MARIO
CASTILLO FREYRE

DERECHOS REALES

PRINCIPALES
Y DE GARANTÍA

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526 Urb. Miraflores
Miraflores, Lima-Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHOS REALES
Principales y de garantía

© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica

Primera edición: julio 2021
2580 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-06551
ISBN: 978-612-311-830-3
Registro de proyecto editorial
31501222100322

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2021
Publicado: julio 2021

A la memoria del doctor
don Jorge Avendaño Valdez,
por sus muy valiosas enseñanzas
de Derechos Reales

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PALABRAS LIMINARES

Este libro es fruto de la pandemia. Fue lo primero que redacté cuando empezó la cuarentena. Y es que siempre quise escribir unos comentarios, muy personales por cierto, sobre los Derechos Reales, materia que, si bien no he dictado en la cátedra universitaria, se entremezcla de manera permanente con los temas de Derecho de Obligaciones y Contratos, que sí han constituido y constituyen objeto de mis clases; ello, además de que siempre se presentan en el ejercicio de la profesión problemas relativos a los Derechos Reales.

No he querido hacer un tratado sobre Derechos Reales, ni siquiera un curso o un manual; así como tampoco he buscado ahondar en la bibliografía sobre la materia. Si Dios quiere, esas tareas estarán destinadas para otra oportunidad. Esta obra es un acercamiento muy mío hacia esta área del Derecho Civil. Si se quiere, una visión personalísima, escrita sin descanso y sin acudir a bibliografía sobre la materia.

Para ello, pienso que el mejor y más útil tratamiento que pude hacer, fue el de comentar el articulado del Código Civil, tanto en lo que respecta a los derechos reales principales, como a los derechos reales de garantía.

Confieso que he disfrutado mucho con este recorrido. No puedo decir que se trata de una investigación, pues he escrito, de puño y letra y sin parar, todo aquello que considero esencial sobre cada uno de los artículos del Libro de Derechos Reales, materia que me gustó desde que fui alumno en la Facultad, de ese gran maestro, el doctor Jorge Avendaño Valdez, a quien dedico esta obra, pues lo que de él aprendí de Reales me ha sido siempre sólida guía orientadora en la vida profesional.

En adelante, este recorrido sobre el Libro de Derechos Reales, el mismo que espero entretenga a mis lectores tanto como me entretuvo a mí.

Mario CASTILLO FREYRE*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

---

* Mario Castillo Freyre (Lima, 1964), es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

LIBRO V
DERECHOS REALES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Primera
Disposiciones generales

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Concepto

Artículo 881.- Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes.

Constituye materia de larga discusión aquella relativa a si es que los derechos reales deben ser regulados a través del sistema de *numerus apertus* (o de número abierto) o del sistema de *numerus clausus* (o de número cerrado). El Código Civil peruano de 1984 opta por este último sistema. En las siguientes líneas nos vamos a referir a la lógica de ambos.

El sistema de «número cerrado» tiene por sentido el de considerar que los diferentes tipos de derechos reales son necesariamente una construcción legal y que no puede ser dejada en manos de los particulares la eventual creación de nuevos derechos reales, sea con tipologías diferentes o similares a los que estén regulados por la ley, pero con nombres diversos.

Dentro de la lógica del sistema del número cerrado, sólo la ley establece la creación de los derechos reales, sea a través del Código Civil o de algunas otras leyes especiales. En otras palabras, sin norma legal de creación, no podría existir un nuevo derecho real.

El sistema de número abierto se basa en la idea de que, más allá de los derechos reales que hayan sido creados por el Código Civil o las leyes especiales, los particulares estarán facultados para dar creación a nuevos derechos reales. De ahí el nombre de «número abierto».

Por lo demás, también puede ser tema de discusión lo relativo a si la ley de creación de un derecho real, debe o no, necesariamente, crearle asignándole el carácter expreso de derecho real o si bastará con la naturaleza del derecho creado para poderlo calificar, naturalmente si lo fuera, como un derecho real.

Sería el caso, por ejemplo, de la garantía mobiliaria, que, en términos prácticos, estuvo destinada a sustituir el derecho real de garantía de la prenda. Pero ocurre que la ley de creación de la garantía mobiliaria no señaló que se trataba de un derecho real de garantía. En lo personal, pienso que tiene todas las características para serlo, pero en ausencia de la asignación de tal carácter por parte de la ley, se podría pensar que debería ser calificado como una garantía personal y no como una garantía real.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Qué extraña garantía personal, que no compromete, salvo en un caso de excepción, todo el patrimonio del constituyente de tal garantía, sino sólo el o los bienes afectados.

