando le roban el bien al propietario o se le pierde, no se desprende voluntariamente de la posesión del bien, y por eso la ley no protege al tercer adquirente.

El artículo 948° del Código Civil debe concordarse con el artículo 1542° del mismo código. Esta última norma señala que los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor, quedando a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente. El sustento de esta norma está en asegurar el comercio de los bienes. A diferencia del artículo 948° del Código Civil, el artículo 1542° no exige la buena fe del adquirente y comprende los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

De otro lado, los artículos 947° y 948° se complementan con lo dispuesto en el artículo 1136° del Código Civil. Según este último artículo, si el bien que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. La norma termina señalando que si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso el título que conste en fecha cierta más antigua.

El artículo 1136° está ubicado en el Libro de Obligaciones del Código Civil y regula la concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar. Esta norma se refiere a obligaciones de dar, pero como la entrega transfiere propiedad en materia mobiliaria, podría ocurrir que una persona le venda el mismo bien mueble a dos personas. ¿A quién debe entregarle el bien para que se convierta en propietario?

El artículo 1136° se pone en dos supuestos. Que el bien haya sido entregado o que no haya sido entregado. Si el bien no ha sido entregado, es preferido para que se le entregue —y en consecuencia para que adquiera propiedad— al acreedor que tenga un título anterior. Esta solución parece razonable porque el primero que tiene el título de adquisición debe ser preferido para adquirir la propiedad, en aplicación del principio «primero en el tiempo primero en el derecho». La exigencia de la fecha cierta se justifica porque es un elemento para determinar fehacientemente cuál es el título anterior.

Si el bien hubiese sido entregado, el artículo 1136° exige que el acreedor (comprador) tenga buena fe. ¿En qué consiste la buena fe del comprador? No se trata del desconocimiento de que el enajenante no era dueño del bien, porque si no había entregado el bien seguía siendo propietario. La buena fe consiste entonces en el desconocimiento de que el vendedor había celebrado un contrato previo de compraventa, aunque no hubiera transferido propiedad.

6.2. Transmisión de bienes inmuebles

El artículo 949° del Código Civil señala que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Esto significa que el solo consenso transfiere la propiedad de los bienes inmuebles.

En el Perú el contrato no transmite propiedad. El contrato crea obligaciones. Como dice el artículo 1351° del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir

una relación jurídica patrimonial. El contrato queda perfeccionado cuando hay acuerdo entre las partes, es decir, cuando se forma el consentimiento. Sin embargo, en el caso de inmuebles la obligación creada por el contrato transmite, a su vez, propiedad.

En una compraventa, por ejemplo, el contrato genera la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al comprador, pero esa obligación al mismo tiempo transmite propiedad.

Para que se produzca la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles no es necesario suscribir documento alguno, tampoco se requiere entregar el bien al comprador o inscribir la transferencia en los Registros Públicos. Basta con el solo acuerdo de voluntades.

Hay una discusión acerca del sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles. Algunos sostienen que el artículo 949° del Código Civil recoge la teoría del título y del modo. Otros dicen que el contrato es lo que transfiere propiedad. Al margen de esas discusiones, en términos simples se puede decir que la propiedad se transmite al momento que se perfecciona el contrato.

La obligación tiene que ser de enajenar, como dice el artículo 949°. Y esto supone, como es evidente, que el vendedor cuente con el poder de disposición, que sea propietario, porque no se puede derivar un derecho que no se tiene.

El artículo 949° del Código Civil señala en su parte final que la obligación de enajenar hace propietario al acreedor, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. El «salvo disposición legal diferente» se refiere a aquellos casos en los que una norma señala que la transferencia de algún inmueble se produce de una manera distinta.

Por el contrario, el pacto alude al acuerdo por el que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él —compraventa con reserva de propiedad—.

Ahora bien, en el caso de los bienes muebles la tradición es esencial porque a través de ella se adquiere la posesión del bien, lo que hace que se publicite la propiedad y se tenga un derecho exclusivo. En la

transferencia de los bienes inmuebles no existe ningún elemento que publicite el derecho. La propiedad nace, si se quiere, en forma oculta. La consecuencia de ello es que la propiedad que se adquiere no es oponible a todos. Por eso el sistema de transferencia adoptado por el artículo 949° del Código Civil crea propiedades relativas.

El sistema de transferencia sobre la base del solo consentimiento no crea propiedades exclusivas en el Perú. Esta falta de exclusividad es corregida de alguna manera por la norma que consagra el concurso de acreedores (artículo 1135° del Código Civil) y por las normas registrales (artículos 2014° y 2022° del Código Civil)

El artículo 1135° del Código Civil dice que cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. En este último caso, se prefiere al título que conste de documento de fecha cierta más antigua. Esta norma, ubicada en el Libro de Obligaciones del Código Civil, se aplica a la transferencia de propiedad de bienes inmuebles, incluso si el bien ha sido entregado.

El supuesto es el de una persona que vende su inmueble dos veces. Con la primera venta transfirió la propiedad del bien. Por consiguiente, cuando vende por segunda vez ya no era propietario del bien. Sin embargo, si el segundo adquirente tiene buena fe e inscribe su adquisición, queda amparado y es el propietario del bien. La adquisición del segundo comprador se produce con la inscripción en los Registros Públicos.

En el caso de doble venta, el segundo adquirente que inscribe adquiere de quien no es propietario. En este sentido, el artículo 1135° equivale de alguna manera al artículo 948° del Código Civil, relativo a muebles. Ambas son adquisiciones *a non domino*.

La buena fe exigida por el artículo 1135° es distinta a la buena fe en caso de concurrencia en materia mobiliaria (artículo 1136°). En materia mobiliaria la buena fe supone desconocer que el vendedor se había obligado a transferir. En realidad, el vendedor era dueño, porque

no había entregado el bien al primer comprador. En cambio, la buena fe en materia inmobiliaria implica desconocer que el vendedor ya no era propietario, y no lo era porque con la primera venta dejó de serlo.

¿Por qué se prefiere al primero que inscribe? Muy simple: porque publicita su adquisición. Recuérdese que estamos en presencia de un derecho real, es decir, oponible a todos, y para que ello sea posible, todos deben reconocer o estar en condiciones de reconocer al propietario.

En defecto de inscripción se prefiere al título más antiguo —primero en el tiempo, primero en el derecho—, para lo cual se recurre a la certeza del título que conste de documento de fecha cierta.

Por su lado, el artículo 2014° del Código Civil establece que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancela o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que los sustentan. El artículo continúa señalando que la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

La función principal de un registro es la de dar a conocer relaciones jurídicas sobre bienes. El registro —inmobiliario— informa a terceros quiénes son los propietarios de los inmuebles y los actos jurídicos que crean, declaran, transmiten, extinguen, modifican o limitan derechos sobre tales inmuebles. Si no existiera el registro, los compradores de inmuebles no tendrían cómo saber si los vendedores son efectivamente los propietarios. Tampoco podrían saber si los inmuebles están hipotecados o embargados. Esto ocasionaría una disminución de las transferencias de inmuebles. Por su lado, los acreedores difícilmente otorgarían créditos con garantía de inmuebles, lo cual generaría un recorte en el crédito. La publicidad registral se convierte entonces en una seguridad jurídica y económica.

En doctrina, la publicidad —sustantiva— registral abarca dos aspectos: la convalidación registral y la fe pública. La primera se refiere al título —documento—. Por el solo hecho de ingresar un título al registro queda legitimado. Cualquier defecto que pudiera haber tenido es subsanado por efecto de la publicidad. Si el título era nulo, queda convalidado con la inscripción. La fe pública, en cambio, alude a los terceros. El que adquiere de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el registro como propietario, e inscribe su derecho, queda protegido, mantiene su adquisición.

En el Perú no hay convalidación registral. El artículo 2013° del Código Civil señala expresamente que la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables. Sin embargo, la fe pública registral sí está prevista en el artículo 2014° del Código Civil.

El artículo 2014° del Código Civil consagra el denominado Principio de Fe Pública Registral. La protección que confiere esta norma exige cuatro requisitos: que el tercero tenga buena fe, es decir, que desconozca la inexactitud de la información que publica el registro, que la adquisición sea a título oneroso, que el tercero inscriba su derecho y que se anule, rescinda, cancele o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que los sustentan en los Registros Públicos.

Con respecto al artículo 2022° del Código Civil, la norma regula la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles. El primer párrafo se refiere a la oponibilidad entre derechos reales y el segundo a la oponibilidad entre derechos de diferente naturaleza. Sobre este segundo párrafo se ha pronunciado la Corte Suprema, en el VII Pleno Casatorio Civil.

Conforme al primer párrafo del artículo 2022°, «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone [...]». El supuesto de la norma es el de dos o más derechos reales compatibles que acceden, o pueden acceder, al registro. Se trata de derechos compatibles, porque ambos son susceptibles

de inscribirse. Conforme al «principio de prioridad excluyente» consagrado en el artículo X del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, así sea de fecha anterior.

A pesar que el artículo 2022° supone dos derechos reales que se inscriben, nada impide que solo uno de ellos se inscriba. En ambos casos la solución es la misma: prevalece el derecho que se inscribe primero o simplemente el que se inscribe.

Un ejemplo: el propietario constituye un usufructo a favor de una persona y luego vende el inmueble a otra persona. Los dos derechos —usufructo y propiedad— se inscriben. ¿Cuál prevalece? La respuesta es el que se inscribe primero, el usufructo, independientemente de su fecha de nacimiento. Que «prevalezca» el usufructo significa que el propietario tendrá que respetar el usufructo. Lo mismo sucede cuando se hipoteca un bien y luego se vende. El adquirente tendrá que soportar la hipoteca.

El primer párrafo del artículo 2022° no se aplica a derechos reales incompatibles entre sí. Cuando una persona vende el mismo inmueble a dos personas, solo uno es propietario y solo uno puede inscribir su adquisición. La solución en este «concurso de acreedores» no la da el primer párrafo del artículo 2022°, sino el 1135° del Código Civil.

Por su lado, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2022° «[...] Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común». El supuesto de la norma es el de dos derechos de diferente naturaleza que se oponen. Por ejemplo, un acreedor embarga un inmueble registrado a nombre de su deudor a pesar que el bien no es de propiedad del deudor. Esto puede ocurrir porque el comprador no ha inscrito su derecho. Hay dos derechos en conflicto. Por un lado, el propietario que no tiene inscrito su derecho —o que lo inscribió con posterioridad al embargo—, y que pretende que se levante el embargo. Por otro, el acreedor que tiene anotado el embargo y pretende rematar el bien y cobrarse con el producto de su venta.

El conflicto se presenta cuando primero se produce la transferencia de propiedad y luego se embarga el inmueble inscrito a nombre del deudor. No habría conflicto si se embarga el bien siendo de propiedad del deudor y luego este lo transfiere. En este caso, el adquirente, así inscriba su adquisición, tendrá que soportar el embargo. El tema ha sido muy debatido en la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, el VII Pleno Casatorio ha zanjado la discusión.

La solución del conflicto está en determinar qué son «disposiciones del derecho común». Para la Corte Suprema, las disposiciones del derecho común no son las normas de derecho registral, como el artículo 2016° del Código Civil, que establece que la preferencia de los derechos que otorga el registro se establece en función a la prioridad en el tiempo de la inscripción. Ello es así porque el derecho registral es una rama especializada del derecho, y por tanto ajena o diferente del derecho común. Las disposiciones del derecho común tampoco son el principio según el cual el derecho real prevalece sobre el personal.

Las disposiciones de derecho común serían el artículo 949° del Código Civil, que establece que la propiedad se transfiere consensualmente, y el inciso 1° del artículo 1219° del Código Civil, que autoriza al acreedor a tomar medidas contra el patrimonio del deudor. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema concluye que prevalece la propiedad no inscrita sobre el embargo.

En realidad, las disposiciones del derecho común que solucionan el conflicto no son el artículo 949° del Código Civil ni el inciso 1° del artículo 1219° del mismo código. Ninguna de estas normas dice que la propiedad prevalezca sobre el embargo, cuando el acreedor traba la medida cautelar sobre un inmueble que aparece en el registro a nombre de su deudor, pero que en realidad no lo era porque este último lo había transferido previamente. Las disposiciones del derecho común tienen que ser una norma o conjunto de normas que regulen el conflicto, y no el artículo 949° del Código Civil ni el inciso 1° del artículo 1219° del Código Civil.

Las normas que regulan el conflicto son las disposiciones de la tercería de propiedad establecidas en los artículos 533° al 539° del Código Procesal Civil. Esas normas son las «disposición del derecho común» que dan solución al conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo.

La tercería de propiedad es un proceso que tiene por objeto que se levante el embargo trabado sobre un bien que no es de propiedad del deudor. Solo los bienes del deudor respaldan el cumplimiento de sus obligaciones y, por tanto, el acreedor solo puede embargar esos bienes. Puede ocurrir, sin embargo, que el acreedor embargue bienes que no son de propiedad del deudor. Ello sucede, por ejemplo, cuando se embarga un bien que figura inscrito en Registros Públicos a nombre del deudor, pero que en realidad es de propiedad de un tercero. En estos casos, el tercero puede pedir —mediante una tercería— que se levante el embargo.

El supuesto de la tercería de propiedad es justamente que se embargue un bien que no es de propiedad del deudor y que el propietario no tenga inscrito su derecho. Si el bien fuera de propiedad del deudor, no cabría tercería alguna. Tampoco procedería la tercería si el bien está previamente inscrito a nombre del propietario, porque el acreedor no podría trabar el embargo, ya que se trataría de un predio inscrito a nombre de persona diferente de su deudor. La existencia misma de la tercería supone entonces que la propiedad no esté inscrita.

7. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

7.1. Notión

La prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquisición del derecho de propiedad, mediante la posesión de un bien durante un tiempo, de manera continua, pacífica, pública y como propietario. Además de la propiedad, el Código Civil también prevé la adquisición del derecho de servidumbre mediante la prescripción (artículo 1040°).

El Código Civil distingue dos clases de prescripción adquisitiva de dominio: la ordinaria y la extraordinaria. La diferencia entre una y otra

radica en los requisitos de la posesión. La prescripción ordinaria exige requisitos más exigentes que la prescripción extraordinaria —justo título y buena fe para los inmuebles y buena fe para los muebles— y por eso el plazo de duración de la posesión es más corto; cinco años para los inmuebles y dos años para los muebles.

La prescripción es un modo originario y gratuito de adquisición de la propiedad. El derecho del adquirente no tiene como base el derecho del titular anterior. No hay transmisión. Precisamente porque el derecho del adquirente no depende de uno anterior, se requiere la posesión y el transcurso del tiempo. Por otro lado, el que adquiere por prescripción no tiene que pagar suma alguna por el derecho adquirido.

La prescripción es una consecuencia de la protección de la posesión. Normalmente la propiedad vence a la posesión. Pero cuando el propietario no ejercita su derecho, y en cambio un no propietario posee un bien durante un tiempo determinado, la posesión derrota a la propiedad. De alguna manera, la prescripción representa el triunfo del hecho sobre el derecho.

En la prescripción adquisitiva el interés protegido no es solamente individual, sino social, pues la prescripción actúa en el ámbito de la seguridad. Esto se aprecia fácilmente por la función que cumple la prescripción adquisitiva. Si bien mediante ella el poseedor ilegítimo se convierte en propietario, a través de la prescripción se prueba o acredita la propiedad. Su verdadera naturaleza jurídica es esta última —medio de prueba— porque así se la utiliza en prácticamente todos los casos. Muy excepcionalmente la prescripción convierte al poseedor en propietario. Lo usual y frecuente es que ella sirva para que el propietario pruebe o acredite su derecho de propiedad. Si no hubiese la prescripción adquisitiva, la prueba del derecho de propiedad de los inmuebles sería imposible. Estaríamos frente a la famosa «prueba diabólica» de la cual hablaban los romanos. Supongamos que se exige a un propietario que pruebe que en realidad lo es. Exhibirá su título de adquisición, pero eso no sería suficiente porque habría que demostrar que su enajenante era propietario, y así

sucesivamente. La investigación retrospectiva no se detendría jamás si no existiese la prescripción. Habiendo esta, no tiene objeto examinar lo ocurrido cuando el plazo ya ha transcurrido. La prescripción sirve así para probar el derecho de propiedad.

7.2. Requisitos: posesión continua, pública, pacífica y como propietario

Para efectos de la prescripción, la posesión debe ser continua, pacífica, pública y como propietario (artículos 950° y 951° del Código Civil).

Posesión continua es aquella que no tiene interrupciones. Se debe poseer durante todo el plazo de la prescripción. La prescripción se interrumpe cuando se pierde la posesión o se es privado de ella. La prueba de la posesión durante todo el plazo de prescripción es casi imposible. Por eso existe la presunción de continuidad (artículo 915° del Código Civil) en virtud de la cual si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio.

Posesión pacífica es la exenta de violencia. La violencia puede ser física o moral y debe estar ausente durante todo el plazo de la posesión. Si el inicio de la posesión es violento, pero luego la posesión se torna en pacífica, la prescripción comienza a computarse desde que desaparece el vicio de la posesión. Los casos autorizados por el derecho para defender la posesión con violencia (artículo 920° del Código Civil), no hacen que la posesión deje de ser pacífica, para efectos de la prescripción. La interposición de una demanda contra el poseedor tampoco hace que su posesión deje de ser pacífica. Posesión pacífica es un tema diferente a la interrupción de la posesión. Cuando se cuestiona judicialmente la posesión del poseedor, se interrumpe su posesión (artículo 1996°, inciso 3, del Código Civil), pero ello no implica que deje de ser pacífica.

Posesión pública es aquella que se ejerce como lo haría el propietario. Posesión pública no es necesariamente lo contrario de posesión clandestina. La clandestinidad supone una posesión no pública, pero una posesión no pública no es necesariamente clandestina. Lo clandestino es un

comportamiento destinado a esconder. La posesión clandestina es sin duda una posesión no pública. Es el caso del ladrón que se roba un cuadro y lo esconde durante todo el plazo de la prescripción. Pero puede haber comportamientos posesorios no públicos fuera de la vista del público, sin que sean clandestinos, como el uso poco público que se hace de las joyas por temor a un robo. Hablar de posesión pública es contradictorio, porque la publicidad es inherente a la posesión. No hay posesión pública y posesión no pública, porque toda posesión, por definición, es pública. Lo que debe entenderse por posesión pública para efectos de la prescripción, en consecuencia, es que el poseedor se comporte respecto del bien como lo haría usualmente el propietario.

Posesión como propietario, finalmente, es la que se ejerce con *animus domini*. Este es el elemento subjetivo de la doctrina posesoria de Savigny. El *animus domini* es una actitud, un comportamiento, no es una creencia. El usurpador de una casa sabe que no es propietario, pero se comporta como si lo fuera. En cambio, un arrendatario no se comporta como propietario porque reconoce la propiedad de aquel a quien le paga la renta. El usurpador tiene *animus domini*, el arrendatario no. El usurpador puede adquirir por prescripción la propiedad del bien que ocupa, el arrendatario no.

Todo bien mueble o inmueble puede ser adquirido por prescripción. Sin embargo, los bienes que no pueden ser objeto de propiedad privada no son adquiribles por prescripción. Es el caso de los bienes de dominio público, como las calles y plazas. Hay disposición constitucional expresa que dice que los bienes de dominio público son imprescriptibles (artículo 73° de la Constitución).

De otro lado, en el año 2010 se dictó la Ley N° 29618 por la que se declara la imprescriptibilidad de los bienes inmuebles de dominio privado del Estado.

7.3. Prescripción corta: el justo título y la buena fe

El plazo para adquirir por prescripción depende de la naturaleza del bien. Si se trata de inmuebles, el plazo es de diez años —prescripción extraordinaria—, salvo que medien justo título y buena fe, en cuyo caso el plazo se reduce a cinco años —prescripción ordinaria—. Si el bien es mueble, el plazo es de cuatro años —prescripción extraordinaria— y de dos si hay buena fe —prescripción ordinaria—.

Con respecto a la prescripción ordinaria de inmuebles, el llamado «justo título» es el acto jurídico válido cuya finalidad es transmitir la propiedad, pero que no lo hace por carecer el enajenante del derecho de propiedad. El título es ineficaz en cuanto a la adquisición de la propiedad, pero el adquirente entra a poseer amparado en el título. Así, por ejemplo, cuando un usurpador transfiere el inmueble a un tercero, el acto jurídico en sí mismo es válido, siempre que reúna los requisitos del artículo 140° del Código Civil, pero no es idóneo para transferir propiedad, porque el usurpador no cuenta con el poder de disposición, no pudiendo derivar un derecho que no tiene. El adquirente del usurpador, sin embargo, tiene justo título.

Por su lado, la buena fe es la creencia que tiene el adquirente de haber adquirido de quien era el propietario. La buena fe supone un error por parte del adquirente, y se presume, conforme a lo establecido en el artículo 914° del Código Civil.

Para que un poseedor se ampare en la prescripción ordinaria, el justo título y la buena fe deben coexistir durante cinco años. Así, en el caso del usurpador que transfiere el bien al cuarto año, el adquirente necesita cinco años más de posesión para adquirir por prescripción, siempre que medien justo título y buena fe. No podría adquirir al año de la transferencia, porque aunque jurídicamente posea por cinco años, pues suma los cuatro años del usurpador, amparado en el artículo 898° del Código Civil, solo tiene un año con justo título y buena fe.

Se pueden adquirir por prescripción bienes registrados y bienes no registrados. En el caso de los bienes registrados, difícilmente el poseedor podrá recurrir a la prescripción ordinaria, la corta, porque tratándose de bienes inscritos, la presunción de buena fe prevista en el artículo 914° no favorece al poseedor. El poseedor tendría que probar su buena fe, lo cual es sumamente difícil.

Con respecto a los bienes muebles, la propiedad de dichos bienes se adquiere con la entrega (artículo 947° del Código Civil), incluso si el vendedor no es propietario del bien (artículo 948° del Código Civil), siempre que no se trate de un bien perdido ni adquirido con infracción de la ley penal. Entonces, ¿qué bienes muebles se adquieren por prescripción?

Los bienes muebles que se adquieren por prescripción son los que están fuera del supuesto de adquisición *a non domino* previsto en el artículo 948° del Código Civil. Es decir, si una persona compra un bien robado, o se encuentra un bien, o sabe que el bien no es del enajenante, no adquiere la propiedad. En estos casos, sin embargo, puede recurrir a la prescripción adquisitiva de dominio.

El único requisito de la prescripción ordinaria de muebles es que el adquirente tenga buena fe. No se exige justo título, como en los inmuebles, porque la posesión hace las veces de justo título.

7.4. Efecto de la prescripción

El efecto de la prescripción es la adquisición de la propiedad. Los bienes se adquieren por prescripción cuando transcurre el plazo exigido por el artículo 950° (para inmuebles) y el artículo 951° (para muebles) del Código Civil.

Para adquirir la propiedad de un bien por prescripción adquisitiva no es necesario acudir al Poder Judicial ni a los notarios. Se recurre al proceso para que el juez declare la prescripción y el poseedor, convertido en propietario por el transcurso del tiempo, cuente con un título que acredite su derecho. El título de propiedad, entendido título como el instrumento donde consta el derecho, es la sentencia final. La resolución judicial es

declarativa: el juez no hace al poseedor propietario, sino que declara que el poseedor se ha vuelto propietario al cabo de un tiempo. Esta es la razón por la que el juez no es el único facultado para declarar la prescripción.

En este sentido, el artículo 952º del Código Civil dispone que quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario. Y agrega: la sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el registro respectivo y para cancelar el asiento a favor del antiguo dueño.

7.5. Interrupción y suspensión

La prescripción adquisitiva supone la posesión del bien durante todo el plazo exigido por la ley y, por otro lado, la inacción del propietario en reclamar su bien durante el mismo plazo. Si el poseedor deja de ser poseedor del bien o si el propietario reclama, la prescripción queda interrumpida. Cuando la prescripción se interrumpe porque cesa la posesión, estamos en presencia de la interrupción natural; cuando la interrupción se produce por el reclamo del propietario, en la interrupción civil. Producida la interrupción, todo el tiempo transcurrido queda inutilizado. La interrupción corta o elimina el plazo de prescripción ya ganado.

Por otra parte, la suspensión implica que el plazo prescriptorio se detiene por una causa establecida en la ley. Desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente (artículo 1995º del Código Civil). La suspensión, a diferencia de la interrupción, no anula el plazo prescriptorio que hubiera transcurrido.

El Código Civil solo regula la interrupción natural de la prescripción adquisitiva (artículo 953º). Sin embargo, en los artículos 1989º y siguientes del Código Civil, correspondientes a la prescripción extintiva, se contemplan la interrupción civil y la suspensión de la prescripción extintiva, normas que se aplican por analogía a la prescripción adquisitiva.

Con respecto a la interrupción natural, conforme al artículo 953° del Código Civil se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella. Pero cesa el efecto de la interrupción si el poseedor recupera la posesión antes de un año o si por sentencia se le restituye.

De conformidad con el artículo 1996° del Código Civil, la prescripción se interrumpe por reconocimiento de la obligación, por intimación para constituir en mora al deudor, por citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, incluso cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente, y por oponer judicialmente la compensación. El artículo 1997°, por su lado, señala que la interrupción queda sin efecto cuando se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996°, el actor desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor, o cuando el demandado desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto la compensación, o cuando el proceso fenece por abandono.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1994° del Código Civil, se suspende la prescripción en los siguientes casos: cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales; entre los cónyuges y los convivientes, durante la vigencia de la sociedad de gananciales y la unión de hecho, respectivamente; entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela; entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela; durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes; entre las personas jurídicas y sus administrados, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo; y, mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

8. PREGUNTAS

1. ¿Puede convenirse que una persona no venda sus bienes?, ¿por qué?
2. ¿Por qué la acción reivindicatoria es imprescriptible?
3. ¿Por qué causas se puede expropiar en el Perú?
4. ¿Cuáles son los requisitos de la adquisición *a non domino* de las cosas muebles?
5. ¿Cómo opera el sistema de transferencia de propiedad de los bienes inmuebles?
6. ¿En qué consiste el Principio de Fe Pública Registral?
7. ¿Cuáles son los requisitos de la prescripción ordinaria de inmuebles?
8. ¿En qué consisten la interrupción natural y civil de la prescripción?

CAPÍTULO 5 COPROPIEDAD

1. NOCIÓN

La propiedad es un derecho exclusivo por lo que no es posible que existan dos propietarios de un mismo bien. Puede ocurrir, sin embargo, que dos o más personas ostenten en conjunto la calidad de propietario. Cuando ello ocurre, estamos frente a la copropiedad.

En la copropiedad un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas, ninguna de las cuales ejerce la propiedad sobre una parte material del bien, sino que cada una tiene un derecho proporcional, una cuota, sobre el todo. Cada copropietario tiene derechos individuales sobre su cuota, puede disponer de ella, pero para enajenar, gravar o arrendar el bien común se requiere que todos los copropietarios estén de acuerdo. Hay, si se quiere, concurrencia de derechos sobre el bien. Cada copropietario tiene un derecho pleno, pero limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia del derecho de los demás copropietarios. La cuota ideal es la proporción o medida de esa concurrencia de derechos.

La copropiedad es un tipo de comunidad. Comunidad y copropiedad se encuentran en relación de género y especie. Hay comunidad cuando un bien pertenece a dos o más personas. Ejemplos de comunidad son los bienes sociales en el matrimonio o los bienes de un edificio destinados al

uso y disfrute de todos los dueños de los departamentos. Hay copropiedad cuando el bien pertenezca por cuotas ideales a dos o más personas.

Históricamente la comunidad de bienes se ha organizado de dos maneras: la comunidad romana o por cuotas y la comunidad germánica o en mano común. La comunidad romana parte de una concepción individualista del mundo en la que el individuo es el centro. Se reconoce el derecho exclusivo del individuo a través de la cuota. La comunidad es transitoria porque es vista como algo desventajoso o ineficiente y de allí que siempre se pueda terminar con ella a través de la partición. La comunidad germánica, por su lado, parte de una concepción colectivista del mundo, predominando el derecho del grupo. No se reconoce el derecho exclusivo del individuo, manifestado a través de cuotas. La comunidad es vista como una situación permanente, y hasta beneficiosa, por lo que no se reconoce el derecho individual a terminar con ella.

En el Perú no está regulada la comunidad germánica. Sin embargo, la comunidad de bienes que existe en el matrimonio se asimila a la comunidad en mano común. La sociedad de gananciales es consecuencia del matrimonio, el cual es visto como algo estable. Respecto de los bienes sociales, los cónyuges no tienen derechos individuales, expresados a través de medidas de valor o cuotas, sino que tienen un derecho común. De lo anterior deriva que ninguno de los cónyuges pueda disponer de su derecho sobre los bienes sociales. Es cierto que el matrimonio puede terminar y con ello culminaría también el régimen de sociedad de gananciales, pero ello es entendido como un recurso final y excepcional.

La copropiedad es distinta a la comunidad que existe en los bienes comunes de edificaciones sujetas al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. En el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, previsto en la Ley N° 27157, coexisten bienes de dominio exclusivo y bienes de dominio común. En un edificio, por ejemplo, los departamentos son bienes exclusivos y las escaleras bienes comunes. Sobre los bienes de dominio común (escaleras) existe una comunidad cuyos titulares son los dueños de los bienes de dominio exclusivo (departamentos).

En este caso, y a diferencia de la copropiedad, la comunidad sobre los bienes comunes es forzosa. Ello se debe a que los bienes de dominio común están destinados al uso y disfrute de todos los dueños de las secciones exclusivas, o son imprescindibles para la existencia de la edificación. Los dueños de los departamentos no tienen una cuota sobre las escaleras del edificio que puedan vender independientemente del departamento.

La copropiedad también es distinta a la propiedad por tiempo compartido, conocida como multipropiedad. Se trata de una modalidad de la propiedad en la que se comparte el tiempo. Varias personas son propietarias de un mismo bien, pero en distintos momentos y en forma rotativa. Imaginemos el caso de una casa que pertenece a doce personas, que acuerdan que cada uno será «propietario» y estará facultado para usar, disfrutar, disponer o gravar su derecho pero solo durante un mes al año. Es como si cada uno fuera propietario de un bien durante un mes de cada año, y así cada año. Ello no ocurre en la copropiedad, en la que uno es propietario del bien en todo momento, aunque el uso pueda corresponder a otro copropietario.

La propiedad por tiempo compartido ha sido regulada en el Perú para establecimientos turísticos y como una modalidad de la copropiedad. Según el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 706, se consideran establecimientos turísticos de tiempo compartido aquellos en los cuales sus titulares gozan de un derecho de copropiedad afectado al disfrute periódico y exclusivo hasta por el plazo de treinta años renovables. Durante el plazo contractual, los titulares pueden donar, transferir, legar y en general realizar cualquier acto previsto en el Código Civil. A esta institución se le aplican las disposiciones del Código Civil sobre copropiedad, salvo las relativas a la partición.

El Código Civil regula dos clases de copropiedad: sin indivisión forzosa y con indivisión forzosa. En la primera, que es la comunidad romana propiamente dicha, los copropietarios pueden terminar con la copropiedad en cualquier momento. En la segunda este derecho no existe. Este es el caso de la medianería.

El Código Civil se refiere principalmente a la copropiedad sin indivisión forzosa en los artículos 969° a 993°. También se refiere a la copropiedad con indivisión forzosa —la medianería— en los artículos 994° a 997°.

2. DERECHOS DE LOS COPROPIETARIOS

El Código Civil regula los derechos de uso del bien común (artículos 974° y 975°), de disfrute (artículo 976°), de disposición de la cuota ideal (artículo 977°), a reivindicar y defender el bien común (artículo 979°), de preferencia (artículo 989°) y de retracto (artículo 1599°, inciso 2).

El artículo 974° establece que cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no se altere su destino ni se perjudique el interés de los demás. El derecho a usar el bien corresponde a todos los copropietarios. En caso de desavenencia, el juez regula el uso, para lo cual se observan las reglas procesales sobre administración judicial de bienes.

El derecho de uso está subordinando a dos condiciones: que no se altere el destino del bien y que no se perjudique el interés de los demás copropietarios. El destino del bien depende, en primer lugar, de la voluntad de las partes. A falta de acuerdo, el destino es determinado por la naturaleza del bien o por el uso que se le haya estado dando. Con respecto al interés de los copropietarios, como quiera que el derecho de uso corresponde a todos los copropietarios, debe ser ejercido de forma tal que no se perjudique el derecho que tienen todos los copropietarios.

Por su parte, el artículo 975° señala que el copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarlos en las proporciones que les corresponda. En tal sentido, un copropietario que usa solo el bien, excluyendo a los demás, debe indemnizarlos. Uso exclusivo se presenta, por ejemplo, cuando el copropietario que se sirve del bien no deja que los demás lo usen. Se causa un daño a los copropietarios que no usan el bien por lo que debe indemnizarlos. El problema se presenta

cuando el copropietario que usa el bien permite que los demás lo usen pero estos no lo hacen por no tener interés o necesidad. El uso es igualmente exclusivo, aunque sin exclusión. ¿Debe haber indemnización en estos casos?

Existen dos posiciones al respecto. Por un lado, los que argumentan que el uso exclusivo, aunque no sea excluyente, perjudica el interés de los demás copropietarios, porque estos no podrían arrendar el bien y obtener un beneficio a través de la renta —ya que para arrendar el bien común se requiere acuerdo unánime, y es evidente que el ocupante del bien no prestará su consentimiento por estar ocupando el bien—. Por otro lado, los que sostienen que no debería haber indemnización porque los copropietarios que no usan el bien tienen el derecho de hacerlo. ¿Cómo puede haber indemnización si no se ejerce voluntariamente un derecho?

El derecho a los provechos, al igual que el de uso, está referido al bien, no a la cuota. Si el bien produce frutos, ellos corresponden proporcionalmente a todos los copropietarios. Es indiferente quién hace producir los frutos, pues el derecho de disfrutar corresponde a todos los copropietarios.

Un tema distinto es el de los gastos. Si para producir frutos un copropietario hace gastos, estos tienen que ser reembolsados proporcionalmente. Pero los frutos corresponden a todos los copropietarios, también proporcionalmente, así se hayan producido gracias al esfuerzo de un copropietario.

Con respecto al derecho de disposición de la cuota ideal y de los frutos, cada copropietario puede disponer de su cuota como le parezca. Puede venderla, darla en usufructo o gravarla, sin limitación alguna y sin necesidad de consentimiento de los demás copropietarios. Un copropietario que desee vender su cuota no está obligado a ofrecérsela previamente a sus copropietarios, pues los demás copropietarios no tienen derecho de preferencia para adquirir la cuota. El copropietario también tiene derecho a disponer de los frutos de su cuota.

Por otro lado, conforme al artículo 979º del Código Civil, cualquier copropietario puede reivindicar el bien común. Asimismo, puede

promover acciones posesorias, interdictos, acciones de desalojo y las demás que determine la ley.

Una mención especial merece el derecho de tanteo o preferencia y el retracto. La copropiedad termina mediante la división (cuando ello es posible) y partición del bien, o cuando un copropietario le compra sus cuotas a los demás copropietarios o cuando el bien es vendido a un tercero. Puede ocurrir, sin embargo, que el bien no sea divisible y que no haya acuerdo entre los copropietarios en la adjudicación del bien o en la venta a un tercero. En tal eventualidad, cualquier copropietario puede demandar a los demás copropietarios para que se parta el bien. Se trata de un juicio de partición. Durante el proceso los copropietarios pueden ponerse de acuerdo en la adjudicación del bien. Si no lo hacen, el juez ordena el remate del bien, para que el producto del mismo sea distribuido entre los copropietarios.

Para evitar el remate del bien, cualquier copropietario tiene el derecho de preferencia, también llamado tanteo, en virtud del cual puede adquirir todo el bien pagando en dinero la parte que corresponda a los demás copropietarios.

Si dos o más copropietarios hacen uso de su derecho de preferencia, el juez convoca a una suerte de remate privado entre ellos y adjudica el bien al que haga la mejor oferta. Si hay empate se adjudica por suerte.

El derecho de preferencia o tanteo es sobre el bien y no sobre la cuota, se ejerce antes de la venta del bien y procede únicamente antes del remate público a que se refiere el artículo 989º.

Otra forma de consolidar la propiedad de un bien sujeto a copropiedad se presenta cuando uno de los copropietarios desea vender su cuota a un tercero. En la copropiedad cualquiera de los copropietarios puede vender su cuota sin necesidad de contar con la autorización de los demás. Sin embargo, luego de vendida la cuota, los demás copropietarios tienen lo que se llama «derecho de retracto». El que hace uso de este derecho, a quien se denomina retrayente, se sustituye en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Este derecho —que

supone una preferencia del copropietario para adquirir la cuota, aunque el Código Civil no la regule— se ejerce pagando al comprador el precio que este a su vez pagó al que le vendió la cuota.

El derecho de retracto se hace valer mediante un proceso judicial en el que el demandante es el copropietario-retrayente y los demandados el copropietario-vendedor y el comprador. Debe interponerse dentro del plazo de treinta días de conocida la transferencia. El proceso está regulado en los artículos 495º a 503º del Código Procesal Civil.

El derecho de retracto está contemplado en los artículos 1592º y siguientes del Código Civil. Según el artículo 1592º, el derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. El contrato de compraventa que da origen al retracto queda intacto. El retracto no anula, rescinde ni resuelve el contrato que lo origina. El retrayente simplemente subroga al comprador.

El retracto es un derecho que nace de la ley y no del contrato. La ley establece quiénes tienen derecho de retracto. No puede pactarse, por tanto, que determinada persona tenga derecho de retracto, si este no está contemplado en la ley.

El derecho de retracto es irrenunciable (artículo 1595º) y también procede en la dación en pago (artículo 1593º). A diferencia del derecho de preferencia, el retracto es sobre la cuota y se ejercita luego de su venta. No procede en las ventas hechas por remate público (artículo 1592º).

3. OBLIGACIONES DE LOS COPROPIETARIOS

El Código Civil regula la obligación de no practicar actos que importen el ejercicio de propiedad exclusiva (artículo 978º), de responder por las mejoras (artículo 981º), de concurrir a los gastos de conservación y al pago de tributos, cargas y gravámenes que afecten al bien (artículo 981º), de saneamiento en caso de evicción (artículo 982º) y de hacer partición (artículo 984º).

Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien un acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto será eficaz desde el momento en que se adjudica el bien a la parte a quien practicó el acto.

A modo de ejemplo, si un copropietario vende la casa, no se producirá la transferencia al comprador, sino cuando se adjudique la casa al vendedor, lo cual supone que haga una partición con su copropietario o le compre su parte en el inmueble.

Cuando un copropietario practica sobre todo o parte del bien un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva, el acto no produce efecto. En una compraventa, por ejemplo, el vendedor no transfiere propiedad al comprador. Ello es así porque en principio nadie puede transferir un derecho que no tiene y el copropietario no es el dueño de lo que vende, sino de una cuota. La compraventa, sin embargo, es válida, ya que contiene los elementos esenciales del acto jurídico: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y fin lícito. Lo que ocurre es que la eficacia del acto queda supeditada a que se adjudique el bien a quien lo vendió. Una vez que adquiera el bien, el acto producirá efecto, transfiriéndose la propiedad.

El artículo 978º del Código Civil tiene una redacción equivocada. En realidad el acto no es «válido» desde que se adjudica el bien a quien practicó el acto, sino que es eficaz desde que se adjudica el bien.

Con respecto a la obligación de responder por las mejoras, las necesarias y útiles pertenecen a todos los copropietarios, con la obligación de responder proporcionalmente por los gastos.

Como se mencionó anteriormente, las mejoras son modificaciones que realiza un poseedor en un bien, que hacen que aumente su valor. Pueden ser necesarias, útiles o de recreo. Son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien. Son útiles las que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien. Y son de recreo cuando, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

El supuesto del artículo 980º es el de un copropietario que hace mejoras en el bien. Todas las mejoras se incorporan al bien, salvo aquellas

que pueden ser retiradas sin causarle daños. Si son necesarias o útiles, todos los copropietarios deben responder proporcionalmente por los gastos que demandaron su ejecución. La razón es muy simple: todos los copropietarios se benefician con las mejoras. En el caso de las mejoras de recreo, si bien todos los copropietarios se benefician con ellas —si no pueden ser separadas del bien—, nadie obligó al copropietario a que las hiciera. Las hizo por simple ornato, lucimiento o comodidad.