Pero, como podemos apreciar, de acuerdo con el texto del artículo 881 del Código Civil, bajo comentario, la garantía mobiliaria, en estricto, no podría ser considerada como un derecho real, si es que se interpretara que cuando la norma se refiere a su creación por ley, también se está refiriendo a que la ley establezca de manera expresa que se trata de un derecho real.

Y ni qué decir de los acuerdos entre particulares, pues aquí sí resulta muy claro que ellos no podrían crear nuevos derechos reales, sea que les asignen expresamente tal carácter o, simplemente que les creen con características de tales.

El tema de la creación por ley nos parece el menos conflictivo, a pesar de que consideramos que en casos como el de la garantía mobiliaria, a pesar de no ser calificado por la ley como un derecho real, sí podría ser calificado como tal en la práctica. Se puede decir que el legislador creó un derecho real sin asignarle este carácter, que, por naturaleza, sí tiene.

Pero en el caso de los particulares, convenimos en que no se puede crear derechos reales por contrato. Nótese que con esto no se está restringiendo la libertad de los particulares. Lo que ocurre es que aquellos derechos que sean creados, necesariamente tendrán el carácter de derechos personales, de obligaciones nacidas de contratos y no de derechos reales.

Creemos que el sistema escogido por el Código Civil peruano es el que más se acomoda a la naturaleza de los derechos reales. Los particulares gozan de la más amplia libertad para dar nacimiento a las figuras que deseen, pero tales figuras tendrán carácter contractual y no real. El Derecho estima que los particulares no pueden crear derechos reales; sólo obligacionales.

Pero, en verdad, en la práctica jurídica esto no tiene la menor importancia, habida cuenta de que el ámbito de acción de las personas gira en torno a lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido de que pueden celebrar cualquier acto que no sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Restricciones a la disposición o gravamen

Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Larga es la discusión en torno a la pertinencia o no del artículo 882 del Código Civil. Nosotros hemos escrito sobre el particular en *Tentaciones académicas*[1] y en *Analizando el análisis*.[2]

No pretendemos reproducir lo ahí expresado. Sólo diremos que el artículo 882, bajo comentario, en lo que respecta a la prohibición de pactar la prohibición de enajenar, lo que está haciendo es preservar la naturaleza del derecho de propiedad, a efectos de que el mismo conserve todos los atributos que tiene, es decir, el uso, el disfrute, la disposición y la reivindicación. Pensamos que una propiedad afectada por una prohibición perpetua o que se prolongue por un largo plazo, como podría ser quinientos años, podría dejar de tener, en la práctica, el atributo de la disposición, propio de cualquier propiedad. No es que el propietario no pueda disponer de ella, sino que las condiciones en que disponga de ella no necesariamente serán las que se condigan con alguien que ostenta la calidad de propietario de un bien.

Además, entendemos que plazos restrictivos de derechos, que sean perpetuos o excesivamente largos, lo que estarían haciendo, en la práctica, es sacar del comercio a los bienes y, lo que se quiere en una economía social de mercado es, precisamente, lo contrario, vale decir que los bienes circulen en la economía y no se generen distorsiones en la misma.

Para concluir, debemos señalar que nosotros convenimos, y lo hemos expresado en numerosas conferencias y por escrito, que el artículo bien podría ser relativizado, estableciendo un plazo intermedio y razonable, como de veinte o treinta años. Tal vez eso resulte lo más conveniente.

Lo propio podemos decir de la cláusula de no gravar, la misma que, en términos concretos, puede tener por finalidad la de mantener la primera garantía

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998.

2 Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; y sucesivas ediciones.

constituida sobre el bien con el carácter más sólido posible, pero, como resulta evidente, está excluyendo ese bien de poder ser utilizado en el mercado como garantía de ulteriores créditos y, así, fomentar el comercio y el progreso de las actividades económicas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propiedad rústica

Artículo 883.- Los derechos reales sobre predios rústicos se rigen por la legislación de la materia.