Por otro lado, todos los copropietarios están obligados a concurrir, en proporción a su parte, a los gastos de conservación y al pago de los tributos, cargas y gravámenes que afectan al bien común.

Con respecto al saneamiento en caso de evicción, los copropietarios están recíprocamente obligados en proporción a la parte de cada uno.

Finalmente, los copropietarios están obligados a hacer partición cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera de ellos lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición. La partición es una obligación y un derecho para todos los copropietarios. Sobre este tema volveremos más adelante.

4. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES

Como se ha visto anteriormente, los copropietarios tienen el derecho a usar y percibir frutos del bien común. Puede ocurrir que el uso y disfrute no sea posible, ya sea porque la naturaleza del bien no lo permite o porque simplemente no hay acuerdo entre los copropietarios. En tales casos, ¿cómo se administra el bien?

Hay tres clases o tipos de administración: la convencional, la judicial y la de facto. La administración convencional supone un acuerdo entre los copropietarios sobre la administración del bien. Los copropietarios se ponen de acuerdo acerca de la persona que se encargará de la administración y sobre sus facultades.

La administración judicial se rige por los artículos 769º y siguientes del Código Procesal Civil. Cualquier copropietario puede solicitar

la administración judicial del bien. El juez convoca a una audiencia. Si concurren quienes representan más de la mitad de las cuotas en el valor de los bienes y existe acuerdo unánime de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujeta a lo acordado. Si no hay acuerdo, el juez nombra al administrador en la forma establecida en el artículo 772° del Código Procesal Civil. El administrador tiene las facultades que acuerden los interesados con capacidad de ejercicio y que el juez apruebe. A falta de acuerdo, tiene las atribuciones que señale el juez. El administrador puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no impliquen su disposición, ni excedan los límites de una razonable administración. Si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del juez, quien puede concederla de plano o con audiencia de los interesados.

La administración de facto, por último, está prevista en el artículo 973° del Código Civil. Si no está establecida la administración convencional o judicial, cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien. El derecho de administración de facto corresponde a todos los copropietarios. Las facultades del administrador son las del administrador judicial. Sus servicios son retribuidos con una parte de la utilidad.

Con relación a la administración de los bienes sujetos a copropiedad, debe tenerse en cuenta que para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él, las decisiones se adoptan por unanimidad. Para los actos de administración ordinaria las decisiones se adoptan por mayoría absoluta. Los votos se computan por el valor de las cuotas y en caso de empate decide el juez. La mayoría se cuenta por las cuotas ideales que las personas tienen en la copropiedad y no por personas.

5. PARTICIÓN

Como se ha señalado, la comunidad romana o por cuotas —la copropiedad— es transitoria y por eso siempre se le puede poner fin mediante la partición. La partición es una obligación para todos los copropietarios. Consiste en convertir la cuota ideal en una parte localizada del bien.

Jurídicamente, la partición es una permuta por la que cada copropietario cede el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, a cambio del derecho que le ceden los demás copropietarios en los bienes que se le adjudican (artículo 983° del Código Civil).

Imaginemos el caso de dos casas de Juan y Pedro. Tanto Juan como Pedro tienen el 50% de cada casa. Si Juan y Pedro celebran una partición y Juan se queda con una casa y Pedro con la otra, lo que ocurre jurídicamente es que Pedro le trasfiere a Juan el 50% que tenía en la casa que se le adjudica a Juan. A cambio, Juan le trasfiere a Pedro el 50% que tenía en la casa que se le adjudica a Pedro. Pedro le trasfiere a Juan derechos sobre una casa a cambio de derechos sobre la otra casa que le trasfiere Juan. Esto es una permuta.

La partición no supone necesariamente la división del bien. Si se parten dos casas entre dos copropietarios y se le adjudica una casa a cada uno, no hay división. Si lo que se parte es un terreno y se le adjudica una sección a cada copropietario, además de haber partición habrá división.

La enajenación del bien a un tercero y la distribución del producto de la venta entre los copropietarios no es partición. Tampoco es partición si un copropietario adquiere todas las cuotas de sus copropietarios. En ambos casos se habrá extinguido la copropiedad, pero no a través de la partición.

La partición es un acto traslativo. Hay un intercambio (transferencia) efectivo de bienes (las cuotas) entre los copropietarios. La copropiedad es una situación efectiva en la que cada copropietario tiene un derecho sobre el bien, que luego permuta con sus copropietarios. Una consecuencia

de este efecto traslativo es que las cuotas se transfieren en el estado en que se encuentran. Si estaban gravadas, se transfieren con su gravamen.

Imaginemos el caso de un terreno. Durante la copropiedad cualquiera de los copropietarios puede hipotecar su cuota o se la pueden embargar. Luego de la partición, la hipoteca y el embargo se trasladan a los inmuebles que se independizan del terreno en proporción a la cuota hipotecada o embargada. En estricto, lo que ocurre es que cuando se produce la partición hay un cambio del titular del bien. Si se hipoteca una cuota que representa el 50% de un terreno, cuando se realiza la partición la hipoteca se traslada al 50% de cada uno de los inmuebles resultantes luego de la partición. La hipoteca recaía inicialmente sobre la cuota (el 50% de todo el bien) y después de la partición sobre el 50% de cada bien independizado. Se trata de lo mismo. Pero el titular del bien cambia. Antes lo era una persona respecto de la cuota, ahora es otra persona respecto del bien al cual se traslada la hipoteca. Lo mismo sucede cuando se adquiere un inmueble hipotecado o embargado. El nuevo titular adquiere el bien gravado. Hay un cambio de titular, pero el gravamen se mantiene.

La partición es, como se dijo, obligatoria. Así como todos los copropietarios tienen derecho a pedir la partición, todos los copropietarios están obligados a hacerla. Esta obligación tiene excepciones: la indivisión forzosa, cuando los copropietarios han celebrado un pacto para no partir el bien durante un plazo determinado o cuando la ley le fija un plazo para ella.

Dice el artículo 985º del Código Civil que la acción de partición es imprescriptible y que ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes. La acción de partición es imprescriptible —no hay plazo para pedirla— porque lo que se quiere es que la copropiedad sobre los bienes termine. Recuérdese que la copropiedad es transitoria. Está destinada a terminar porque es fuente de dificultades para el uso y explotación de los bienes. La copropiedad además dificulta la circulación de los bienes, ya que para la enajenación se requiere el consentimiento de todos los copropietarios. Conviene entonces

que termine y para ello la acción para darle fin, la partición, debe poder ejercitarse siempre.

A lo anterior hay que agregar que no hay prescripción adquisitiva entre los copropietarios. Si un copropietario usa exclusivamente el bien, jamás lo adquirirá por prescripción. Si ello es así, siempre habrá copropiedad. Y si siempre hay copropiedad, igualmente siempre existirá la acción inherente a la copropiedad que permite ponerle fin.

La partición puede ser convencional o judicial. La partición convencional supone un acuerdo de todos los copropietarios. Si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial. La solicitud de aprobación se sujeta al trámite del proceso no contencioso (artículo 987° del Código Civil).

La partición es obligatoria salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije un plazo para la partición. El acto jurídico es el pacto de indivisión a que se refiere el artículo 993° del Código Civil.

El Código Civil permite que los copropietarios celebren un acuerdo, llamado pacto de indivisión, por el que convienen en no partirse el bien. Diversas razones podrían tener los copropietarios para celebrar un pacto de indivisión. Un mal momento económico, por ejemplo, podría resultar perjudicial a los intereses de los copropietarios, por lo que podría resultar aconsejable que no se parta el bien.

El pacto de indivisión puede establecerse por un plazo no mayor de cuatro años y ser renovado todas las veces que los copropietarios lo juzguen conveniente. Podría también colisionar con el interés de los acreedores de alguno de los copropietarios, quienes también tienen derecho a pedir la partición. El artículo 993° soluciona este potencial conflicto estableciendo que para que el pacto produzca efecto frente a terceros, debe inscribirse en el registro correspondiente. Esto es así debido a que el registro publicita la relación jurídica que existe sobre el bien (pacto de indivisión), haciéndola oponible a todos.

6. MEDIANERÍA

Hemos venido refiriéndonos a la copropiedad normal u ordinaria, que es aquella a la que se le puede poner fin en cualquier momento mediante la partición. El Código Civil contempla también la copropiedad con indivisión forzosa a través de la denomina medianería.

Las paredes, cercos o zanjas que separan dos predios pueden pertenecer a cada uno de los dueños de los predios colindantes o a los dos dueños de los predios colindantes. Serán propias si están construidas en el terreno de cada colindante; serán comunes si están construidas en terreno de los dos colindantes. En este último caso estamos en presencia de la medianería. La medianería es un caso de copropiedad con indivisión forzosa.

Sin embargo, hay diferencias entre la medianería y la copropiedad normal. La medianería la impone la ley y es una situación forzosa y permanente, salvo que se renuncie a ella. Como consecuencia de esto último, en la medianería no hay partición. La copropiedad normal, en cambio, nace por voluntad de las partes, salvo el caso de herencia, y es una situación temporal, por lo que concluye por voluntad de cualquiera de los copropietarios, mediante la partición.

El artículo 994º del Código Civil señala que las paredes, cercos o zanjas situados entre dos predios se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario. La prueba en contra consiste en acreditar que la pared, cerco o zanja está ubicada en el predio de uno de los colindantes.

En términos económicos conviene que las paredes, cercos o zanjas que separan dos predios sean medianeras. De esta forma se produce ahorro para los dos colindantes en terreno y construcción. Por esta razón, cuando la pared que separa dos predios no es medianera por haber sido levantada en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del valor actual de la obra y del suelo ocupado.

Todo colindante puede colocar tirantes y vigas en la pared medianera, y servirse de ella sin deteriorarla, pero no puede abrir en ella ventanas o claraboyas. Cualquier colindante puede también levantar la pared

medianera, siendo de su cargo los gastos respectivos. De otro lado, todo colindante tiene la obligación de contribuir a prorrata para la conservación, reparación o reconstrucción de la pared medianera.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia entre la comunidad romana o por cuotas y la comunidad germánica o en mano común?
2. ¿En qué se diferencia la copropiedad con la comunidad de bienes que existe en la sociedad de gananciales?
3. ¿En qué consisten el derecho de tanteo o preferencia y el retracto?
4. ¿Qué sucede si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien un acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva?
5. ¿Qué tipos de administración de los bienes comunes hay en la copropiedad?
6. ¿Qué significa que la partición sea un acto traslativo?
7. ¿Qué diferencias hay entre la medianería y la copropiedad normal?

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 6

RÉGIMEN DE UNIDADES INMOBILIARIAS DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y DE PROPIEDAD COMÚN

1. NOCIÓN

El Código Civil no regula el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. El artículo 958° dice que la «propiedad horizontal» se rige por la legislación de la materia. La propiedad horizontal es lo que se conoce hoy como propiedad exclusiva y propiedad común. La legislación de la materia está en la Ley N° 27157, el Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA (Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157) y la Ley N° 27333. Además, se aplican las normas pertinentes del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado por la resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP-SN, así como la directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común, aprobada mediante resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN.

La propiedad exclusiva y propiedad común es una modalidad de la propiedad en la que coexisten en una edificación o conjunto de edificaciones bienes de dominio exclusivo pertenecientes a diferentes propietarios —o destinados a pertenecer a diferentes propietarios— y bienes de dominio común.

El dueño de cada sección de dominio exclusivo goza de un derecho de propiedad individual, con las características de la propiedad regulada en el Código Civil. Una diferencia con la propiedad del Código Civil radica en la extensión del derecho sobre el bien. La propiedad —de los predios— se extiende al subsuelo y sobresuelo de manera ilimitada, hasta donde es útil al propietario, según el artículo 954º del Código Civil. En la propiedad exclusiva y propiedad común el dominio exclusivo se extiende, en el caso de los departamentos de un edificio, hasta el límite de las secciones de arriba y de abajo. Hay, si se quiere, propiedades horizontales una encima de otra. De allí proviene precisamente el antiguo nombre de propiedad horizontal.

Sobre los bienes de dominio común existe una comunidad cuyos titulares son los propietarios de las secciones exclusivas. Los bienes comunes son aquellos que están destinados al uso y disfrute de todos los propietarios o que son imprescindibles para la existencia de la edificación. Por eso el carácter forzoso de la comunidad —no puede haber partición, como en la copropiedad— y que el porcentaje de participación sobre ellos sea inseparable de la propiedad individual.

En un edificio, por ejemplo, hay bienes de dominio exclusivo y bienes de dominio común. Los bienes de dominio exclusivo son los departamentos. Cada departamento tiene su dueño. Los bienes de dominio común son el terreno sobre el que se levanta el edificio, la entrada, las escaleras y todos los bienes que sirven para el funcionamiento del edificio. Los dueños de estos bienes comunes son todos los propietarios de los departamentos. No son copropietarios, sino que tienen un derecho común.

La propiedad exclusiva y propiedad común se ha desarrollado rápidamente en los últimos tiempos debido al crecimiento de las ciudades y a la falta de espacio para albergar a la gente. La población tiende a concentrarse en las ciudades y estas, por escasez de suelo, crecen hacia arriba. Se trata de una institución cambiante, como lo son las ciudades. Por eso el Código Civil no la regula, sino que la remite a la legislación de la materia, que es más fácil de ser adecuada.

2. ANTECEDENTES

El antecedente más remoto lo encontramos en el Código Civil de 1936. Dicho código no reguló la propiedad exclusiva y propiedad común como la conocemos hoy, pero se refirió en los artículos 855º, 856º y 857º a los «pisos de un edificio de diferentes propietarios».

En el año 1946 se dictó la Ley N° 10726, que estableció que las secciones en que se dividía cada piso de un edificio podían pertenecer a diferentes propietarios. Esta norma se puede considerar como la primera ley de propiedad horizontal en el Perú. La Ley N° 10726 señaló que cada propietario tenía un derecho exclusivo sobre su sección y de copropiedad sobre las zonas y servicios comunes del edificio, y que cada uno de ellos debía contribuir a los gastos de administración, mantenimiento, reparaciones, e impuestos, entre otros. La norma precisó también que cada propietario podía hipotecar su sección, para lo cual cada sección se inscribía independientemente en el Registro de la Propiedad Inmueble (hoy Registro de Predios).

Mediante el Decreto Supremo N° 025 del 6 de marzo de 1959 se reglamentó la Ley N° 10726. Aquí por primera vez se utiliza el término «propiedad horizontal». El Decreto Ley N° 22112 derogó la Ley N° 10726 y estableció un nuevo régimen de propiedad horizontal (así lo llamó la norma). Esta norma fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 019-78-VC.

El Decreto Ley N° 22112 disponía que el régimen de propiedad horizontal era de aplicación obligatoria a toda edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones de dominio exclusivo pertenecientes a diferentes propietarios y por bienes de dominio común y por servicios comunes. Para las edificaciones o conjunto de edificaciones diferentes a los edificios —unidades vecinales, agrupamientos residenciales, quintas y demás modalidades conformadas por secciones separadas pertenecientes a diferentes dueños—, el régimen de propiedad horizontal era obligatorio solo en lo concerniente a la preservación de la concepción urbanística y

arquitectónica del conjunto, así como al mantenimiento y conservación de los bienes de uso común y servicios comunes.

El régimen previsto en el Decreto Ley N° 22112 era forzoso. La norma enumeraba los bienes de dominio común y los servicios comunes, señalaba que debía haber un reglamento interno y fijaba su contenido, establecía los derechos y obligaciones de los propietarios y se refería a la junta de propietarios, consignando sus facultades, número de reuniones y quórum. En lo concerniente al porcentaje de participación de cada propietario respecto de los bienes de dominio común, la norma lo fijaba en base al área construida de cada sección exclusiva.

El Decreto Ley N° 22112 y su reglamento fueron derogados por la Ley N° 27157, norma que está vigente en la actualidad. Dicha ley ya no hace referencia al régimen de propiedad horizontal, sino al de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común.

La Ley N° 27157 fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 008-2000-MTC. Luego de varias modificaciones, mediante Decreto Supremo N° 035-2008-VIVIENDA, se aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157.

En las líneas siguientes de este capítulo nos referiremos a la Ley N° 27157 como la «Ley» y al Decreto Supremo N° 035-2008-VIVIENDA como el «Reglamento de la Ley».

3. LOS RÉGIMENES DE LA LEY N° 27157 Y SU REGLAMENTO

La Ley establece el régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y propiedad común. Este régimen se aplica a los edificios de departamentos de uso residencial, comercial, industrial o mixto; a las quintas y casas en copropiedad; a los centros y galerías comerciales o campos feriales; y, a otras unidades inmobiliarias con bienes comunes. El artículo 2° de la Ley define a los edificios de departamentos como unidades inmobiliarias que cuentan con bienes y servicios comunes y secciones exclusivas, ubicados en edificaciones de más de un piso; a las quintas como

unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva que cuentan, por lo menos, con un pasaje común de acceso; a las casas en copropiedad como unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva que cuentan con áreas recreativas adyacentes de propiedad común y/o servicios comunes; a los centros y galerías comerciales o campos feriales como unidades inmobiliarias que tienen bienes y servicios comunes y secciones de propiedad exclusiva para uso comercial; y, a otras unidades inmobiliarias con bienes comunes como aquellas de propiedad exclusiva para uso comercial.

Conforme al artículo 38° de la Ley, los propietarios pueden elegir entre los denominados regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común o de independización y copropiedad. Sin embargo, el Reglamento de la Ley (artículo 128°) ha precisado que solo se puede optar por el régimen de independización y copropiedad en el caso de quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales, y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, siempre que estén conformadas por secciones de un solo piso o que, de contar con más de un piso, pertenezcan a un mismo propietario y los pisos superiores se proyecten verticalmente sobre el terreno de propiedad exclusiva de la sección. En consecuencia, para los edificios el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común es obligatorio.

En el caso de quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales, y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, el régimen es facultativo: se puede optar entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o por el de independización y copropiedad.

El régimen de propiedad exclusiva y propiedad común supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común. Cuentan, además, con un reglamento interno y una junta de propietarios. El terreno sobre el que se levanta la edificación es común, es decir, pertenece a todos los propietarios de las secciones de dominio exclusivo. Las unidades

inmobiliarias se independizan registralmente en partidas especiales. En la partida matriz quedan los bienes comunes. Este régimen se aplica, por ejemplo, a los edificios. Los departamentos son bienes exclusivos y las escaleras, el terreno y otros bienes son comunes.

Por su lado, el régimen de independización y copropiedad supone la existencia de unidades inmobiliarias exclusivas susceptibles de ser independizadas y bienes de dominio común sujetos al régimen de copropiedad regulado en el Código Civil. Las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva comprenden necesariamente el terreno que ocupa cada una. Las unidades inmobiliarias también se independizan registralmente en partidas especiales y los bienes comunes quedan en la partida matriz. Como quiera que los bienes de dominio común están sujetos al régimen de copropiedad del Código Civil, se aplican todas las disposiciones de la copropiedad, salvo la acción para pedir la partición —terminar con la copropiedad—, la cual está suspendida por mandato del artículo 11° de la Ley N° 27333, en tanto las unidades inmobiliarias se encuentren sometidas al régimen de independización y copropiedad. En tal sentido, se aplican a los bienes comunes las normas referidas a la copropiedad.

La Ley ni el Reglamento de la Ley dicen que las unidades inmobiliarias sujetas al régimen de independización y copropiedad deban contar con un reglamento interno y con una junta de propietarios o, mejor dicho, con una junta de copropietarios. Solo para el caso del régimen de propiedad exclusiva está previsto que haya un reglamento interno y una junta de propietarios. Sin embargo, el artículo 63° del Reglamento de las Inscripciones del Registro de Predios dice que debe presentarse el reglamento interno para la independización registral de las unidades inmobiliarias sujetas al régimen de independización y copropiedad. A su vez, el artículo 85° del citado Reglamento de las Inscripciones del Registro de Predios señala que el reglamento interno debe contener el régimen de la junta de propietarios. En tal sentido, las unidades inmobiliarias

sujetas al régimen de independización y copropiedad deben contar con un reglamento interno y con una junta de copropietarios.

¿Cuál es la diferencia entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común y el régimen de independización y copropiedad? Hay dos diferencias importantes: en primer lugar, en el régimen de independización y copropiedad los bienes comunes quedan sometidos al régimen de copropiedad previsto en el Código Civil, aunque la copropiedad está matizada, debido a que no puede haber partición; en segundo lugar, en el régimen de independización y copropiedad las unidades de propiedad exclusiva comprenden necesariamente el terreno que ocupan, mientras que en régimen de propiedad exclusiva y propiedad el terreno debe ser común, como en el caso de los departamentos del edificio.

En lo demás, ambos regímenes son virtualmente iguales. En los dos se independizan registralmente las unidades inmobiliarias, en los dos los bienes comunes quedan en la partida matriz y en los dos tiene que haber un reglamento interno y una junta de propietarios o de copropietarios.

4. RÉGIMEN DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN

Como ya vimos, este régimen supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones exclusivas, pertenecientes a diferentes propietarios o destinados a pertenecer a diferentes propietarios, bienes comunes y servicios comunes, que cuentan con un reglamento interno y una junta de propietarios.

4.1. Nacimiento del régimen

¿En qué momento nace el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común?, ¿con la existencia de hecho de secciones exclusivas y comunes (un edificio construido, por ejemplo), aunque no se hayan independizado registralmente las secciones exclusivas?, ¿cuándo se opta por el régimen, en el caso de quintas, casas en copropiedad, centros y galerías comerciales o campos feriales u otras unidades inmobiliarias con bienes comunes?,

¿cuándo se otorga el reglamento interno? o ¿cuándo se independizan registralmente las secciones exclusivas?

Antes de responder esta pregunta, veamos de manera general cómo es el proceso de construcción de un edificio; de la misma forma se aplica para el resto de inmuebles o conjunto de inmuebles sujetos a este régimen.

El trámite se inicia con el pedido que hace el propietario del terreno a la municipalidad distrital competente para que lo autorice a construir el edificio. Cumplidos los requisitos que establecen las normas pertinentes, la municipalidad emite la licencia de edificación, que es la autorización para iniciar la construcción. Con esta autorización el dueño procede a construir el edificio. Terminada la edificación, el propietario obtiene la certificación municipal de que la obra cumple con los parámetros urbanísticos y edificatorios y que la misma se ejecutó conforme al proyecto aprobado, aunque puede haber replanteos. Para tal efecto, la municipalidad emite el certificado de finalización de obra y de zonificación. Con esta certificación, el propietario obtiene la declaratoria de fábrica, que es el documento que reconoce legalmente la existencia de la edificación.

La declaratoria de fábrica se inscribe en la partida registral del inmueble, compuesto ahora de terreno y edificación. Simultáneamente o con posterioridad, se inscribe el reglamento interno y se independizan registralmente los departamentos del edificio y las demás secciones exclusivas (estacionamientos, depósitos, etcétera). Para que se inscriba el reglamento interno debe estar inscrita previamente la declaratoria de fábrica. Inscrito el reglamento interno se independizan las secciones exclusivas.

La independización significa que se abre una partida registral a cada sección exclusiva. Como consecuencia de lo anterior, la partida matriz, originalmente un terreno y luego terreno y edificio, queda reducida a las zonas comunes del edificio. En esta partida matriz se inscribe el reglamento interno y la junta de propietarios.

Ahora bien, la propiedad de un predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo hasta donde es útil al propietario. Así lo dispone el artículo 954º

del Código Civil. Esto significa que todo lo que se construye encima del suelo forma parte del predio y pertenece al propietario. No puede haber, en principio, un propietario del suelo y otro del sobresuelo, porque la propiedad del suelo y sobresuelo es una y no se puede separar jurídicamente. Y no se puede separar porque lo que se construye sobre el suelo son partes integrantes que se incorporan al suelo y respecto de ellas no puede haber derechos singulares (artículo 887° del Código Civil).

Excepcionalmente puede haber un propietario del suelo y otro del sobresuelo. Ello ocurre en dos casos: en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común y en la superficie. Solo en esos casos, el suelo y el sobresuelo pueden pertenecer a propietarios diferentes. A esos dos casos se refiere el artículo 955° del Código Civil cuando permite que el subsuelo o el sobresuelo puedan pertenecer, total o parcialmente, a un propietario distinto.

La extensión natural de los predios se vincula con los «bienes futuros». El Código Civil no define lo que son bienes futuros, pero pareciera identificarlos con aquellos que no tienen existencia física. En efecto, a propósito de los contratos sobre bienes futuros, el artículo 1409° señala que la prestación materia de la obligación puede versar sobre bienes futuros «antes de que existan en especie». La referencia a «especie» sugiere que los bienes futuros son aquellos que no tienen existencia física.

Lo anterior es cierto. Sin embargo, el concepto de bien futuro no se refiere solamente a los bienes que no tienen existencia física, sino que comprende también a aquellos que existen físicamente pero que al estar integrados a otros, no pueden ser objeto de derechos singulares. Esto ocurre, por ejemplo, con los productos. Los productos son los provechos no renovables que produce un bien, según el artículo 894° del Código Civil. Es el caso de los minerales en una mina. Los productos son parte del bien principal. Mientras ellos no se extraigan del bien forman parte de él, están integrados y no pueden ser objeto de derechos singulares.

Lo mismo sucede con los lotes de un predio rústico en proceso de habilitación (urbanización). Los lotes de la futura urbanización son bienes

futuros. El suelo correspondiente al futuro lote existe, como los minerales en la mina, pero está integrado al resto del predio materia de habilitación. Son bienes futuros, aunque forman parte de un bien que existe.

Y lo mismo ocurre con los departamentos de un edificio que no se han independizado. Los departamentos existen físicamente, al igual que el suelo de los futuros lotes del predio rústico, pero están integrados a todo el edificio. Los departamentos, mientras no se independicen, son entonces bienes futuros.

De todo lo anterior se puede concluir que mientras no se independicen registralmente los departamentos de un edificio están integrados al edificio y son bienes futuros. Mientras no se independicen registralmente los departamentos no puede haber respecto de ellos derechos singulares. Por eso la venta de los bienes futuros queda sujeta a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia, según el artículo 1534º del Código Civil. Mientras no se independicen los departamentos no hay «diferentes propietarios» ni zonas comunes. En definitiva, mientras no se independicen los departamentos, no hay régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

Respondiendo la pregunta inicial: ¿en qué momento nace el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común? La respuesta es con la independización registral de las secciones exclusivas. Puede haber un edificio terminado, se pueden haberse vendido los departamentos —ventas sujetas a condición suspensiva—, se puede haber otorgado el reglamento interno, pero si no se han independizado los departamentos, jurídicamente no hay régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

4.2. Secciones exclusivas

Las secciones exclusivas están sometidas al régimen del derecho de propiedad establecido en el Código Civil. Por tanto, el propietario puede usar, disfrutar, disponer y reivindicar su sección como lo haría cualquier propietario. Son secciones exclusivas, por ejemplo, los departamentos

de un edificio. También lo son los estacionamientos del edificio, salvo que en el reglamento interno se establezca que son bienes comunes.

Cada propietario tiene derecho a realizar actos de disposición o gravamen respecto de su sección exclusiva. El reglamento interno no puede imponer prohibiciones de enajenar o gravar las secciones exclusivas, pero sí puede establecer limitaciones al uso y disfrute de las mismas (artículo 140º- a del Reglamento de la Ley). El reglamento interno de un edificio podría disponer, por ejemplo, la prohibición de hacer fiestas en los departamentos.

Cada propietario de una sección de dominio exclusivo tiene derecho a usar y disfrutar los bienes y servicios comunes, sin más limitación que el uso y disfrute legítimo de los demás propietarios o poseedores (artículo 140º- c del Reglamento de la Ley). A cada propietario le corresponde un porcentaje de participación en los bienes comunes. Este porcentaje está vinculado indisolublemente a la sección exclusiva y debe estar determinado en el reglamento interno. Como consecuencia de este ligamen, la transferencia de una sección exclusiva comprende todos los bienes que la conforman, lo que incluye la participación en los bienes comunes (artículo 132º del Reglamento de la Ley). Otra consecuencia es que no puede haber un propietario de una sección exclusiva que no le corresponda un porcentaje sobre los bienes comunes.

Los propietarios de las secciones exclusivas están facultados a realizar cualquier obra dentro de su sección, así como acumularlas o subdividir las, siempre que no contravengan las normas vigentes, no perjudiquen las condiciones de seguridad y funcionamiento de la edificación y no afecten los derechos de los demás propietarios o de terceros. Para la ejecución de las obras los propietarios no requieren autorización previa de la junta de propietarios, salvo que la obra altere la volumetría, el estilo arquitectónico o el aspecto exterior de la sección donde se ejecuta, o de la edificación en su conjunto (artículo 133º del Reglamento de la Ley).

4.3. Pluralidad de propietarios

El régimen de propiedad exclusiva y propiedad común supone secciones exclusivas que pertenezcan en propiedad a diferentes personas o destinado a pertenecer a diferentes personas.

Una persona, usualmente el promotor o constructor, puede constituir inicialmente el régimen (artículo 39° de la Ley), pero una vez que transfiere al menos una sección exclusiva, el régimen se vuelve obligatorio (artículo 125° del Reglamento).

4.4. Bienes comunes

Los bienes de dominio común son aquellos que están destinados al uso y disfrute de todos los propietarios o que son indispensables para la existencia de la edificación. Ejemplo de los primeros, las áreas de circulación de un edificio; de los segundos, los elementos estructurales del edificio.

Los bienes comunes son inseparables de las secciones exclusivas. El propietario de una sección de dominio exclusiva tiene un derecho sobre los bienes comunes. Ese derecho se materializa en un porcentaje. Como consecuencia de este carácter inseparable, la transferencia de una sección de dominio exclusivo conlleva la transferencia de los derechos sobre los bienes comunes.

El artículo 40° de la Ley señala de manera enunciativa cuáles son los bienes comunes: (i) el terreno sobre el que está construida la edificación; (ii) los cimientos, sobrecimientos, columnas, muros exteriores, techos y demás elementos estructurales, siempre que estos no sean integrantes únicamente de una sección sino que sirven a una o más secciones; (iii) los pasajes, pasadizos, escaleras, y, en general, vías aéreas de circulación de uso común; (iv) los ascensores y montacargas; (v) las obras decorativas exteriores a la edificación o ubicadas en ambientes de propiedad común; (vi) los locales destinados a servicios comunes tales como portería y guardianía; (vii) los jardines y los sistemas e instalaciones para agua, desagüe, electricidad, eliminación de basura y otros servicios que no estén

destinados a una sección en particular; (viii) los sótanos y azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario; y, (ix) los patios, pozos de luz, ductos y demás espacios abiertos. El carácter enunciativo de los bienes comunes lo señala el propio artículo 40° cuando dice que son bienes comunes «los demás bienes destinados al uso y disfrute de todos los propietarios».

La determinación de los bienes de dominio común reviste la mayor importancia porque ellos pertenecen a todos los propietarios, quienes tienen el derecho a usarlos y a su vez están obligados a conservarlos y mantenerlos, en la proporción que les corresponda.

¿Se pueden vender los bienes comunes? El artículo 43° de la Ley señala que la transferencia de los bienes comunes debe ser aprobada por los dos tercios de los votos de la junta de propietarios. En realidad, para que los bienes comunes sean materia de transferencia tienen que ser previamente desafectados, convertidos en exclusivos, para luego ser vendidos.

Por su parte, el artículo 135° del Reglamento ratifica que la transferencia, así como el gravamen, cesión en uso o la celebración de cualquier acto o contrato que importe disposición o limitación de uso de los bienes comunes «susceptibles de ser transferidos», deben ser autorizados por la junta de propietarios mediante acuerdo adoptado con el voto conforme de cuando menos las dos terceras partes de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva. Sin embargo, la norma agrega que la autorización procede siempre que los actos de disposición no contravengan los parámetros urbanísticos y edificatorios, y las normas de edificación vigentes, ni se perjudique las condiciones de seguridad y funcionalidad de la edificación, ni se afecte los derechos de las secciones de propiedad exclusiva.

En consecuencia, se pueden vender los bienes comunes siempre que su transferencia no contravenga parámetros urbanísticos y edificatorios, normas de edificación vigentes, ni se perjudique las condiciones de seguridad y funcionalidad de la edificación o afecte los derechos de las secciones de propiedad exclusiva.

Ahora bien, ¿se puede pactar en el reglamento interno que un bien común de la lista del artículo 40º de la Ley tenga la calidad de bien exclusivo?, ¿se podría pactar, por ejemplo, que el terreno sobre el que está construido un edificio o las estructuras del mismo tengan la calidad de bienes exclusivos?

La redacción del artículo 40º de la Ley parecería indicar que la respuesta es afirmativa, porque la norma señala que los bienes comunes «pueden» ser aquellos que se mencionan de manera enunciativa en dicha norma, con lo cual los propietarios podrían acordar que el terreno y las estructuras del edificio no sean bienes comunes, sino exclusivos.

Por otro lado, el artículo 134º del Reglamento de la Ley precisa el artículo 40º de la Ley, disponiendo que son «bienes comunes intransferibles», salvo pacto en contrario establecido en el reglamento interno, los siguientes: (i) el terreno sobre el que está construida la edificación que tiene dos o más secciones de propiedad exclusiva, salvo que sobre él se constituya derecho de superficie; (ii) los cimientos, sobrecimientos, columnas, muros exteriores, techos y demás elementos estructurales esenciales para la estabilidad de la edificación, siempre que sirvan a dos o más secciones; (iii) los pasajes, pasadizos, escaleras, porterías, áreas destinadas a la instalación de equipos y en general, vías y áreas de circulación común; (iv) los ascensores y montacargas, salvo los propios de una sección de propiedad exclusiva; (v) los sistemas de instalaciones para agua, desagüe, electricidad, eliminación de basura y otros servicios que no estén destinados a una sección en particular; (vi) los patios, pozos de luz, ductos de ventilación o de instalaciones, salvo los propios de una sección de propiedad exclusiva; (vii) los estacionamientos exigidos reglamentariamente; y, (viii) aquellos que se señalen como tales en el reglamento interno.

El pacto en contrario se refiere al pacto en virtud del cual los propietarios establecen que un bien común determinado es transferible.

No obstante lo anterior, parece poco razonable que algunos bienes comunes, como el terreno y las estructuras del edificio, sean bienes

exclusivos, y por tanto susceptibles de ser transferidos, pues se afectaría el funcionamiento de la propiedad exclusiva y propiedad común.

En doctrina se distingue entre bienes comunes por naturaleza y bienes comunes por destino. Los primeros son aquellos que tienen que ser necesariamente comunes, porque sirven para el uso y disfrute de todos los propietarios o para la integridad de la edificación. Es el caso del ingreso de un edificio o las estructuras del mismo. La comunidad sobre ellos es forzosa. Los bienes comunes por destino, en cambio, no son imprescindibles para el uso y disfrute de los propietarios o para la integridad de la edificación, por que la comunidad respecto de ellos no es forzosa. Un ejemplo de estos bienes son los aires de un edificio. Por lo mismo que la comunidad no es forzosa, las partes pueden establecer que estos bienes sean de propiedad exclusiva.

Los bienes comunes por naturaleza son inseparables de los bienes exclusivos y no pueden ser objeto de derechos singulares. No es admisible que estos bienes sean de propiedad exclusiva y puedan ser enajenados. Por el contrario, los bienes comunes por destino son separables y por tanto susceptibles de ser materia de derechos singulares. Pueden ser de propiedad exclusiva.

La Ley ni su Reglamento distinguen expresamente entre bienes comunes por naturaleza y bienes comunes por destino. Sin embargo, el artículo 135º del Reglamento de la Ley señala que los actos de disposición de los bienes comunes susceptibles de ser transferidos deben ser autorizados por la junta de propietarios, con el voto de no menos de los dos tercios de los propietarios, siempre que no contravengan los parámetros urbanísticos y edificatorios, así como las normas de edificación vigentes, ni se perjudique las condiciones de seguridad y funcionalidad de la edificación, ni se afecte los derechos de las secciones de propiedad exclusiva. Es decir, no pueden ser transferidos los bienes comunes si se contravienen parámetros urbanísticos y edificatorios, normas de edificación, si se perjudican condiciones de seguridad y funcionalidad de la edificación o si se afecta los derechos de las secciones de propiedad exclusiva.

Imaginemos el caso de un edificio de tres pisos, un departamento por piso. ¿Los propietarios de los dos primeros pisos podrían acordar la venta a un tercero de la porción de escaleras que va del segundo al tercer piso? Evidentemente no, porque se perjudicaría el derecho del propietario del departamento del tercer piso. Ello significa que hay bienes comunes intransferibles que no pueden ser vendidos. Por tanto, hay bienes comunes que no pueden ser convertidos en bienes exclusivos.

En consecuencia, a pesar que la Ley y su Reglamento no recogen expresamente la distinción entre bienes comunes por naturaleza y bienes comunes por destino, sí lo hacen de manera implícita.

Con respecto a la naturaleza del derecho que tienen los dueños de las secciones exclusivas sobre los bienes comunes, el Decreto Ley N° 22112 decía que los propietarios de las secciones de dominio exclusivo eran copropietarios de los bienes de dominio común. ¿Eran realmente copropietarios en los términos del Código Civil?

En la copropiedad el bien pertenece por cuotas ideales a varias personas, ninguna de las cuales ejerce la propiedad sobre una parte material del bien, sino que cada uno tiene un derecho proporcional —cuota— sobre todo el bien. Cada copropietario tiene derechos individuales sobre su cuota y comunes sobre el bien. El copropietario puede disponer de su cuota como le parezca, pero para disponer del bien o parte de él, se requiere que todos los copropietarios presten su consentimiento. La copropiedad no tiene vocación de permanencia. Más bien es transitoria y está destinada a terminar. La acción que busca acabar con la copropiedad, la partición, es imprescriptible. Aquí radica la diferencia con el derecho que tienen los propietarios de las secciones de dominio exclusivo respecto de los bienes comunes de una edificación o conjunto de edificaciones.

Por esta razón ni la Ley ni su Reglamento se refieren a copropiedad sobre los bienes comunes, sino a comunidad. Se trata pues de un caso de comunidad con características distintas a las de la copropiedad.

4.5. Servicios comunes

Son servicios comunes la limpieza, conservación y mantenimiento de las áreas y ambientes comunes, instalaciones sanitarias y eléctricas de uso común, y en general de cualquier otro elemento de los bienes comunes; la administración de la edificación; la guardianía, la jardinería y la portería; los servicios de vigilancia y seguridad de la edificación en su conjunto; la eliminación de basura; los servicios de publicidad; la administración de las playas de estacionamiento; y, los demás que acuerde la junta de propietarios.

Los servicios de limpieza, conservación y mantenimiento de las áreas y ambientes comunes, instalaciones sanitarias y eléctricas de uso común, y en general de cualquier otro elemento de los bienes comunes, son obligatorios para toda edificación sujeta al régimen de propiedad exclusiva y común. Los demás servicios son obligatorios siempre que sean establecidos por acuerdo de la junta de propietarios.

El pago de los servicios comunes y de cualquier gasto extraordinario adoptado por la junta de propietarios lo efectúan los propietarios —o los arrendatarios, de ser el caso— en proporción a los porcentajes establecidos en el reglamento interno.

4.6. Reglamento interno

El reglamento interno es el acto jurídico que contiene el conjunto de disposiciones que regulan la propiedad exclusiva y propiedad común. Puede ser otorgado por el propietario, quien usualmente será el promotor o constructor, o por los propietarios de las futuras secciones exclusivas.

Lo usual es que propietario de un terreno construya un edificio y venda los departamentos, para lo cual somete la edificación al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, otorgando el reglamento interno e inscribiéndolo en los Registros Públicos. Sin embargo, suele ocurrir que el propietario original transfiere los departamentos y no culmina con el trámite legal de la edificación. En este caso, el reglamento interno

es otorgado por los futuros propietarios, para lo cual se requiere el voto favorable de más del 50% de los porcentajes de participación.

El reglamento interno debe contener obligatoriamente la determinación de la unidad inmobiliaria matriz y de los bienes de propiedad exclusiva —con indicación de sus áreas, numeración y el uso al que deben estar dedicadas— y propiedad común; los derechos y obligaciones de los propietarios; las limitaciones y disposiciones sobre usos y destinos de los bienes comunes; la relación de servicios comunes; los porcentajes de participación que correspondan a cada propietario en los bienes comunes y en los gastos comunes; el régimen de la junta de propietarios, sus órganos de administración y sus facultades y responsabilidades; el quórum, votaciones, acuerdos y funciones de la junta de propietarios; así como cualquier otro pacto lícito. Una mención especial merecen los «porcentajes de participación que correspondan a cada propietario en los bienes comunes y en los gastos comunes».