El artículo 883 fue derogado por el segundo párrafo de la primera disposición final del Decreto Legislativo n.° 653, publicado el 1 de agosto de 1991. Hasta donde recordamos, esta fue una de las primeras normas modificatorias del Código Civil de 1984 y ella tuvo un gran acierto, pues representó, no un repliegue legislativo del Código sino, por el contrario, un despliegue legislativo de la legislación civil a la propiedad rural, la misma que no tiene por qué estar fuera del mercado y de la normatividad civil. Era el comienzo del desmantelamiento de las normas de excepción instauradas en el Perú en las décadas de los sesenta y setenta del siglo XX.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propiedades incorporales

Artículo 884.- Las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial.

El sentido del artículo 884 del Código Civil era el mismo que el del artículo 883, antes de su derogación, vale decir, el repliegue legislativo del Derecho Civil. En el primer caso, en favor del denominado Derecho Agrario; y, en el segundo, en favor del Derecho de la Propiedad Intelectual.

No niego que las propiedades incorporales tienen sus particularidades, pero muchas de estas singularidades se basan, precisamente, en el hecho de que el Derecho Civil ha preferido centrarse en los objetos materiales como materia de aplicación y estudio de los Derechos Reales.

Básicamente dentro de las propiedades intelectuales son comprendidos los derechos de autor y la propiedad industrial, ambos regidos por importante normativa específica.

Hubiera sido preferible que la redacción del artículo 884 del Código Civil, estableciera que la normativa sobre Derechos Reales del Código Civil resultará aplicable, de manera supletoria a los casos de propiedades incorporales que tuvieren legislación especial. No obstante, creemos que, incluso sin haber hecho mención al respecto, el Libro de Derechos Reales tiene aplicación supletoria. Y no sólo este Libro, sino todo el Código Civil, dado lo establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido de que las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Segunda
Bienes

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Clases de bienes

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Clases de bienes

Bienes inmuebles

Artículo 885.- Son inmuebles:

1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.

3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.

4.- Las naves y embarcaciones.

5.- Los diques y muelles.

6.- *Derogado.*

7.- Las concesiones para explotar servicios públicos.

8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares.

9.- *Derogado.*

10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro.

11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

El Código Civil de 1984 ha limitado la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, es decir, dicha clasificación ha sido efectuada en razón del criterio de movilidad.

Mucho se debatió en los primeros años de este siglo acerca de si tal clasificación debía ser sustituida o complementada con otra que los dividiera en registrables y no registrables. En ocasión anterior,[3] nos manifestamos partidarios de no alterar el criterio clasificatorio en vigencia. Ello, en la medida de que se podría haber creado un régimen complejo y hasta discriminatorio.

3 Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy.* Derecho & Sociedad Asociación Civil. Lima, 2004.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El criterio asumido por el Código de 1984 se basa, fundamentalmente, en razón de si los bienes pueden desplazarse o no de un lugar a otro.

No es propósito de este trabajo el ingresar a estudiar cada uno de los incisos de los artículos 885 y 886 del referido cuerpo normativo. Lo que sí haremos, será mencionar aquellos puntos que consideramos de mayor relevancia.

No existe la menor duda de que el suelo, el subsuelo y el sobresuelo (ficción jurídica que sigue los rasgos característicos de los dos anteriores) son inmuebles (inciso 1), precisamente, porque ellos no pueden ser trasladados de un lugar a otro. Hace bien el Código, en el inciso 1 del artículo 885, en mencionar por separado a estos tres bienes, habida cuenta de que resulta perfectamente posible constituir derechos y celebrar contratos sobre cada uno de ellos, de manera separada e indistinta.

En lo que respecta al mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales (inciso 2), podríamos decir que se trata de volúmenes de agua que en la mayoría de los casos mencionados se mueven de manera permanente. Lo que ocurre, es que para efectos del Derecho se constituye una ficción sobre ellos, como si se tratara de inmuebles. Esto, para facilitar su apreciación e identificación. De lo contrario, ellos nunca podrían ser ubicados e identificados con exactitud y, así también, sería imposible celebrar cualquier transacción con respecto a los mismos.

En lo relativo a las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos (inciso 3), tales bienes revisten carácter inmueble por naturaleza y sobre tal consideración no existe mayor problema.