El Decreto Ley N° 22112 señalaba que cada propietario de una sección de dominio exclusivo era copropietario del terreno sobre el que estaba construida la edificación o conjunto de edificaciones y de los bienes de dominio común, en proporción al área construida de su sección. En un edificio de 10 pisos, un departamento por piso, de 100 m², a cada departamento le correspondía un porcentaje de participación de 10%. Este porcentaje servía básicamente para votar en la junta de propietarios y para atender los gastos comunes.

El porcentaje de participación en base al área construida trajo algunos problemas. Estos inconvenientes se presentaban, por ejemplo, en las casas de playas y en los estacionamientos o aires exclusivos, que no tenían área construida.

En las casas de playas normalmente hay varias filas de lotes. Los lotes de la primera fila tienen vista al mar, son más grandes y tienen mayor valor, pero sus titulares solo pueden construir un piso para no quitar la vista a los dueños de los lotes de la segunda y demás filas. Los lotes de la segunda fila son más pequeños y valen menos, pero sus titulares tienen derecho

a construir más de un piso para poder tener vista al mar. Finalmente, en los lotes de la última fila sus titulares pueden construir más de dos pisos. Estos lotes valen menos, pero tienen mayor área construida.

Los lotes de mayor valor (primera fila) tienen una menor área construida, por lo que en aplicación del Decreto Ley N° 22112 el porcentaje de participación que les correspondería a sus titulares es menor. En cambio, los lotes de la segunda y demás filas tienen un menor valor, pero al tener mayor área construida sus titulares tendrían un mayor porcentaje de participación que los obligaba a contribuir con mayores gastos de conservación, mantenimiento y administración. Se presentaba entonces el absurdo que los titulares de los lotes más valiosos aportaban menos, mientras que los titulares de los lotes menos valiosos aportaban más. Es cierto que el mayor porcentaje daba más poder decisorio a los dueños de los lotes menos valiosos, pero en una playa en la que puede haber decenas y hasta centenas de casas, lo que importa es cuánto se aporta para los bienes y servicios comunes. La consecuencia de lo anterior fue que muchas playas no se formalizaron, y buscaron estructuras jurídicas al margen del Decreto Ley N° 22112.

En el caso de estacionamientos o áreas exclusivos, que no tenían área construida, ¿qué porcentaje les correspondía?

La Ley cambió radicalmente la regulación sobre los porcentajes de participación. Conforme al artículo 42°-d de la Ley, el reglamento interno debe contener los porcentajes que a cada propietario corresponden en la propiedad de los bienes comunes, de acuerdo al criterio adoptado por el reglamento interno, a fin de atender a los gastos que demanden los servicios comunes, la conservación, mantenimiento y administración de la edificación, y en las votaciones para adoptar acuerdos en las juntas de propietarios.

Por su parte, el artículo 130° del Reglamento de la Ley señala que el porcentaje en la participación de los bienes comunes es determinado en el reglamento interno, y se establece atendiendo a criterios razonables,

como el área ocupada de las secciones exclusivas, la ubicación de estas, los usos a los que están destinadas, etcétera.

A su vez, el último párrafo del artículo 138° del Reglamento de la Ley dice que el pago de los gastos comunes se efectúa de acuerdo con los porcentajes establecidos en el reglamento interno, teniendo en cuenta criterios de uso, espacio ocupado, demanda de servicios, el número de personas que ocupan las secciones, la ubicación o accesibilidad de las mismas, etcétera, porcentajes que no son necesariamente iguales a los de participación en el dominio de los bienes comunes.

La Ley se refiere a un porcentaje de participación para atender gastos y votar en las juntas de propietarios. Sin embargo, el Reglamento de la Ley permite que haya dos porcentajes, uno para atender los gastos y otro para las votaciones, porcentajes que no tienen que ser necesariamente iguales.

Volviendo al reglamento interno, mediante Resolución Viceministerial N° 004-2000-MTC/15.04 se aprobó el Reglamento Interno Modelo, el cual puede ser adoptado por los propietarios.

Por último, se puede otorgar más de un reglamento interno y conformar las respectivas juntas de propietarios por áreas físicamente determinadas, que comprendan un conjunto de unidades. En estos casos se constituye, además, una junta general de propietarios, la cual se encarga de todo lo concerniente con la edificación en su conjunto. La conformación, funciones, mecanismos de coordinación entre juntas son fijados en un reglamento interno general.

4.7. Junta de propietarios

La junta de propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones exclusivas y tiene la representación conjunta de estos. Se inscribe en el Registro de Predios. La junta de propietarios no tiene personalidad jurídica, pero puede realizar determinados actos jurídicos —en el plano contractual, administrativo, tributario y procesal— para efectos de representar a la colectividad de los propietarios de las secciones exclusivas.

Tienen derecho a participar en la junta todos los propietarios. Sin embargo, los propietarios declarados inhábiles por no haber cumplido con pagar tres o más cuotas ordinarias o una extraordinaria, solo tienen derecho a voz y no se les considera para efectos del quórum.

Salvo disposición distinta del reglamento interno, la junta de propietarios debe ser convocada por el presidente, con una anticipación no menor de cinco días naturales, mediante aviso contenido en carta, esquila, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio que permita dejar constancia de su entrega o recepción, y carteles publicados en las vitrinas o pizarras que al efecto debe mantener la administración en uno o varios sitios visibles de la edificación. Los avisos y carteles deben contener la indicación del día, hora y lugar de la reunión y las materias a tratarse.

Si la sesión debidamente convocada no se celebrara en la fecha prevista, la junta debe ser nuevamente convocada en la misma forma dentro de los tres días naturales desde la fecha de la sesión no celebrada.

La junta de propietarios es presidida por uno de sus miembros, quien tiene la calidad de presidente. El presidente goza de las facultades generales y especiales de representación, contemplados en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil.

Los acuerdos de la junta de propietarios se adoptan por la mayoría que establezca el reglamento interno de la edificación, salvo el caso de mayoría calificada (propietarios que representan dos tercios de las participaciones en los bienes comunes), cuando se trate de actos de disposición de bienes comunes.

Las sesiones de la junta de propietarios y los acuerdos adoptados deben constar en un libro de actas.

4.8. Administración de la edificación

Toda edificación debe contar con un administrador general, quien vela por el adecuado funcionamiento y conservación de los bienes y servicios comunes.

La designación es efectuada por la junta de propietarios y puede recaer en el presidente de la junta, en cualquiera de los poseedores de las secciones de propiedad exclusiva, propietario o no, o en cualquier persona natural o jurídica especialmente contratada para tal función.

El administrador general cumple las siguientes funciones: vela por el adecuado manejo de los bienes y servicios comunes, su mantenimiento, limpieza y preservación; cobra las cuotas de los gastos comunes; cuida que los pagos de los servicios comunes estén al día; realiza, previo aviso, visitas periódicas a las secciones de propiedad exclusiva, con el objeto de verificar que no se realicen acciones contrarias a las establecidas en el reglamento interno o que afecten los servicios comunes; elabora y propone el presupuesto anual de ingresos y gastos ante la junta de propietarios; lleva los libros de actas al día, asumiendo las funciones de secretario de la junta; cumple y hace cumplir los acuerdos de la junta de propietarios y ejerce todas las funciones que la junta o el reglamento interno le asignen; así como las demás que establezca el reglamento interno.

5. PREGUNTAS

1. ¿En qué consiste el régimen de unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva y de propiedad común?
2. ¿Cuál es la diferencia entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común y el régimen de independización y copropiedad?
3. ¿En qué momento nace el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común?
4. ¿Qué es el reglamento interno?

CAPÍTULO 7 HIPOTECA

1. CONCEPTO

Conforme al artículo 1097º del Código Civil, la hipoteca es un derecho real de garantía por el que se afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y confiere al acreedor hipotecario los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

No es exacto que la hipoteca garantice el cumplimiento de «cualquier obligación». En estricto, la hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar una suma de dinero, y no una de hacer o de no hacer. La razón es que la hipoteca desemboca, en caso de incumplimiento del deudor, en la venta del bien gravado. El producto de esta venta es dinero, con cargo al cual se cobra el acreedor. Puede haber hipoteca, sin embargo, en una obligación de hacer o de no hacer, pero no para garantizar la obligación misma, sino el eventual pago de una penalidad o multa en dinero que se hubiera pactado para el caso de incumplimiento del deudor.

La hipoteca no exige que el bien se entregue al acreedor. Ello es innecesario. El constituyente de la garantía se queda con la posesión del bien y sigue usándolo y disfrutándolo y hasta puede disponer de él.

Para que exista una garantía real es indispensable que el acreedor tenga «sujeto» el bien gravado, de forma tal que si el deudor no cumple con la obligación contraída, el acreedor ejecuta el bien independientemente

de quién sea su poseedor o propietario. En la hipoteca esta «sujeción» se obtiene a través de la inscripción, y por eso uno de los requisitos de la hipoteca es que se inscriba en el registro, según el inciso 3 del artículo 1099º del Código Civil. La hipoteca es un derecho de constitución registral. La inscripción tiene carácter constitutivo, es decir, la hipoteca nace como derecho real con la inscripción. Con la inscripción se logra asegurar el crédito garantizado, vinculando el bien en manos de quien se encuentre con la hipoteca. Lo que hace la inscripción es dar a conocer —publicitar— que existe una hipoteca sobre el inmueble, de manera que todo aquel que contrate respecto del bien sabe, o debe saber, que está hipotecado. Por eso la hipoteca no exige que se entregue la posesión del bien al acreedor.

La hipoteca otorga a su titular los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. En mérito del derecho de persecución, el acreedor tiene la facultad de perseguir el bien en manos de quien se encuentre, a fin de hacerlo ejecutar judicialmente y cobrarse la suma debida. La preferencia significa que el acreedor hipotecario tiene derecho a ver satisfecho su crédito antes que determinados acreedores. Es decir, el acreedor hipotecario cobra primero con cargo al precio de venta del bien hipotecado. La hipoteca, por último, otorga al acreedor el derecho a la venta judicial del bien gravado. Para tal efecto, el acreedor debe seguir un procedimiento de ejecución de garantías conforme a lo establecido en los artículos 720º al 724º del Código Procesal Civil.

2. CARACTERES

La hipoteca es un derecho accesorio, indivisible, especial e inmobiliario.

2.1. Accesorio

La hipoteca es accesorio del crédito garantizado. El propio artículo 1097º del Código Civil consagra este principio al establecer que la hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero.

La hipoteca está subordinada a la existencia, extensión y extinción del crédito garantizado. Será nula si lo es el crédito. La nulidad de la hipoteca, sin embargo, no acarrea la nulidad del crédito, ya que la nulidad de una obligación accesoria no conlleva la de la obligación principal (artículo 224º del Código Civil).

Como consecuencia de la accesoriidad de la hipoteca, ella no puede existir sin su soporte necesario, que es el crédito que garantiza. Tampoco puede tener vida independiente del crédito que garantiza. Así, no se puede ceder la hipoteca sin que se ceda el crédito que garantiza.

No obstante su carácter accesorio, el artículo 1104º del Código Civil permite que la hipoteca garantice obligaciones futuras o eventuales. La obligación futura y la obligación eventual son obligaciones inexistentes. La diferencia entre una y otra radica en que en la obligación futura está previsto el nacimiento de la prestación. Existe una relación que asegura el nacimiento de la prestación futura. En las obligaciones futuras no existen prestaciones aún, pero está previsto que surjan posteriormente en el marco de un contrato que ya existe. Es el caso de la obligación de pagar el precio en un contrato definitivo de compraventa. La relación previa es el compromiso de celebrar el contrato de compraventa definitivo. Por su lado, las obligaciones eventuales, al igual que las futuras, gozan de un marco contractual que explica los términos de la eventual prestación, pero no está previsto que surjan necesariamente; pueden surgir o no. Un ejemplo de obligación eventual es el saldo deudor de una cuenta corriente.

En realidad, la hipoteca de una obligación futura o eventual no atenta contra el carácter accesorio de la garantía, ya que si bien la hipoteca existe, está condicionada al nacimiento de la obligación.

La hipoteca puede garantizar cualquier obligación válida, ya sea simple o modal, propia o de un tercero. Como se dijo anteriormente, en estricto la hipoteca garantiza obligaciones de dar sumas de dinero.

Lo usual es que el constituyente de la garantía hipotecaria sea el propio deudor. Sin embargo, nada impide que un tercero, llamado fiador real, hipoteque un inmueble de su propiedad en garantía de la obligación de

un tercero. La diferencia del fiador real con uno ordinario es que el primero se obliga únicamente con el inmueble que hipoteca. El fiador ordinario, en cambio, se obliga personalmente con todos sus bienes.

2.2. Indivisible

El artículo 1102º del Código Civil da cuenta de esta característica, señalando que la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.

La indivisibilidad significa que cada parte del inmueble o inmuebles hipotecados garantizan la totalidad del crédito. Si el inmueble se fracciona, cada parte sigue garantizando la integridad del crédito. Si fueran varios los inmuebles hipotecados, cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda. La indivisibilidad significa también que cada parte del crédito se encuentra garantizada por la integridad del bien o bienes hipotecados. En tal sentido, si el crédito se divide, la hipoteca subsiste entera en garantía de cada fracción de la deuda. De la misma forma, si el crédito se extingue parcialmente, todo el inmueble hipotecado mantiene plena vigencia y garantiza la parte del crédito no pagado.

Cabe pactar en contra del artículo 1102º. La norma no lo permite expresamente, pero sí procede el pacto porque la indivisibilidad no es un elemento esencial de la hipoteca, si no que está prevista y tiene por finalidad proteger al acreedor. En tal sentido, el acreedor puede renunciar a la indivisibilidad.

¿Puede el deudor exigir la cancelación parcial de una hipoteca en la parte proporcional al pago que ha efectuado? Sí, pero solo en la medida que el acreedor hipotecario haya renunciado expresamente a la indivisibilidad.

La indivisibilidad se vincula con la reducción de la hipoteca. El artículo 1116º del Código Civil dice que el deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación.

Aquí hay que dos conceptos diferentes. Por un lado, el monto de la hipoteca o gravamen, y por otro el importe de la obligación. El monto

de la hipoteca es la suma hasta por la que responde la garantía en caso de ejecución. El importe de la obligación es la suma adeudada. El monto de la hipoteca y el importe de la obligación no tienen que coincidir necesariamente. Puede haber una deuda de 100 y un gravamen de 50. O al revés, una deuda de 50 y un gravamen de 100. En el primero caso, si se ejecuta (remata) el inmueble hipotecado en 200, el acreedor tendrá derecho a cobrarse con el producto del remate solo la suma de 50. En el segundo caso, el acreedor tendrá derecho a cobrarse hasta la suma de 100, en caso la deuda haya crecido hasta ese monto, por concepto de intereses y costos y costas.

Imaginemos el caso de una persona que ha hipotecado dos inmuebles de su propiedad en garantía de una obligación por 100. Cada inmueble se hipoteca con un gravamen de 100. Si el deudor paga el 50% de la deuda, puede pedir la reducción del monto del gravamen en proporción a la parte amortizada. Si el acreedor no reduce el monto de la hipoteca, el deudor puede recurrir al juez para que lo reduzca. Lo que no puede hacer el deudor es exigir que se levante la hipoteca sobre uno de los inmuebles, ya que la hipoteca es indivisible. El monto del gravamen se reduce, pero la hipoteca sobre los dos inmuebles se mantiene incólume.

2.3. Especial

El carácter especial de la hipoteca adopta dos formas: la especialidad en cuanto al bien y la especialidad en cuanto al crédito.

La especialidad en cuanto al bien significa que la garantía debe recaer sobre bienes específicos y que no se pueden hipotecar bienes futuros. Los artículos 1100° y 1106° del Código Civil dan cuenta de este carácter especial de la hipoteca. Conforme al artículo 1100°, la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados. Y según el artículo 1106°, no se pueden constituir hipotecas sobre bienes futuros.

El bien o los bienes que se hipotecan deben individualizarse. El deudor puede hipotecar alguno, varios o todos los inmuebles de su propiedad siempre y cuando cada uno de ellos esté perfectamente concretizado.

La individualización de los bienes se ve reforzada con la inscripción de la garantía. En los Registros Públicos deben determinarse los derechos que se constituyen y los bienes sobre los cuales recaen dichos derechos. Así, además de la inscripción de la hipoteca, debe registrarse el inmueble sobre el que recae la garantía, para lo cual debe describirse con exactitud, consignándose todos los elementos que permitan individualizarlo, tales como su ubicación, situación, extensión, etcétera. Con esto se evita que se inscriban bienes indeterminados o no individualizados.

La especialidad beneficia al deudor, ya que si los inmuebles hipotecados no se individualizaran, sus posibilidades de obtener crédito se verían reducidas por cuanto no le sería fácil otorgar nuevas garantías. Por otro lado, correría el riesgo de afectar íntegramente su patrimonio, con lo cual su crédito se vería aún más restringido. La especialidad aprovecha también al acreedor hipotecario, quien conocerá con precisión la extensión de su derecho, el cual estará plenamente garantizado en razón del rango. Finalmente, la colectividad en general se ve beneficiada con la especialidad de la hipoteca, ya que si los bienes estuvieran indeterminados se restringirían las transacciones.

Por su lado, la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito supone individualizar el crédito garantizado y determinar la cuantía (gravamen) de ese crédito.

Si no se conociera con exactitud el crédito garantizado con la hipoteca y la cuantía de ese crédito, y los inmuebles fueran hipotecados en garantía de todas las deudas presentes y futuras del deudor sin limitación alguna, y por montos indeterminados, el crédito del deudor podría agotarse con la primera hipoteca que otorgase. Resultaría muy difícil, si no imposible, el otorgamiento de otros créditos a su favor, ya que los nuevos acreedores podrían ver crecer ilimitadamente las deudas garantizadas con la hipoteca, reduciéndose o afectándose la garantía del segundo acreedor hipotecario.

La indeterminación del crédito garantizado y del monto del gravamen atentaría, de otro lado, contra la publicidad de la hipoteca. Una eficiente organización de la publicidad hipotecaria tiene capital importancia para la

seguridad de las transacciones comerciales. La inscripción de la hipoteca, que es lo que publicita y da nacimiento a la garantía, impide que puedan existir hipotecas que respalden créditos indeterminados y por montos también indeterminados, pues para que se verifique la inscripción de una garantía hipotecaria es necesario que se individualice el crédito garantizado y se determine la cuantía de ese crédito.

El Código Civil permite que el crédito garantizado sea determinable y que la cuantía de ese crédito también sea determinable. En efecto, los incisos 2º y 3º del artículo 1099º señalan que para la validez de la hipoteca se requiere, entre otros requisitos, que la garantía asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable y que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable.

2.4. Inmobiliario

En el derecho romano la hipoteca podía recaer sobre bienes inmuebles o muebles. La diferencia esencial radicaba en que en la primera no había desposesión, y en la segunda sí. En el derecho francés la concepción varió y la hipoteca fue reducida a los inmuebles y la prenda a los muebles. Este principio fue seguido por nuestra legislación, hasta que la Ley de la Garantía Mobiliaria derogó la prenda.

Con la aparición de ciertos bienes muebles de valor económico e identificable, y por tanto susceptibles de una eficiente publicidad registral —que es lo que realmente interesa para efectos de constituir una garantía hipotecaria—, la naturaleza inmobiliaria de la hipoteca se ha visto seriamente cuestionada.

3. REQUISITOS

El artículo 1099º del Código Civil enumera los requisitos de validez de la hipoteca: (i) que sea constituida por el propietario del bien o por quien esté autorizado por ley, (ii) que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, (iii) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable; y (iv) que se inscriba en el registro.

3.1. Constitución por el propietario

El inciso 1 del artículo 1099° señala como requisito de validez de la hipoteca, que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley. Normalmente se hipoteca el derecho de propiedad, y por eso el constituyente debe ser propietario. Sin embargo, nada impide que se hipoteque el derecho de usufructo u otro derecho susceptible de ser hipotecado, en cuyo caso el constituyente debe ser usufructuario o titular del derecho que se hipoteca.

Este requisito se justifica por cuanto la hipoteca puede terminar, en caso el deudor no cumpla con su obligación principal, en la venta judicial del bien o del derecho real inmobiliario dado en garantía. En tal sentido, es necesario que el constituyente cuente con el poder de disposición. Si no fuera dueño del inmueble que hipoteca, la garantía no produciría efecto.

¿Es válida la hipoteca constituida por un no propietario? Pensemos en el caso de una persona que vende su inmueble y el adquirente no inscribe su adquisición. Luego, el vendedor, que sigue figurando en Registros Públicos como propietario, hipoteca el bien a una persona. Si el adquirente de la hipoteca inscribe su garantía, ¿será eficaz la hipoteca frente a esta persona?

Por la redacción del artículo 1099°, que establece como requisito de «validez» que la hipoteca sea constituida por el propietario del bien, parecería que se trata de un requisito esencial para la existencia del acto jurídico. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para la legislación peruana no es un requisito de validez del acto jurídico contar con el poder de disposición, es decir, ser dueño del bien respecto del cual se celebra un acto de disposición. Por ejemplo, cuando una persona vende un bien que no le pertenece, el acto jurídico es válido, pero no produce efecto. Lo mismo sucede cuando un copropietario dispone del bien material de la copropiedad, aunque el artículo 978° del Código Civil diga que dicho acto solo será «válido» desde el momento en que se adjudica el bien al copropietario que dispuso del bien.

No se trata de un requisito de validez. La hipoteca constituida por un no propietario no producirá efecto, pero será válida. Nada impediría, por ejemplo, que luego de celebrado el contrato de hipoteca el constituyente adquiriera la propiedad del bien, en cuyo caso la garantía produciría efecto.

La parte final del inciso 1º del artículo 1099º dice que la afectación podrá ser efectuada por quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley. Es el caso del representante que hipoteca el inmueble de propiedad de su representado. Para esto debe tenerse en cuenta que, según el artículo 156º del Código Civil, para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

3.2. Inscripción

La inscripción de la hipoteca es un elemento constitutivo del derecho real de hipoteca. No hay derecho real de hipoteca si no se inscribe. Sin inscripción no hay garantía hipotecaria. Podrá haber contrato hipotecario, pero no derecho real de hipoteca.

La inscripción no es un requisito de validez del contrato de hipoteca. La inscripción no es requisito de validez de los actos jurídicos en general, sino que tiene que ser normalmente con la oponibilidad de acto. En algunos casos, como con la hipoteca, la inscripción es constitutiva del derecho.

Para que exista una garantía real es indispensable que el acreedor tenga una seguridad total sobre el bien gravado, que lo tenga sujeto, de forma tal que si el deudor no cumple con la obligación principal, el acreedor hace ejecutar la garantía a fin de ver satisfecho su crédito. En la antigua prenda la sujeción se lograba con la entrega del bien. El acreedor tenía la posesión del bien con lo cual evitaba que el deudor lo transfiera. O mejor dicho, que lo entregara al comprador. En la hipoteca, la sujeción se obtiene a través del registro. Al acreedor le es indiferente que el deudor o constituyente de la garantía venda el bien, porque todo el que lo adquiriera tendrá que soportar la hipoteca.

La inscripción, de otro lado, da publicidad al gravamen. Una buena organización de la publicidad hipotecaria tiene suma importancia para la seguridad de las transacciones comerciales. Si las hipotecas quedaran ocultas entre acreedor y propietario, sería muy difícil, si no imposible, que se otorgaran nuevos créditos en favor del propietario, ya que no podría conocerse la situación jurídica del inmueble que servirá de garantía. La publicidad se da también en beneficio de los futuros adquirentes del inmueble, pues estos tienen que saber si los bienes que desean adquirir se encuentran hipotecados, y de ser este el caso, el importe de los créditos que garantiza.

La inscripción de la hipoteca hace, además, que la garantía sea especial. La inscripción debe indicar con exactitud el crédito garantizado con la hipoteca y la cuantía de ese crédito. De esta forma, y gracias a la inscripción, se impide que puedan existir hipotecas que garanticen créditos indeterminados y por montos también indeterminados.

El tema de la inscripción se vincula con la forma como se constituye la hipoteca. Según el artículo 1098º del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley. La última parte del artículo se refiere al caso de ciertas instituciones que por razones determinadas están facultadas para constituir hipotecas en documento privado con firmas legalizadas.

Hay que distinguir entre el contrato de hipoteca y el derecho de real de hipoteca. La hipoteca se constituye por escritura pública, pero para el nacimiento del derecho real de hipoteca es necesaria la inscripción del contrato de hipoteca en los Registros Públicos.

¿Habría contrato de hipoteca si se constituye la garantía mediante una minuta? Antes de responder esta interrogante hay que referirnos a la forma y a la formalidad del acto jurídico. La forma es la manera de dar a conocer una declaración de voluntad. La formalidad es el requisito que deben cumplir algunos actos jurídicos para que tengan validez. Se habla de formalidades *ad solemnitaten* o *ad probationem*. Las primeras son las necesarias para la validez del acto. Por ejemplo, para la validez de la donación de un inmueble,

el contrato debe constar en escritura pública (artículo 1625° del Código Civil). Las segundas sirven solo como medio de prueba del acto.

Según el artículo 144° del Código Civil, cuando la ley impone una forma —formalidad— y no sanciona con nulidad su inobservancia, se trata de una formalidad *ad probationem*; o sea de un elemento de prueba, no necesario para que el acto sea válido.

El artículo 1098° del Código Civil no dice que la hipoteca sea nula si no se constituye por escritura pública. En consecuencia, en aplicación del artículo 144° del mismo código, se podría concluir que la exigencia de la escritura sería una formalidad *ad probationem*. Por tanto, habría contrato de hipoteca si se constituye la garantía mediante una minuta.

Sin embargo, si la escritura pública no fuera una formalidad *ad solemnitatem*, sería innecesario el artículo 1098°. Es decir, ¿para qué exige dicho artículo la escritura pública si no fuera una formalidad *ad solemnitatem*? Se puede agregar, para los que sostienen esta posición, que en la redacción del artículo —«la hipoteca se constituye [...]»— importa la formalidad *ad solemnitatem* porque contrario *sensu* la hipoteca no se constituye si no se otorga la escritura pública, y si no se ha constituido es que no hay hipoteca.

Existe jurisprudencia de las dos posiciones. Nosotros nos adherimos a la segunda posición. Es decir, que para la validez del contrato de hipoteca este debe contar en escritura pública.

3.3. Obligación y gravamen determinado o determinable

Estos requisitos están previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 1099° del Código Civil. Se trata de requisitos de validez del contrato de hipoteca. En consecuencia, una hipoteca sin obligación u obligación indeterminada, o sin gravamen o gravamen indeterminado, será una hipoteca nula.

Obligación y gravamen determinados son aquellos que resultan del acto constitutivo de la hipoteca. La obligación y el gravamen son determinables cuando no están determinados en la hipoteca pero se establece en el acto constitutivo un procedimiento para su determinación.

La especialidad de la hipoteca no es incompatible con la existencia de garantías que aseguran obligaciones futuras o eventuales. Sin embargo, para satisfacer las exigencias de la especialidad, las obligaciones futuras y eventuales, así como su monto, deben ser determinados o determinables.

Para que la obligación y el gravamen sean determinables se debe indicar, por ejemplo, cuál es el posible origen de la obligación, en qué consistirá la prestación o cuál es su extensión —monto máximo de la obligación—.

El pacto inválido conforme al Código Civil es aquel por el cual las partes señalan que quedan comprendidas en la garantía todas las obligaciones que surjan entre las partes, sin señalar la causa, entidad y extensión de dichas obligaciones o hasta por montos indeterminados.

4. EXTENSIÓN

La extensión de la hipoteca está regulada en los artículos 1101° y 1107° del Código Civil. El artículo 1101° se refiere a la extensión en cuanto al bien y el artículo 1107° a la extensión en cuanto al crédito.

4.1. En cuanto al bien

Según el artículo 1101° del Código Civil, la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.

La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Si lo que se hipoteca es un terreno, la hipoteca se extiende a las construcciones; si se hipoteca una casa, se extiende a todos los bienes con los que fue construida, tales como la arena, cemento, ladrillos y piedras. Lo anterior se justifica porque las partes integrantes forman parte del bien al cual se integran. Son el bien hipotecado.

La hipoteca también comprende los accesorios del bien hipotecado. Si se hipoteca una unidad inmobiliaria productiva, la garantía se extiende a las maquinarias, a los automóviles que estuvieran afectados al negocio,

etcétera; si se hipoteca una casa, la garantía comprende las alfombras, los cuadros, entre otros. En el caso de la unidad productiva, los accesorios son un elemento esencial para la producción económica del bien principal. Es a través de la explotación del bien que el deudor cumple con su obligación frente al acreedor. Forman un todo con el bien principal. Por ello el legislador los incluye en la garantía. En el caso de los accesorios de una casa, el legislador los comprende en la garantía porque aumentan el valor del bien principal y por tanto mejoran la garantía del acreedor. Los accesorios que están comprendidos en la hipoteca son los que existen al momento de la ejecución de la garantía. Los bienes que no estaban permanentemente afectados económica y ornamentalmente al bien hipotecado cuando se constituyó la garantía, pero que luego son afectados, también quedan incluidos en la hipoteca.

La hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones de los seguros del inmueble. Si el inmueble está asegurado, y se produce un siniestro, el monto de la indemnización reemplaza al inmueble. Se produce lo que se conoce como «subrogación real».

Finalmente, la hipoteca comprende el importe de las indemnizaciones de la expropiación. Cuando se expropia un inmueble se extingue la propiedad (artículo 969º, inciso 3º del Código Civil). En estos casos, la hipoteca se extiende al importe de la indemnización. Lo que ocurre, por la subrogación real, es la extinción de la hipoteca y la creación de un derecho real de garantía mobiliaria sobre la indemnización. O mejor dicho, la hipoteca sobre un inmueble se transforma en una garantía mobiliaria sobre el monto de la indemnización.

El artículo 1101º permite el pacto en contra, es decir, que se pacte que la hipoteca no se extienda a las partes integrantes, a los accesorios y al importe de los seguros del inmueble y de las indemnizaciones de la expropiación. No hay ningún inconveniente, en el caso de los accesorios y del importe de los seguros y de las indemnizaciones de la expropiación, en excluirlos de la garantía. Sin embargo, en el caso de las partes integrantes el tema es discutible, porque son el bien mismo y no pueden ser objeto

de derechos singulares. Por ejemplo, ¿se puede pactar que la hipoteca de un terreno no se extienda a las construcciones?

El pacto en contra es posible en aquellos casos en los que las partes integrantes pueden ser objeto de derechos singulares. En efecto, las partes integrantes siguen la condición jurídica del bien principal, pero la ley o el contrato pueden permitir su diferenciación o separación. Esto se permite justamente porque las partes integrantes pueden, por excepción, ser objeto de derechos singulares. Así, sería posible que se hipoteque un edificio de diez pisos y que se excluyan de la garantía los pisos adicionales que se vayan construyendo, una vez que se constituya o regularice el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

El Código Civil no regula todos los supuestos de extensión de la hipoteca. En otras legislaciones la hipoteca se extiende, por ejemplo, a las mejoras que se introduzcan en el bien, a las construcciones sobre el inmueble hipotecado y a las rentas debidas por los arrendatarios.

A pesar de la ausencia de regulación, en el Perú la hipoteca sí se extiende a las mejoras necesarias, útiles y de recreo. Las mejoras necesarias y útiles están incluidas en la hipoteca porque se integran al bien principal. Desde el momento en que se efectúan dichas mejoras pasan a formar parte del bien hipotecado. Se convierten en partes integrantes del bien, por lo que la hipoteca se extiende a ellas. Las mejoras de recreo no se integran necesariamente al bien hipotecado. Incluso así, la hipoteca se extiende a ellas porque serían accesorios los que están comprendidos en la hipoteca.

Con respecto a las construcciones, el Código Civil se refiere a ellas como un caso de accesión industrial (artículos 941º a 945º). Allí se regulan los conflictos que puede haber cuando se edifica de buena o mala fe en terreno ajeno, cuando el propietario del suelo sobre el que se edifica obra de mala fe, cuando se invade con una edificación una propiedad vecina y cuando se edifica con materiales ajenos. El Código Civil no dice nada sobre las construcciones que hace el propietario sobre su propio terreno. En estricto no se trata de mejoras. Se trata de bienes que se van integrando al terreno. Los bienes con los que se construye una edificación se van uniendo poco a poco al terreno, se van incorporando a él. Las construcciones

son entonces partes integrantes. Por tanto, la hipoteca se extiende a las construcciones que hace el propietario en su terreno hipotecado.

¿Es necesario que la edificación se inscriba en los Registros Públicos para que la hipoteca se extienda a ella? Claro que no. El Código Civil no dice que las partes integrantes del bien hipotecado deban estar inscritas. Lo mismo sucede cuando se hipoteca una casa y solo está inscrito el terreno, o con los accesorios —a los cuales la hipoteca también se extiende— que no se inscriben en los registros. Por mandato legal es suficiente que existan construcciones al constituirse la hipoteca o que se realicen con posterioridad, para que la garantía se extienda a ellas.

Si las construcciones son hechas por un tercero la solución es la misma. La hipoteca se extiende porque igualmente se integran al bien. Un tema distinto es quién es dueño de las construcciones. Si el dueño del terreno hipotecado sobre el que un tercero edifica, opta por obligar al invasor a que le pague el terreno (artículo 941° del Código Civil), o si el invasor opta por pagar el valor del terreno (artículo 942° del Código Civil), la hipoteca igualmente se extiende a las construcciones, pero el nuevo propietario del bien hipotecado será un tercero, distinto del deudor.

Respecto a los frutos, la hipoteca no se extiende a las rentas. La razón es muy simple: el Código Civil no las contempla. Si el bien hipotecado estuviera generando una renta, o se debiera un monto determinado por concepto de rentas al momento de la ejecución, el acreedor no tiene ningún derecho en razón de la hipoteca. ¿Cabe el pacto para que la hipoteca se extienda a las rentas debidas por los arrendatarios? No. El pacto al que se refiere el artículo 1101° del Código Civil es para que se excluyan de la hipoteca los conceptos que se mencionan en dicha norma, y no para que ingresen otros.

4.2. En cuanto al crédito

Según al artículo 1107° del Código Civil, la hipoteca cubre el capital, los intereses que devenguen, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio.

La hipoteca garantiza el principal del crédito, esto es, el capital. Este es justamente el objeto de la hipoteca. Por lo general el monto del gravamen —suma máxima hasta por la cual responde el bien hipotecado— coincide con el capital. Sin embargo, nada impide que la hipoteca cubra parte del capital. La responsabilidad hipotecaria sería entonces menor que el principal del crédito. En este caso, la hipoteca cubriría solamente la parte del capital que fue garantizado.

Si el crédito principal genera intereses, ellos son cubiertos por la hipoteca. Lo anterior se justifica porque los intereses tienen el carácter de una prestación accesoría del crédito principal. La hipoteca garantiza ilimitadamente todos los intereses que genere el crédito, pero hasta por el monto del gravamen.

Si el inmueble hipotecado se encuentra asegurado, las primas que el acreedor hipotecario pague por dicho seguro también estarán cubiertas por la hipoteca.

Cuando el acreedor hipotecario es un banco o una institución de crédito, el deudor por lo general queda obligado a asegurar el inmueble y a endosar la póliza a favor del acreedor. No sucede lo mismo cuando el acreedor no es un banco ni una institución de crédito. Esto no impide que el acreedor contrate por su cuenta el seguro. En este caso, las primas que pague estarán cubiertas por la hipoteca.

Con respecto a las costas del juicio, cuando se redactó el Código Civil de 1984 estaba vigente el Código de Procedimientos Civiles que se refería a las costas. El Código Procesal Civil alude a costas y costos. Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Los costos son los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo. Tanto costas como costos están cubiertos por la hipoteca.

Los intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos del proceso se ubican con igual rango y con la misma preferencia que el crédito principal. Si hubieran varios acreedores hipotecarios y el

bien es rematado, el valor que arroje su venta es destinado, en primer lugar, a satisfacer el crédito del primer acreedor hipotecario, incluidos los intereses que se hayan generado, las primas y las costas y costos. Si hubiera un remanente del monto que arroje la venta del inmueble, dicho monto es destinado, en segundo lugar, a satisfacer el crédito del segundo acreedor hipotecario, incluidos intereses, primas y costas y costos.

Es posible pactar en contra de lo dispuesto en el artículo 1107º del Código Civil. En consecuencia, las partes pueden pactar que la hipoteca no cubra los intereses que generen el crédito principal, las primas del seguro pagadas por el acreedor o las costas y costos del proceso.

La extensión en cuanto al crédito se vincula con la cobertura de la hipoteca. Las hipotecas se constituyen usualmente hasta por un monto determinado. Ese monto determinado, el gravamen, es la suma hasta por la cual responde la garantía. Sucede que la hipoteca cubre, además del capital, los intereses que devengue dicho capital, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos de un eventual proceso de ejecución de la garantía. Puede ocurrir que la deuda —capital más intereses, primas, costas y costos— sobrepase el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos. En tal eventualidad, se presenta la discusión acerca de si la hipoteca cubre toda la deuda, así sobrepase el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos, o solo la deuda hasta por el monto del gravamen. La discusión tiene importantes consecuencias prácticas, pues dependiendo de la posición que se adopte, pueden haber terceros seriamente perjudicados.

El tema tiene relación con la especialidad de la garantía. Como se ha dicho, la especialidad es una característica de la hipoteca que consiste en que solo se pueden gravar bienes determinados y existentes —especialidad en cuanto al bien— y en garantía de obligaciones determinadas o determinables y hasta por montos determinados o determinables —especialidad en cuanto al crédito—.

El fundamento de la especialidad radica básicamente en proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado,

favoreciendo con ello la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general. La idea es muy simple. Si los terceros no conocen la responsabilidad hipotecaria del inmueble, muy probablemente no adquirirán el bien o celebrarán contratos respecto de él, por miedo a perder su propiedad en caso el deudor incumpla su obligación frente al acreedor hipotecario. Difícilmente el deudor recibirá nuevos créditos con la garantía del mismo bien, porque los acreedores no tendrán la seguridad de ver satisfecho su crédito, ya que no tendrán cómo saber hasta por cuánto responde el inmueble. Una hipoteca sin gravamen conocido —o conocible— sería casi equivalente a una hipoteca oculta, es decir, una hipoteca que no es conocida, que no figura en los Registros Públicos.

Para un sector, aunque en los Registros Públicos se establezca un monto determinado como gravamen, dicho monto puede aumentar conforme crece la obligación garantizada. El crédito crece por intereses, por primas y por costas y costos, y tal crecimiento es determinable por los terceros. En tal sentido, el aumento de la responsabilidad hipotecaria no atenta contra la especialidad de la hipoteca porque los adquirentes del inmueble o segundos y ulteriores acreedores hipotecarios pueden determinar el monto del crédito en base a la información registral.

Para otro sector, la hipoteca cubre la deuda —principal y accesorios— solo hasta por el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos. La deuda puede crecer, pero dicho crecimiento está garantizado solo hasta por el monto del gravamen; monto que puede ser inclusive mayor que el de la deuda.

Esta posición, a la cual nos adherimos, es cuestionada porque la hipoteca es un derecho accesorio y la parte del monto del gravamen que excede de la deuda garantizada es un crédito inexistente. La crítica no tiene sustento porque la hipoteca puede garantizar obligaciones futuras, y los accesorios del crédito principal son obligaciones futuras. Lo que se requiere para efectos registrales es simplemente que dichas obligaciones sean determinables, y si así se especifica en los Registros Públicos, se cumple con la especialidad.

Existe un tercer sector que tiene una posición intermedia. Si el deudor de la obligación principal es a su vez constituyente de la garantía, la hipoteca cubre todo el crédito —principal y accesorios—, así sobrepase el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos. En cambio, si el constituyente de la garantía es distinto del deudor, la hipoteca solo cubre hasta por el monto inscrito. Esta posición es discutible, porque es irrelevante que el constituyente de la hipoteca sea el deudor principal o no. El tema central es si se cumple con la especialidad de la hipoteca, para lo cual no interesa determinar quién constituyó la garantía.

Las distintas posiciones se han visto reflejadas en diversos artículos de doctrina y decisiones judiciales. Sin embargo, la posición mayoritaria es que la hipoteca no se extiende más allá de la suma fijada en la garantía, por lo que el monto mayor al gravamen que pesa sobre el bien no resulta exigible con cargo a la hipoteca.