El inciso 4 mencionaba en el texto original del Código, en 1984, a las naves y aeronaves. No obstante, este inciso fue derogado por la sexta disposición final de la Ley n.° 28677 (Ley de la Garantía Mobiliaria), publicada el 1 de marzo de 2006 y vigente a los noventa días de su publicación.

Pero la segunda Ley de la Garantía Mobiliaria (Decreto Legislativo n.° 1400), publicada el 10 de septiembre de 2018, volvió a incorporar a «las naves y embarcaciones». Pero esta norma todavía no ha entrado en vigencia, ya que tal vigencia se entendería a partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM (lo que no ha ocurrido aún). Esta interpretación, con la que coincidimos, es la oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en base a los informes legales n.° 325-2018-JUS/DGDNCR y n.° 331-2018-JUS/DGDNCR.

El inciso 5 incluye como inmuebles a los diques y muelles, los mismos que, bien construidos de materiales no separables sin producir su destrucción,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

o construidos de materiales separables, como es el caso de los muelles de madera, en uno y en otro supuesto se trata de construcciones con vocación de permanencia en el tiempo, de ahí que sean calificados como inmuebles.

El inciso 6, en el texto de origen del Código de 1984, señalaba como inmuebles a los pontones, plataformas y edificios flotantes, pero la primera Ley de la Garantía Mobiliaria derogó expresamente este inciso.

El inciso 7 considera como inmuebles a las concesiones para explotar servicios públicos. Nótese que se trata de una ficción, en la medida de que las concesiones para la explotación de servicios públicos no son otra cosa que contratos celebrados por particulares con el Estado. A través de estos contratos, los particulares se convierten en concesionarios; y la concesión, entendida como la operación a desarrollar, que incluye bienes de distinta naturaleza, ella, como un todo, como un conjunto, es considerada jurídicamente de carácter inmueble.

Idéntica calificación otorga el inciso 8 a las concesiones mineras obtenidas por particulares.

El inciso 9 del texto original del Código de 1984, consideraba como inmuebles a las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio. Esta norma también fue derogada por la Ley de la Garantía Mobiliaria del 2006.

En el inciso 10 se califica como inmuebles a los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro, materia que guarda coherencia con la sistemática de la clasificación adoptada.

Y, finalmente, en el inciso 12 se considera inmuebles a los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad. Nótese que esta referencia a la ley, comprende tanto a aquellos bienes que eventualmente pudieran recibir esta calificación por el Código Civil, como aquellos que la reciban de alguna otra normativa especial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bienes muebles

Artículo 886.- Son muebles:

1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase.

2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.

3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.

4.- Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.

5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.

6.- Los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual.

7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase.

8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.

9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.

Ahora tenemos el artículo 886 del Código Civil, el mismo que se encarga de señalar qué bienes tienen la condición o carácter de muebles.

La norma comienza con el inciso 1, en el que establece que son muebles los vehículos terrestres de cualquier clase. Esta solución resulta evidente y no requiere de comentarios.

En el inciso 2 se otorga la condición de muebles a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. Sería el caso del agua, susceptible de generar su tratamiento y distribución como agua potable, luego de ser captada o de generar energía eléctrica.

En el inciso 3 se asigna la categoría de muebles a las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal. Se trataría, por ejemplo, de las construcciones que se hicieran en una playa para poder realizar un concierto musical. Tales construcciones tienen, evidentemente, una finalidad meramente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

temporal y no podrían calificar como inmuebles, pues, al poco tiempo de su construcción, deberán ser desarmadas.

El inciso 4 califica de muebles a los materiales de construcción o procedentes de una demolición, si no están unidos al suelo. Los materiales con los que se va a construir un inmueble, mientras no hubieren sido empleados en su construcción, seguirán manteniendo la condición de bienes muebles. Se podría decir que ellos perderán muy pronto tal carácter. Lo contrario ocurre con los materiales procedentes de una demolición, pues ellos, mientras el inmueble no había sido demolido, eran partes integrantes del mismo y, por tanto, tenían tal calidad. Pero como ya fueron separados de él, dada su demolición, acaban de recobrar su carácter de muebles.

En el inciso 5 se califica como muebles a los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales. Como se puede apreciar, en esta norma no solamente se incluye a los títulos valores, sino a los documentos donde conste la celebración de actos jurídicos o contratos. Entendemos que también estarían comprendidos en este inciso los documentos por los que se adquiera derechos reales. Esto, pues la norma sólo se refiere al documento, no a los derechos que se hallen en él contenidos.

El inciso 6, en su texto original de 1984, señalaba como muebles a los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares. La norma fue modificada por la segunda Ley de la Garantía Mobiliaria, en precepto que se refiere a los derechos patrimoniales de autor, derechos de patente, nombres comerciales, marcas y otros derechos de propiedad intelectual. Se ha tratado de perfeccionar la redacción y comprender, en la parte final del inciso, a otros derechos de esta naturaleza.

El inciso 7 incluye dentro de los bienes muebles a las rentas o pensiones de cualquier clase. Sobre esto no hay mayor inconveniente.

El inciso 8 se refiere a las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles. Esta última precisión resulta adecuada, pues aquello que merece la calificación de mueble es la acción o participación. Los bienes que pertenezcan a la persona jurídica, sean éstos muebles o inmuebles, son materia distinta.

En el inciso 9 se señala como muebles a los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro, precepto de plena lógica (en realidad, en el mismo podrían estar comprendidos varios de los incisos anteriores).

Y, finalmente, en el inciso 10 se califica como muebles a los demás bienes no comprendidos en el artículo 885, vale decir, a todos aquellos que no sean

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

calificados como inmuebles que, además, no estén mencionados específicamente en los incisos 1 a 8 del artículo 886 y que, asimismo, no puedan llevarse de un lugar a otro. Nótese que el supuesto es bastante restringido y de difícil ocurrencia práctica, pero, entendemos que es la norma que, al fin y al cabo, soluciona la calificación de un bien como mueble o inmueble.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Partes integrantes y accesorios

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II

Partes integrantes y accesorios

Partes integrantes. Concepto

Artículo 887.- Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien.

Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

El artículo 887 trata acerca de las partes integrantes de un bien.

Se considera parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar un bien.

Cuando la ley hace referencia a que si se separara la parte integrante, se destruiría el bien, alude, precisamente, a aquello que lo conforma. Sería como si el bien fuese un muro construido de material noble y se pensase en retirar los ladrillos, el cemento y los fierros que lo componen o integran. Si se procediese en ese sentido con cualquiera de los referidos materiales, es claro que se destruiría el bien, pues se le estarían retirando, precisamente, los materiales de los que está compuesto.

Lo propio ocurriría con un teléfono móvil, si es que le extraemos la pantalla, el parlante o alguna otra pieza. No cabe duda de que ese teléfono se destruiría o, en el mejor de los casos, se deterioraría notablemente en lo que respecta a las funciones que estaba en aptitud de desempeñar.

Por otra parte, cabe decir que si los bienes de los que estamos tratando fuesen seres vivos (animales), cualquier separación de una de sus partes integrantes, o causaría su muerte u ocasionaría alguna dolencia irreparable.

Volviendo al primer párrafo del artículo 887, debemos decir que la separación de la parte integrante puede ocasionar cualquiera de estas tres consecuencias: destrucción, deterioro o alteración del bien. Entendemos que el Código Civil ha señalado estas alteraciones en orden de gravedad descendente. Toda destrucción implica, obviamente, un deterioro del bien. Todo deterioro implica una alteración en el bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La idea de la norma (primer párrafo del artículo 887) es que las partes integrantes son fundamentales para que el bien siga siendo lo que es, o cómo es. Sin ellas, o se destruiría o sería inservible o diferente.

Es en ese sentido, que el segundo párrafo del artículo 887 subraya que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. ¿A qué derechos se refiere la norma? Interesante tema. Creemos que, al no hacer distinción alguna, este segundo párrafo se está refiriendo a cualquier tipo de derechos, sean reales u obligacionales.

Así, no se podría celebrar un contrato de compraventa sobre los ladrillos que integran una pared o sobre la pantalla de un teléfono móvil. Esto, porque de acuerdo con los principios básicos de Derecho de Obligaciones, el acreedor podría reclamar su entrega y ello conllevaría la destrucción, deterioro o alteración del bien.

Pero nótese que esto sí resultaría posible en caso los bienes fueren dados de baja. Por ejemplo, cuando se decide la demolición de una casa, se suele vender las ventanas, puertas, maderas, etc., así como otras piezas que eran integrantes del bien y que pueden ser rescatadas antes de la demolición.

Lo propio ocurre con los aviones comerciales que son dados de baja, en donde las compañías expertas en estos menesteres venden muchas de las partes integrantes del avión, para un segundo uso en otras aeronaves similares, al extremo de que lo que se obtiene por estas ventas puede llegar a constituir un porcentaje apreciable del valor del avión.

Pero, es verdad que ello ocurrirá cuando se decida destruir la casa o el avión, no cuando ellos deban seguir existiendo como una unidad y con las características y finalidades para las que fueron creados.

Volviendo al segundo párrafo de la norma, podemos decir que el mismo comprende también a los derechos reales. En ese sentido, no se podría, por ejemplo, constituir un derecho de propiedad o de usufructo sobre los fierros con los que está construida una casa o, en nuestro otro ejemplo, con respecto a los cables eléctricos de un avión comercial.

La idea es, pues, que ningún tercero puede reclamar derechos singulares sobre esas partes integrantes. Si ello se permitiera, sería el caos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bienes accesorios. Concepto

Artículo 888.- Son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

La afectación sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

Los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.

El aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio.

La separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime su calidad.

El artículo 888 trata acerca de los bienes accesorios.

Comienza señalando que son accesorios los bienes que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a su fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

El primer requisito para que un bien sea considerado como accesorio es que el mismo no haya perdido su individualidad.

En una casa, por ejemplo, una araña de cristal sigue conservando su individualidad y está, a la vez, afectada de manera permanente a la ornamentación (e iluminación, obviamente) del bien. Si se retirase la araña, la casa no se destruye, ni se deteriora, ni se altera. Esa lámpara podría ser reemplazada por cualquier otra. Con respecto a la casa, un mejor ejemplo sería el de los cuadros que adornen las paredes del inmueble. Ellos conservan su individualidad, pero están permanentemente afectados a un fin ornamental.

En el caso de bienes accesorios destinados de manera permanente a un fin económico, podríamos mencionar a los carritos de metal en los que la tripulación de los aviones comerciales transporta los alimentos que se brinda a los pasajeros. Esos carritos, qué duda cabe, siguen manteniendo su individualidad, pero están permanentemente afectados a un fin económico, cual es el servicio a los pasajeros en el avión de una línea aérea.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, admitimos que los ejemplos de la araña de cristal y del carrito del avión, se hallan en la línea divisoria entre ser considerados como partes integrantes y bienes accesorios. Decimos esto, porque su separación del bien mayor (la casa y el avión, respectivamente) ocasionaría la alteración de estos bienes (887, primer párrafo, *in fine*), a la par que también cumplen con el requisito de no perder su individualidad cuando se hallan permanentemente afectados al fin ornamental o económico al que están, en realidad, afectados.

Pero, entonces, ¿cómo distinguir en estos casos una parte integrante de un bien accesorio?

La respuesta es complicada.

Creemos que nadie duda de que los cuadros son bienes accesorios, pues ellos están exclusivamente destinados al ornamento de la casa. Pero no ocurre lo mismo con la araña de luz, pues más allá de que contribuya al lucimiento interior del inmueble, ella tiene por función el que determinados ambientes de la casa sean iluminados cuando ello resulte necesario. Sin la lámpara, esa casa estará a oscuras, sin luz; al igual que sin el carrito de comidas, ese avión, configurado como comercial, no podría permitir la atención de los pasajeros. En ambos casos (la lámpara y el carrito de comidas), esos bienes cumplen una función básica para el adecuado funcionamiento del bien mayor, tal como se halla configurado.

El eventual retiro de cualquiera de ellos alteraría cada uno de esos bienes mayores (887), pero a la vez no habrían perdido su individualidad (888).

Entonces, ¿cómo resolver la duda?

Creo que habría que optar por decir que son bienes accesorios. Esto, pues sin la lámpara, la casa sigue brindando las prestaciones para las que fue diseñada y construida. Además, el inmueble podría, tal vez, destinarse luego a oficinas, lo que no requeriría la presencia de la lámpara. De igual modo ocurriría con el carrito de comidas del avión. Ese carrito conserva su individualidad. Además, nadie sabe si ese avión seguirá siempre siendo destinado al uso comercial de pasajeros. Podría, en algún momento, ser convertido en avión carguero, caso en el cual el carrito de comidas sería, sin lugar a dudas, uno de los primeros bienes accesorios en ser retirados del avión para darle, seguramente, el uso al que ese carrito está destinado, pero en otra aeronave.

También calificarían como bienes accesorios las máquinas con las que se fabrica un producto, en una fábrica, con respecto al inmueble en el que se ha instalado esa fábrica.

Ellos estarán destinados a un fin económico, pero no han perdido su individualidad y podrían ser retirados o reemplazados en el momento que corresponda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El segundo párrafo del artículo 888 establece que la afectación (de los bienes accesorios) sólo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho a disponer de él, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

Esta norma se basa en el principio, arraigado en el Derecho, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así, se establece que la afectación a ese fin económico u ornamental, sólo puede ser hecha por el propietario o por quien tenga derecho a disponer de él. Esto es natural, en la medida de que el bien no tendrá, luego de la afectación, un curso o destino independiente del bien principal. El carrito irá siempre en el avión, en tanto la lámpara estará siempre instalada en el techo de la casa. Eso significa que el usufructo de tales bienes se realizará en función o a favor del bien principal, razón por la cual la decisión para poder afectar un bien accesorio a tal destino, sólo podrá ser realizada por el propietario del bien accesorio (que podría coincidir con el propietario del bien principal o por alguien (incluido el propietario del bien principal) que tenga las facultades para proceder en ese sentido; siempre respetando los derechos adquiridos por terceros, como lo establece la parte final del segundo párrafo del artículo 888.

El tercer párrafo del citado artículo señala que los accesorios pueden ser materia de derechos singulares.

En el ejemplo de la casa, el inmueble podría ser de uno de los cónyuges casados con separación de patrimonios, en tanto los cuadros que adornan sus paredes podrían, perfectamente, pertenecer al otro.

En el ejemplo de la fábrica, el inmueble pertenece a la empresa que realiza dicha actividad, en tanto las máquinas podrían pertenecer a una empresa que las ha dado en *leasing* a la empresa que maneja la fábrica. Vemos cómo, en los ejemplos citados, no habría problema alguno en que los bienes accesorios sean materia de derechos singulares.

El cuarto párrafo del artículo 888 establece que el aprovechamiento pasajero de un bien para la finalidad económica de otro no le otorga la calidad de accesorio.

Este será el típico caso de un pintor que celebre un contrato con una galería de arte en el distrito de Barranco para que exhiba, por un mes completo, diez de sus obras.

No cabe duda de que las exhibiciones de cuadros u obras de arte, en general, en galerías de esta naturaleza, tienen una finalidad esencialmente pasajera, a diferencia de la exhibición de los cuadros en una casa o, incluso, en un museo, donde la presencia de los mismos tiene vocación de permanencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, esa afectación pasajera, momentánea o transitoria no otorgará a los bienes la calidad de accesorios con respecto al principal (el inmueble de la galería, en nuestro ejemplo). Tales bienes no son accesorios con respecto a ningún otro. Ellos seguirán teniendo la condición de principales; y, para tener tal categoría, no es necesario que sean comparados con otros; se puede decir que todo bien es principal, pues no tiene una relación que lo haga accesorio con respecto a otro.

El quinto y último párrafo del artículo 888 establece que la separación provisional del accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien, no le suprime tal calidad.

Se trata de la regla inversa a la contenida en el cuarto párrafo. Aquí el bien accesorio es separado sólo de manera momentánea, transitoria o pasajera del bien principal. Sería el caso del cuadro de la Escuela Cusqueña, que desde hace décadas integra la colección de un museo en Lima y que es prestado por ese museo a otro en el Cusco para su exhibición temporal, por la semana que dure una convención académica que se realizará en una universidad de esa ciudad, precisamente, sobre la Escuela Cusqueña.

Esta afectación sólo será temporal; y mientras el cuadro sea exhibido en el Cusco, él seguirá perteneciendo a la Colección del museo limeño (del cual es un bien accesorio), razón por la cual no tendría relación de accesoriedad alguna con respecto al museo del Cusco.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONDICIÓN DE PARTES INTEGRANTES O BIENES ACCESORIOS

Artículo 889.- Las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación.

Esta norma se encarga de establecer que las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permitan su diferenciación o separación.

En el caso de las partes integrantes de un bien, éstas forman parte de él, razón por la cual carecen de individualidad jurídica y práctica, por lo cual, incluso, el segundo párrafo del artículo 887 señala que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

Entonces, ellas (las partes integrantes) no pueden ser tratadas como bienes distintos de aquellos que integran. Esa integración, en los hechos, las hace ser el mismo bien y no un bien distinto, separado de aquél. En ese sentido, resulta evidente que, al no poderse separar del bien que integran, seguirán la misma suerte que éste. Sería imposible pensar lo contrario.

Dentro de tal orden de ideas, no resultaría necesario disponer ello en una norma legal. No obstante, el legislador de 1984 ha estimado conveniente decirlo en el artículo 889. En verdad, la norma era innecesaria, pero tampoco podemos decir que ella estorba.

En el caso de los bienes accesorios, sí era necesario decirlo, aplicando el principio generalizado en casi todos los ámbitos del Derecho, de que «lo accesorio sigue la suerte de lo principal» (aunque si no se hubiese positivizado, en verdad se hubiera entendido lo mismo).

El artículo 889 establece dos excepciones a esta regla. La primera se presenta cuando la ley permita su diferenciación o separación. La segunda, cuando sea el contrato el que la permita. La obviedad de la norma hace innecesario comentarla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Frutos y productos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Frutos y productos

Frutos. Concepto

Artículo 890.- Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia.

Esta norma establece que son frutos los provechos renovables que produce el bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia. En otras palabras, para tener la condición de frutos, el bien que los genere debe seguir siendo sustancialmente el mismo.

Por eso la ley señala que los frutos tienen la calidad de provechos renovables, dado que su producción no altera la sustancia del bien, el mismo que podrá seguir generando tales frutos sin menoscabo de su sustancia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Clases de frutos

Artículo 891.- Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

El artículo 891 del Código Civil se encarga de regular las diversas clases de frutos, los mismos que son clasificados en naturales, industriales y civiles.

Veamos.

a) Frutos naturales

Son los que provienen del bien sin intervención humana.

Cada vez resulta más difícil encontrar ejemplos de frutos naturales, habida cuenta de que en tiempos modernos es complicado que el hombre no tenga alguna intervención en el proceso de generación de los frutos.

El clásico ejemplo es el de los manzanos que genere el árbol sin haber tenido intervención de algún ser humano; o la cría o camada de una perra de la calle, sin que haya intervenido en el proceso la mano del hombre; o los huevos que ponga el pez, con los que se está reproduciendo. En todos estos casos, el bien del que provienen esos frutos, no habría sufrido alteración sustancial alguna, de manera que el árbol podrá seguir dando manzanos, la perra concibiendo, gestando y pariendo cachorros y el pez, poniendo los huevos con los que se reproduce.

No obstante, hay que aclarar que cabe la posibilidad de que, dada la antigüedad del árbol o la edad de la perra o del pez, pueda ser que ya no estén en capacidad de dar más frutos. Pero incluso en estos casos, se cumpliría con el requisito de que los frutos habrán sido provechos renovables y que el bien que los generó no ha sufrido menoscabo en su substancia por haber dado frutos. El menoscabo que sufre, es decir, su sobrevenida incapacidad para reproducirse, no proviene del hecho de haber dado frutos, sino de su envejecimiento, materia totalmente distinta, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por otra parte, cuando el artículo 891 hace referencia a que los frutos naturales son aquellos que provienen del bien sin intervención humana, en la práctica, está dejando este concepto a los frutos provenientes de vegetales y animales en abandono o en estado silvestre, pues si ellos fuesen parte de un negocio o proceso de producción, de todas maneras habría habido alguna intervención humana en su generación.

Para marcar una línea conceptual en torno a los frutos naturales, creemos que tales frutos, para que revistan esta condición, tendrían que haberse generado sin intervención humana alguna.

b) Frutos industriales

De acuerdo con el artículo 891, son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana.

Sería el caso del manzano que produzca manzanas dentro de un fundo agrícola, bajo los cuidados de la empresa propietaria del fundo, tales como la aplicación de abonos, pesticidas, riego y demás labores necesarias para un adecuado mantenimiento de los árboles frutales de la plantación.

Es necesario preguntarse si se requerirá que el árbol forme parte de un fundo industrial para que sus frutos sean industriales; o si bastaría que el dueño del fundo, aunque sea su