De la información registral no es posible determinar con exactitud el monto de la responsabilidad hipotecaria. Es cierto que el monto del interés pactado debe inscribirse en los Registros Públicos, pero la tasa de interés puede cambiar y esto no se ve reflejado en el registro. Los intereses moratorios y otros gastos que cobran los acreedores tampoco aparecen en los Registros Públicos. Mucho menos las costas y costos, cuyo monto puede ser importante. ¿Cuál sería entonces la seguridad del tercero?

5. PERSECUCIÓN

La persecución es consecuencia de la oponibilidad del derecho real de hipoteca. El supuesto es el del constituyente de la hipoteca, propietario del bien gravado, que lo vende a un tercero. El tercer adquirente conoce por la información registral que el inmueble estaba hipotecado. Sufre entonces el embate del acreedor hipotecario, a pesar que no tiene una relación jurídica con él.

Además del artículo 1097º, los artículos 1109º y 1117º del Código Civil dan cuenta de la facultad persecutoria de la que goza el acreedor

hipotecario. Según estas normas, el acreedor cuya hipoteca comprende varios inmuebles puede perseguir a todos ellos simultáneamente o solo a uno, incluso cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diversas personas o existieren otras hipotecas. Asimismo, el acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal, o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor impide que se ejecute el bien que esté en poder de un tercero.

6. PREFERENCIA

La preferencia significa que el acreedor hipotecario cobra antes que otros acreedores. Este derecho, sin embargo, está limitado. Por un lado, el pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador es prioridad sobre los créditos hipotecarios, conforme a lo establecido en el artículo 24º de la Constitución. Puede ocurrir, por ejemplo, que una empresa les deba a sus trabajadores y que haya hipotecado un inmueble de su propiedad a favor de un tercero. Si el tercero, ante el incumplimiento de la empresa, le inicia un procedimiento de ejecución de garantías y saca el inmueble a remate, los trabajadores de la empresa cobran primero, y en segundo lugar, si alcanza, el acreedor hipotecario.

Por otro lado, en el caso de los procedimientos de disolución y liquidación, en el marco de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, los acreedores hipotecarios cobran en tercer lugar, después de los trabajadores y de los alimentistas.

Por último, el crédito hipotecario tampoco es preferente respecto de un crédito cuyo acreedor ha logrado un embargo anotado en el registro con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. En este caso, el embargo es preferente en virtud del artículo 2016º, que dispone que la preferencia de los derechos que otorga el registro se determina por la prioridad de la inscripción. En otras palabras, si primero se inscribe el embargo del bien y luego la hipoteca, tiene preferencia el embargo.

Entonces, ¿cuál es la preferencia que otorga la hipoteca? La preferencia de la cual goza el acreedor hipotecario se refiere a los créditos quirografarios, es decir a los acreedores que no tienen una garantía específica. Puede haber créditos quirografarios incluso anteriores a un crédito hipotecario. En tal caso, el acreedor hipotecario cobra primero.

El derecho de preferencia se relaciona con el rango de las hipotecas. El rango es el lugar que ocupa una hipoteca para determinar su preferencia respecto de otras hipotecas. Puede haber varias hipotecas sobre un mismo bien. El primer acreedor hipotecario tendrá derecho a cobrar primero, el segundo cobra luego y así.

El Código Civil tiene una norma relativa al rango de las hipotecas. El artículo 1112º señala que las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de la inscripción, salvo cuando se ceda su rango. Este dispositivo se pone en el caso que existan dos o más créditos hipotecarios, caso en el cual prevalecerá la hipoteca que se inscribe primero.

La parte final del artículo 1112º faculta al acreedor a que ceda su rango. Esto no presenta problema alguno porque la preferencia es un derecho que favorece al acreedor. En tal sentido, este puede renunciar a ella, cediendo su rango, siempre que no se afecten derechos de terceros. Podría ocurrir, por ejemplo, que un inmueble esté afectado por tres hipotecas, la primera hasta por 100, la segunda hasta por 100 y la tercera hasta por 200, y que el primer acreedor hipotecario y el segundo intercambien su rango. La primera hipoteca pasaría a ser segunda y la segunda a primera. Habría inconveniente, sin embargo, si el primer acreedor hipotecario y el tercer acreedor hipotecario intercambian su rango, porque se afectaría al segundo acreedor hipotecario.

Así como el acreedor preferente puede ceder totalmente su rango a otro acreedor hipotecario, igualmente puede ceder parcialmente su rango, con lo cual pueden existir dos acreedores con el mismo rango en proporciones iguales o diferentes.

7. VENTA JUDICIAL

Si el deudor no cumple con el pago de su obligación, el acreedor tiene el derecho de solicitar la venta judicial del bien dado en garantía. El proceso de ejecución está regulado en el Código Procesal Civil (artículos 720° y siguientes).

La venta judicial prevista en el artículo 1097° del Código Civil es una disposición de orden público. En consecuencia, es nulo cualquier pacto por medio del cual se pretenda vender el bien de un modo distinto al judicial. Sería nulo, por ejemplo, que las partes acuerden la venta extrajudicial del bien.

Al igual que el artículo 1097° del Código Civil, las normas contenidas en el Código Procesal Civil son de orden público. De forma tal que también sería nulo cualquier pacto por medio del cual el deudor renuncie a los trámites consignados para el proceso de ejecución de garantías.

Excepcionalmente se admite que la hipoteca se ejecute en la vía arbitral, cuando así ha sido pactado en el respectivo convenio arbitral, pero para rematar el bien habrá que acudir al Poder Judicial. No se trataría de un proceso de un proceso de ejecución de garantías, sino uno de ejecución de laudo arbitral.

En este punto debemos referirnos al pacto comisorio. Es nula la cláusula por medio de la cual se faculta al acreedor a adquirir la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca, en caso el deudor incumpla con su obligación. Así lo dispone el artículo 1111° del Código Civil.

La prohibición se ha establecido en beneficio del deudor por cuanto podría incluir préstamos leoninos. El valor del bien dado en garantía podría ser muy superior a la deuda garantizada, con lo cual el acreedor resultaría beneficiado con perjuicio del deudor, adquiriendo el inmueble por un valor nimio.

Con relación al derecho que tiene el acreedor de hacer vender judicialmente el bien, es importante tener en cuenta que este derecho no se ejercita solamente cuando el deudor no cumple con la obligación

principal. Puede ocurrir que los bienes hipotecados se deterioren de modo tal que resulten insuficientes como garantía. En este caso, el acreedor está facultado, de acuerdo con el artículo 1110° del Código Civil, a pedir el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo. Si el deudor no cumple con la obligación o si no la garantiza a satisfacción del acreedor, este puede solicitar la venta judicial del bien.

Ahora bien, un mismo inmueble puede ser hipotecado dos o más veces. Puede ocurrir que el crédito garantizado con una hipoteca posterior venza antes que el crédito garantizado con una anterior. El segundo acreedor hipotecario tendrá derecho a demandar la ejecución del bien hipotecado, pero no a cobrar primero, porque su garantía es segunda en rango. El primer acreedor hipotecario no tendrá derecho a cobrar aún, porque su crédito todavía no es exigible. ¿Cómo se garantiza el derecho del acreedor hipotecario preferente? Producido el remate, ¿se cancela la primera hipoteca?

La versión original del artículo 739° del Código Procesal Civil señalaba que producido el remate y depositado el precio, el juez cancelaba todo gravamen que pesaba sobre el bien, salvo la medida cautelar de anotación de demanda. La redacción de esta norma generó discusión acerca de si por «todo» gravamen comprendía también a los gravámenes anteriores a la hipoteca ejecutada.

El artículo 739° fue modificado, precisándose que el juez cancela, además de todo gravamen, las cargas inscritas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca. Con esta distinción ha quedado claro que los gravámenes que se cancelan son los anteriores y posteriores a la hipoteca.

8. EXTINCIÓN

Debe distinguirse entre extinción y cancelación de la hipoteca. La extinción significa que la hipoteca termina para las partes. La cancelación supone anular su inscripción en los Registros Públicos.

El artículo 1122° del Código Civil señala que la hipoteca se «acaba» por extinción de la obligación que garantiza; por anulación, rescisión o

resolución de dicha obligación; por renuncia escrita del acreedor y por consolidación. Esta norma incurre en error porque la hipoteca no se «acaba» sino que se «extingue» y porque al enumerar causales de extinción omite otras, como la venta judicial del bien.

Las causales enunciadas tienen aplicación inmediata entre las partes del negocio jurídico hipotecario, esto es, son plenamente oponibles *inter partes* en la relación jurídica generada entre el constituyente de la garantía y el acreedor. Así, verificadas las causales previstas en el artículo 1122° del Código Civil, la garantía peca de manera automática entre los sujetos de la relación obligatoria.

Ahora bien, como quiera que estemos frente a un derecho de constitución registral, los efectos de dicha extinción hacia terceros están supeditados a su inscripción (cancelación), tal como lo dispone el artículo 91° del TUO del Reglamento General de Registros Públicos.

La hipoteca se extingue por vía principal o por vía accesoria. En el primer caso, desaparece en forma directa e independiente de la obligación que garantiza. En el segundo caso, desaparece como consecuencia de la extinción de la obligación que garantiza.

La extinción de la obligación principal es la consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca: sin deuda no hay garantía. La obligación principal puede extinguirse por cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones establecidas en el Código Civil: pago, novación, compensación, condonación, etcétera. La obligación principal debe extinguirse totalmente. Si subsistiera parte de la obligación principal, tendría plena vigencia toda la hipoteca en virtud del carácter indivisible del gravamen.

La anulación, rescisión o resolución de la obligación principal conllevan la extinción de la hipoteca. Esta es, al igual que la extinción de la obligación principal, la consecuencia del carácter accesorio de la garantía.

El acreedor puede renunciar a la hipoteca con lo cual se extingue automáticamente el gravamen. El Código Civil solamente exige que la renuncia sea por escrito. El documento donde conste la renuncia, ya sea público o privado, tendrá los mismos efectos: la extinción de la garantía.

La hipoteca también se extingue cuando se destruye el inmueble sobre el cual recae. Se trata de la destrucción total del bien. Si la destrucción es parcial, subsistirá la hipoteca sobre el resto del inmueble, en razón de la indivisibilidad del gravamen. Así, y a modo de ejemplo, si se produce un terremoto y se destruyen las edificaciones de un inmueble, la hipoteca subsistirá sobre el terreno sobre el cual se levantó la edificación. En este caso la hipoteca cubrirá, además, el importe de las indemnizaciones de los seguros de las construcciones, en caso estuvieran aseguradas. Destruído totalmente el inmueble, seguirá sin embargo vigente la obligación principal.

Finalmente, la hipoteca se extingue por reunirse en una persona la condición de propietario de un inmueble hipotecado y acreedor cuya garantía es el mismo inmueble.

Un supuesto de extinción no regulado en el Código Civil es el previsto en el artículo 3º de la Ley N° 26639. Esta norma establece lo siguiente:

Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado.

El antecedente del artículo 3º de la Ley N° 26639 es el artículo 1049º del Código Civil de 1936, según el cual «Las inscripciones de las hipotecas y de los gravámenes indicados en los incisos 5º a 8º del artículo 1042, inclusive las que consten en los asientos de dominio, se extinguirán a los treinta años de las fechas de las respectivas inscripciones si no fueran renovadas».

¿Por qué se extingue la inscripción de la hipoteca a los diez años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado? La razón es que a los diez años prescribe la acción para exigir el cumplimiento de la

obligación principal, con lo cual prescribe a su vez y por vía accesoria, la acción para ejecutar la hipoteca. No debe confundirse la prescripción de la hipoteca —de la acción hipotecaria— con la prescripción del crédito garantizado con la hipoteca. En este último caso, la consecuencia es la extinción del gravamen. En el primer caso el crédito no se afecta necesariamente con la extinción de la acción real. En cualquier caso, si a los diez años prescribe la acción hipotecaria, también se extingue la inscripción de la hipoteca.

9. PREGUNTAS

1. Si la hipoteca es un derecho accesorio, ¿cómo puede garantizar obligaciones futuras y eventuales?
2. ¿Qué significa que la hipoteca sea un derecho indivisible?
3. ¿En qué consiste la especialidad en cuanto al bien?
4. ¿Por qué debe inscribirse la hipoteca?
5. ¿Cuál es la diferencia entre contrato de hipoteca y derecho de real de hipoteca?
6. ¿A qué se extiende la hipoteca en cuanto al bien?
7. ¿Qué sucede si la deuda sobrepasa el monto del gravamen? ¿La hipoteca cubre toda la deuda, o solo la deuda hasta por el monto del gravamen?
8. ¿Cuál es la preferencia que otorga la hipoteca?
9. ¿En qué casos se extingue la hipoteca?

CAPÍTULO 8

GARANTÍA MOBILIARIA

1. NOCIÓN

En el Perú hay prendas en función del deudor o del acreedor, prendas con entrega o sin entrega del bien afectado, con o sin inscripción, prendas para bancos o para determinados sectores económicos. En fin, había un sinnúmero de prendas sin mucha coherencia entre ellas. De otro lado, las normas legales protegían al deudor por considerarlo la parte débil de la relación jurídica, cuando en realidad había que proteger al acreedor, pues este es el que otorga el crédito. La prohibición del pacto comisorio es un ejemplo de estas normas. Por último, los costos de las prendas eran sumamente altos. La identificación del bien, el acceso al registro, la ejecución, entre otros, generaban costos excesivos que en última instancia no incentivaban y encarecían el crédito.

La Ley N° 28677 creó la garantía mobiliaria y derogó las prendas que existían en la legislación peruana. La garantía mobiliaria es sumamente novedosa y ha revolucionado el sistema de garantías en el Perú. Varios de los principios y características de las garantías clásicas —prenda e hipoteca—, provenientes del derecho romano, han sido dejados de lado. La Ley N° 28677 pone énfasis en el acreedor y abarata la constitución de la garantía y su ejecución.

La garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico unilateral o plurilateral, en respaldo de una obligación de cualquier naturaleza.

El concepto de bien mueble en la garantía mobiliaria es sumamente amplio. No solo están comprendidos los bienes muebles enumerados en el artículo 886° del Código Civil, sino también los bienes muebles futuros, las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios rodantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles, y en general, todos los bienes muebles registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, entre otros.

Históricamente, la garantía sobre los bienes muebles era la prenda. La prenda era considerada un derecho real de garantía que se constituía mediante la entrega del bien al acreedor o a un tercero. También se entendía por prenda al contrato por el que uno se obligaba a entregar un bien mueble en garantía de una obligación. En realidad, el contrato obligaba al constituyente a entregar un bien mueble en garantía de una obligación, pero era la entrega lo que hacía que naciera el derecho real de prenda. Se distinguía así entre título de adquisición del derecho real de prenda y modo de adquisición del derecho. El título era el acto jurídico por el que se establecía la voluntad de gravar el bien. El modo, es decir, la entrega, era el acto por el que efectivamente se gravaba el bien.

La entrega era un elemento esencial de la garantía y tenía por objeto que el deudor no se quedara con el bien, ya que de lo contrario podía venderlo y entregarlo a un tercero, quedándose el acreedor sin garantía. La entrega se justificaba también porque a través de ella se obtenía la posesión del bien, lo que constituía una forma de publicitar el gravamen, de dar a conocer a los terceros que el bien estaba afectado en garantía. Con la entrega, en definitiva, el acreedor sujetaba el bien, efecto que tiene la inscripción en materia hipotecaria.

La entrega del bien podía realizarse al acreedor o a un tercero. Lo importante no era que el bien se entregase al acreedor, sino que el deudor

no se quedara con la posesión —plena, al menos— del bien. Por eso el bien podía ser entregado a un tercero, física o jurídicamente. La entrega física suponía desplazamiento posesorio; la jurídica la inscripción de la garantía.

A diferencia de la prenda clásica, en la garantía mobiliaria no es necesaria la entrega. La entrega en el Perú no es más que un elemento esencial de la garantía sobre bienes muebles. Sin embargo, nada impide que se entregue el bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario. ¿En qué supuesto le interesará al acreedor que le entregue a él o a un tercero el bien? En el caso de bienes no identificables, en los que posesión y propiedad se identifican. En estos casos, la seguridad del acreedor consistirá, al igual que con la prenda clásica, en que el deudor no tenga el bien. Es cierto que conforme al artículo 13° de la Ley de la Garantía Mobiliaria la enajenación del bien no perjudica la plena vigencia del bien dado en garantía, salvo cuando el bien es adquirido en tienda o local abierto al público, pero la persecutoriedad puede tornarse ineficaz si el deudor mantiene la posesión en este tipo de bienes.

En la garantía mobiliaria la publicidad la da la inscripción. La garantía mobiliaria, para que sea oponible frente a terceros, debe registrarse.

La garantía mobiliaria es un derecho accesorio. Toda vez que ella se constituye con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, solo existe en la medida que exista tal obligación. La obligación es el soporte necesario de la garantía, salvo el caso excepcional de las denominadas garantías mobiliarias abiertas y garantías mobiliarias preconstituidas. En estos dos casos, la garantía existe a pesar de no existir la obligación cuyo cumplimiento asegura. Como consecuencia del carácter accesorio de la garantía mobiliaria, esta sigue la suerte de la obligación principal. Si la obligación se anula, por ejemplo, también se anula la garantía mobiliaria.

La garantía mobiliaria, finalmente, puede garantizar el cumplimiento de cualquier obligación, simple o modal, presente o futura, de dar, hacer o no hacer.

2. CONSTITUCIÓN

La garantía mobiliaria se constituye mediante un acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral. Sin embargo, para que la garantía sea oponible frente a terceros, debe estar inscrita en el registro correspondiente, es decir, en el Registro Jurídico de Bienes o en el Registro Mobiliario de Contratos, según se trate de bienes muebles registrados o no registrados.

El acto jurídico constitutivo debe constar por escrito y puede instrumentalizarse por cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien lo otorga, lo que incluye télex, telefax, intercambio electrónico de datos y medios ópticos o similares.

El acto jurídico debe contener como mínimo los datos que permitan la identificación del constituyente, del acreedor garantizado, del deudor, del depositario y del representante, de ser el caso; en caso de bienes no registrados, la declaración jurada del constituyente sobre la condición de propietario del bien; el valor del bien acordado por las partes; el monto determinado o determinable del gravamen; la identificación y descripción del bien; la descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes; la fecha cierta del documento constitutivo; el plazo de vigencia de la garantía; la forma y condiciones de ejecución; y, la indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda.

El artículo 19º de la Ley de la Garantía Mobiliaria señala que los requisitos antes mencionados «deben» estar contenidos en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, con lo cual parecería indicar que los requisitos son de validez. Esto, sin embargo, no parece razonable en todos los casos.

Algunos de los requisitos sí son esenciales a la garantía, como por ejemplo, la exigencia de consignar el monto determinado o determinable del gravamen. En cambio, no debería ser un requisito de validez de la garantía la exigencia de consignar el documento nacional de identidad de alguna de las partes intervinientes en la garantía.

3. GARANTÍA PRECONSTITUIDA

La garantía preconstituida es aquella por la que se afecta un bien que no es del constituyente, sea el deudor o un tercero, o la que recae sobre un bien futuro o la que asegura el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. Es preconstituida porque su eficacia queda sujeta a que el constituyente adquiera la propiedad del bien, llegue a existir el bien o se contraiga la obligación futura o eventual.

Nada impide que una persona que no es propietaria de un bien lo afecte en garantía o que la garantía esté relacionada con un bien que no existe o que asegure el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. En todos estos casos, la garantía es válida, y por tanto existe, aunque no tenga eficacia.

Con respecto a la garantía preconstituida de bienes ajenos, uno de los requisitos de la prenda clásica era que el constituyente fuera el propietario del bien. Se trataba de un requisito de validez del derecho real de prenda, por lo que la prenda de un bien ajeno era una garantía inválida. Apartándose de la prenda clásica, la garantía mobiliaria no exige como requisito de validez de la garantía que el constituyente sea el propietario del bien mueble. Más bien, permite que la garantía recaiga sobre un bien ajeno. En consecuencia, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida.

En los tres casos de garantía mobiliaria preconstituida —bien que no es del constituyente, la que recae sobre un bien futuro o la que asegura el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales— debe dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía del carácter ajeno o futuro del bien mueble o de la naturaleza futura o eventual de la obligación garantizada. Ello en razón de que la garantía preconstituida debe inscribirse y los terceros sabrán que se trata de una garantía cuya eficacia está condicionada. Pero para que nazca la relación jurídica entre las partes derivada de una garantía preconstituida, no es necesario que se deje constancia en el acto jurídico constitutivo. En otras palabras, si no

se deja constancia en el acto constitutivo de la garantía preconstituida de la naturaleza ajena o futura del bien, o de la obligación futura o eventual, la garantía preconstituida es válida, aunque sin eficacia frente a terceros.

En el caso del bien ajeno, puede ocurrir que el acreedor garantizado no sepa que el bien es ajeno y a pesar de ello la garantía subsiste, siempre que tenga buena fe, conforme lo establece el artículo 24° de la Ley de la Garantía Mobiliaria. En esta eventualidad, el acreedor podría pedir la anulación del acto por error. Sin embargo, si el acreedor recibe una garantía preconstituida y sabe que el bien es ajeno, pero tal circunstancia no se consigna en el acto constitutivo, la garantía preconstituida existe y produce efecto, al menos en la relación entre las partes.

La constancia que se debe poner en el acto constitutivo de la garantía preconstituida no tiene por objeto regular la relación entre el constituyente y el acreedor garantizado, sino exclusivamente la oponibilidad frente a terceros, como se ha mencionado.

Sin perjuicio de lo anterior, si no se deja constancia en el acto jurídico constitutivo del carácter ajeno o futuro del bien o de la naturaleza futura o eventual de la obligación, la garantía preconstituida no se podrá inscribir como tal en el Registro Mobiliario de Contratos o en el Registro Jurídico de Bienes, según sea el caso, pues el artículo 81° del Reglamento de las Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos, aprobado por Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 142-2006-SUNARP-SN, exige para efectos registrales que en el título se señale expresamente la causal que sustenta la garantía preconstituida.

Con respecto a la eficacia de la garantía preconstituida, para que produzca efecto se debe producir lo siguiente: en el caso de la garantía sobre un bien mueble ajeno, el constituyente debe adquirir la propiedad del bien; en el caso de un bien mueble futuro, el bien debe llegar a existir; y, en el caso de una obligación futura o eventual, la obligación debe contraerse.

Jurídicamente, la garantía preconstituida queda sujeta a la condición suspensiva de que ocurra alguno de los tres eventos, según sea el caso. Se trata de una condición impuesta por la ley. Y es suspensiva, debido a que

queda en suspenso la eficacia de la garantía hasta que se produzca alguno de los tres eventos.

Cuando se verifica el evento y como consecuencia de ello la garantía preconstituida adquiere eficacia, debe inscribirse tal circunstancia en el registro correspondiente.

Para que la garantía mobiliaria preconstituida surta efecto frente a terceros, debe inscribirse en el registro correspondiente. Una vez que obtiene eficacia, ya sea porque el constituyente adquiere la propiedad del bien o porque el bien afectado llega a tener existencia o porque se contrae la obligación futura o eventual, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

Hay, si se quiere, dos momentos a nivel registral. En un primer momento se inscribe la garantía preconstituida. El efecto de esta garantía queda subordinado al cumplimiento de la condición; adquisición del bien, existencia del mismo o nacimiento de la obligación. En un segundo momento se inscribe el cumplimiento de la condición. A partir de allí, la garantía adquiere eficacia retroactiva desde la fecha de inscripción de la garantía preconstituida en el registro correspondiente. En estricto, los efectos se retrotraen a la fecha y hora en que ingresó el formulario de inscripción de la garantía preconstituida al registro correspondiente, porque conforme al artículo 37° de la Ley de la Garantía Mobiliaria, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora de presentación del título correspondiente. Es decir, verificada la condición, la garantía produce efecto desde que se inscribió —fecha y hora de presentación— la garantía mobiliaria preconstituida.

La verificación del evento que hace que la garantía preconstituida adquiera eficacia debe inscribirse en el registro correspondiente. Esto se debe a que a través de la inscripción, que se presume conocida sin admitirse prueba en contrario (artículo 38° de la Ley de la Garantía Mobiliaria), los terceros toman conocimiento de la eficacia de la garantía preconstituida.

4. GARANTÍA MOBILIARIA A *NON DOMINO*

La garantía mobiliaria *a non domino* es la que constituye una persona que no es dueño del bien que afecta.

En el Perú se ha discutido mucho acerca de la validez de las garantías —prenda e hipoteca— de bienes ajenos. En materia prendaria, el Código Civil vigente (artículo 1072º) decía que en caso el bien dado en prenda no fuera del constituyente, el acreedor tenía derecho a que se le entregara otro bien equivalente. No había en el Código Civil, en el título de «prenda», una norma equivalente al artículo 948º —adquisición de la propiedad *a non domino*—, como sí la había en el Código Civil de 1936 (artículo 1000º). Más bien, el código señalaba expresamente que era requisito de validez de la prenda que el bien fuera gravado por su propietario, de forma tal que una prenda respecto de un bien ajeno era una garantía inválida.

Apartándose de la prenda clásica, el primer párrafo del artículo 24º de la Ley de la Garantía señala que «Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario [...]».

La norma dice que la garantía no tendrá efectos frente al propietario, pero no que sea inválida. Teniendo en cuenta que no es requisito de validez de la garantía mobiliaria que el constituyente sea el propietario del bien mueble, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida, aunque no produzca efectos.

El supuesto de la garantía mobiliaria *a non domino* es distinto al de la garantía mobiliaria preconstituida cuando esta recae sobre un bien ajeno. En este último caso, el constituyente y el acreedor garantizado saben que el bien es ajeno, al punto que en el acto constitutivo de la garantía preconstituida se debe dejar constancia del carácter ajeno del bien mueble. En cambio, en la garantía mobiliaria *a non domino* el constituyente afecta un bien ajeno como si fuera suyo y el acreedor garantizado no sabe, en principio, que el bien era ajeno. Por esta razón, en el acto jurídico

constitutivo de la garantía preconstituida no se hace referencia a la calidad ajena del bien mueble.

De otro lado, una garantía preconstituida sobre un bien ajeno tiene eficacia siempre que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien. Es cierto que la eficacia de la garantía se retrotrae a la fecha de inscripción de la garantía en el registro correspondiente, pero ello ocurre en la medida que se verifique la condición. En la garantía *a non domino*, por el contrario, la garantía produce efecto desde que se constituyó, siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. En este último caso, no hay condición que cumplir; no es necesario que el constituyente adquiera la propiedad del bien.

Con respecto a la eficacia de la garantía mobiliaria *a non domino*, el segundo párrafo del artículo 24º de la Ley señala que «[...] Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe».

En el caso de los bienes registrados, el principio de legitimación registral protege al tercero que contrata con el que tiene derecho inscrito. En el caso de los bienes no registrados en los que el constituyente es legítimo poseedor, es la posesión del constituyente lo que protege al tercero. El poseedor es reputado propietario. La presunción es casi absoluta en materia de bienes muebles porque la prueba en contrario es muchas veces imposible. Por eso la presunción legitima al constituyente a otorgar la garantía mobiliaria y en última instancia al tercero a adquirir el derecho.

5. EXTENSIÓN

La extensión de la garantía mobiliaria está regulada en los artículos 3.2, 6º, 14º y 15º de la Ley de la Garantía Mobiliaria. Los artículos 6º, 14º y 15º se refieren a la extensión en cuanto al bien y el artículo 3.2 a la extensión en cuanto al crédito.

Con respecto a la extensión en cuanto al bien, la garantía mobiliaria se extiende a todo aquello que las partes acuerden. En ausencia de pacto sobre la extensión, la garantía mobiliaria se extiende a las partes integrantes y a los accesorios, al precio de la enajenación, al nuevo bien resultante de la transformación y a las indemnizaciones del seguro y de la expropiación.

Vale la pena hacer una mención al precio de la enajenación y al nuevo bien resultante de la transformación. Si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, esta se extiende al precio de la enajenación mientras permanezca en su posesión o control. Según el artículo 14º de la Ley de la Garantía Mobiliaria, se presume que el precio de la enajenación es el resultado de la disposición o transferencia del bien dado en garantía, salvo que el deudor pruebe lo contrario.

Por otro lado, si el deudor transforma el bien mueble afectado en otro bien mueble, la garantía se extiende al nuevo bien mueble. El deudor está obligado a comunicar al acreedor garantizado, dentro de un plazo determinado, la fecha en que ocurra la transformación, así como las características del nuevo bien mueble resultante de la transformación. En este caso, el acreedor garantizado debe inscribir en el registro correspondiente la garantía que recae sobre el nuevo bien, levantándose la garantía anterior.

Con respecto a la extensión en cuanto al crédito, la garantía mobiliaria cubre la deuda principal, los intereses que genere, comisiones, gastos, primas, costas y costos procesales, gastos de custodia y conservación, penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes.

Los intereses, comisiones, gastos, primas de seguros pagadas por el acreedor, costas y costos del proceso, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes, se ubican con igual rango y con la misma preferencia que la deuda principal. Si hubieran varios acreedores cuyos créditos estuvieran garantizados con el mismo bien mueble, y el bien es ejecutado, el valor que arroje su venta es destinado,

en primer lugar, a satisfacer el crédito del primer acreedor hipotecario, incluidos los intereses que se hayan generado y demás conceptos incluidos en la garantía mobiliaria. Si hubiera un remanente del monto que arroje la venta del inmueble, dicho monto es destinado, en segundo lugar, a satisfacer el crédito del segundo acreedor incluidos los intereses que se hayan generado y demás conceptos incluidos en la garantía mobiliaria.

Es posible pactar en contra de lo dispuesto en el numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley de la Garantía Mobiliaria. En consecuencia, las partes pueden pactar que la garantía mobiliaria cubra parte del capital o una porción de intereses. O que no cubra primas, costas y costos del proceso. Si no hay pacto, la garantía cubre todos los conceptos mencionados.

Con relación a la cobertura de la garantía mobiliaria, y como se ha mencionado en el capítulo correspondiente a la hipoteca, estas se constituyen usualmente hasta por un monto determinado. Ese monto, conocido como gravamen, es la suma hasta por la cual responde la garantía. Sucede que la hipoteca cubre, además del capital, los intereses que devengue dicho capital, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos de un eventual proceso de ejecución de la garantía. Puede ocurrir entonces que la deuda—capital más intereses, primas, costas y costos— sobrepase el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos. En tal eventualidad, cabe la duda respecto de si la hipoteca cubre toda la deuda, así sobrepase el monto del gravamen inscrito en los Registros Públicos, o solamente la deuda hasta por el monto del gravamen.

El numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley de la Garantía Mobiliaria señala expresamente que la garantía comprende capital, intereses y otros hasta el monto del gravamen establecido en el acto constitutivo. El «pacto distinto» a que se refiere este dispositivo, ¿puede consistir en un acuerdo de las partes para que la deuda sobrepase el gravamen? En otras palabras, ¿se puede pactar que la garantía mobiliaria cubra la deuda cualquiera sea su monto así exceda el gravamen establecido en el acto constitutivo? Parecería que no, ya que un pacto de tal naturaleza importaría la ausencia de gravamen y de conformidad con el numeral 4 del artículo 19° de la

Ley de la Garantía Mobiliaria, el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria debe contener el gravamen determinado o determinable.

Por último, en caso de ejecución de la garantía mobiliaria el monto correspondiente se imputa primero al capital y luego a los intereses que devengue, a las primas del seguro pagadas por el acreedor, a las costas y costos procesales, a las penalidades, a la indemnización por daños y perjuicios, a los gastos y a las comisiones, en ese orden, salvo pacto en contrario.

6. INSCRIPCIÓN Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

La garantía mobiliaria se inscribe en un Registro Jurídico de Bienes o en el Registro Mobiliario de Contratos, según se trate de bienes muebles registrados o no registrados.

Los registros de bienes se organizan por el sistema de «folio real». Esto significa que el registro tiene como eje al bien. Por cada bien se abre una partida registral independiente, en la que se inscriben todos los actos o derechos relativos al bien. Los actos o títulos se ordenan en función del bien sobre el que recaen. Los registros de bienes se oponen a los registros de «folio personal», en los que el centro del registro es la persona, como sucede con el Registro de Personas Jurídicas. En estos registros los actos o títulos se ordenan en forma cronológica y en función de una persona determinada, y no a un bien. Los Registros Jurídicos de Bienes son el conjunto de registros de bienes muebles ya existentes o por crearse, que surten plenos efectos jurídicos.

El Registro Mobiliario de Contratos, creado por la Ley de la Garantía Mobiliaria, se organiza en función a cada garantía mobiliaria y acto inscribible. Por cada garantía mobiliaria o acto jurídico inscribible se abre una partida registral en la que se inscriben la garantía mobiliaria —constituida o preconstituida—, los demás actos inscribibles —cesión de derechos, fideicomisos, arrendamientos financieros, contratos de consignación, entre otros actos que implican afectación de bienes

muebles—, así como los actos ulteriores de modificación o cancelación. El Registro Mobiliario de Contratos se aparta no solo de los registros de «folio real», sino también de aquellos registros que siguen el sistema de «folio personal». Por cierto, en el Registro Mobiliario de Contratos se puede acceder a la información contenida en él sobre la base del nombre de las personas, pero la organización de las partidas registrales se realiza a propósito de cada garantía mobiliaria o acto jurídico inscribible, y no de un bien o persona.

Un tema central de la garantía mobiliaria es su inscripción. La garantía mobiliaria es oponible si se inscribe en el registro correspondiente, es decir, en el Registro Jurídico de Bienes o en el Registro Mobiliario de Contratos, según corresponda.

Una de las razones por las que en el Perú hay pocas inscripciones puede atribuirse a la calificación registral. La calificación se ha convertido en un freno de las inscripciones. En el caso de la garantía mobiliaria, la calificación registral se ha reducido a su mínima expresión.

La calificación registral es la evaluación que hace el registrador del título presentado al registro correspondiente —Registro Jurídico de Bienes o Registro Mobiliario de Contratos— y tiene por objeto determinar la procedencia de la inscripción de la garantía mobiliaria o acto inscribible. Se trata de un examen que hace el registrador del cumplimiento de los requisitos del título registral —es decir, la legalidad—, y de la validez del acto inscribible, la capacidad de los otorgantes y la representación invocada, de ser el caso.

En el caso de la garantía mobiliaria, la calificación difiere dependiendo del título registral. Si el título registral está constituido por instrumentos distintos al formulario registral, la calificación es plena; si está constituido por el formulario registral, la calificación es atenuada o limitada.

En la calificación plena importa la aplicación de los plazos, principios registrales y procedimiento del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos. Se aplica cuando se presenta la garantía mobiliaria o acto inscribible en instrumento distinto al formulario registral

o en el caso de partes judiciales o administrativos emanados de los órganos competentes. La calificación atenuada, en cambio, se aplica cuando se presenta la garantía mobiliaria o acto inscribible en el formulario registral y se limita al contenido de dicho formulario y su certificación, como se menciona a continuación. En esta calificación importa la aplicación de los plazos, principios y el procedimiento especial previsto en el Reglamento de las Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos. Estos plazos, principios y procedimientos se han simplificado sustantivamente, con la idea se incentivar el uso de la garantía mobiliaria.

El formulario de inscripción es el título que da mérito a la inscripción de la garantía mobiliaria y de los actos inscribibles. Se trata del documento en el que se fundamenta directa e inmediatamente la garantía mobiliaria y los actos inscribibles, y que por sí solo acredita su existencia.

El formulario de inscripción es distinto del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o de alguno de los actos inscribibles. Este último es el acto por el que se constituye la relación jurídica derivada de la garantía mobiliaria o de cualquier acto inscribible. El acto jurídico constitutivo debe constar por escrito y puede instrumentalizarse por cualquier medio en el que se deje constancia de la voluntad de quien lo otorga.

El formulario de inscripción tiene carácter de declaración jurada, debe estar certificado por un notario público y debe contener la información señalada en el artículo 19º de la Ley de Garantía Mobiliaria.

Ahora bien, puede ocurrir que los actos que se pretenden inscribir mediante el formulario de inscripción se refieran a un bien mueble registrado en un Registro Jurídico de Bienes o a un bien mueble no registrado. En el primer caso, el registrador verifica la legalidad del título, la validez del acto, la capacidad de los otorgantes y la representación de ser el caso, y además que el formulario de inscripción se adecue a los antecedentes registrales, que se cumpla el tracto sucesivo y que no existan obstáculos que emanen de la partida respectiva.

En el supuesto que el acto inscribible no se refiera a un bien registrado, la calificación —legalidad, validez, capacidad y representación—

se limita únicamente a lo que se desprende del contenido del formulario de inscripción y de la certificación notarial. La certificación previa que hace el notario público del formulario de inscripción no supone la evaluación de la legalidad ni de la validez de la garantía o acto inscribible, pero importa una primera evaluación del título. La calificación que hace el registrador es la segunda evaluación y será en la práctica una operación meramente mecánica. Por eso se habla de una calificación atenuada o limitada.

Como se ha dicho, en el caso de actos inscribibles respecto de bienes no registrados, la calificación se limita a lo que aparece del formulario de inscripción. El registrador no puede revisar, para efecto de su calificación, partidas vinculadas al acto materia de inscripción, como el Registro Personal, el Registro de Personas Jurídicas o el Registro de Mandatos y Poderes. El registrador tampoco puede exigir la presentación del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o generador del acto inscribible, ni documentos relacionados con el pago de tributos.

En la calificación atenuada o limitada, si el registrador advierte que el acto inscribible adolece de falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable, debe efectuar la anotación preventiva correspondiente por cuatro meses contados a partir del asiento de presentación, sin necesidad de observación previa. Cuando el defecto advertido es subsanado dentro del plazo señalado, el registrador procede a inscribir el acto correspondiente, convirtiendo en definitiva la anotación preventiva. En caso contrario, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.

7. EJECUCIÓN

El acreedor garantizado tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

A diferencia de la hipoteca, cabe pacto para la venta extrajudicial del bien. Si no hay pacto, el bien mueble se vende con arreglo al Código Procesal Civil.

En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria el constituyente puede otorgar poder específico e irrevocable a un tercero para realizar la venta y formalizar la transferencia del bien. El acreedor no puede ser el representante.

Es nula la venta realizada en un precio menor a las dos terceras partes del valor del bien pactado por las partes.

Es válido que las partes acuerden que el acreedor se adjudique la propiedad del bien en caso de incumplimiento —pacto comisorio—. Esto es una innovación en nuestro sistema de garantía. Parecería que con este pacto el acreedor podría abusar de su deudor, pero eso no es así. Si el valor del bien mueble fuera mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado debe devolver la diferencia en un plazo relativamente corto (diez días). Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor queda facultado para exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos.

8. PREGUNTAS

1. ¿Cómo se constituye la garantía mobiliaria?
2. ¿En qué casos puede haber garantía mobiliaria preconstituida?
3. ¿Qué es la garantía mobiliaria *a non domino*?
4. ¿En qué consisten la calificación registral y la calificación atenuada o limitada?
5. ¿Cómo se ejecuta la garantía mobiliaria?

BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, Manuel (1977). *Derecho Civil*. Tomo III, volumen I, tercera edición. Barcelona: Librería Bosch.
- Borda, Guillermo A. (1984). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, tercera edición actualizada. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- Castañeda, Jorge Eugenio (1952). *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Lima: Castrillón Silva.
- Diez-Picazo, Luis (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen III, cuarta edición. Madrid: Editorial Civitas.
- Diez-Picazo, Luis & Antonio Gullon (1999). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, octava edición. Madrid: Tecnos.
- Gonzales Garrón, Gunther Hernán (2005). *Derechos Reales*. Lima: Jurista.
- Hernández Gil, Antonio (1980). *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas.
- Josserand, Louis (1950). *Derecho Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Bosch y Cía.
- Mazeaud, Henri & Jean Léon (1960). *Lecciones de Derecho Civil*. Volumen IV, parte segunda. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Planiol, Marcelo & Jorge Ripert (1940). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo III, traducción de Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural S.A.

Romero Romaña, Eleodoro (1957). *Derecho Civil: Los derechos reales*. Segunda edición aumentada, Tomo I. Lima: Talleres Gráfico Marco.

Fondo Editorial PUCP

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*
Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada
43. *El proceso contencioso-administrativo.* Ramón Huapaya Tapia
44. *Introducción al derecho romano.* Elvira Mendez Chang
45. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos.*
Leysser León Hilario

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
octubre 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP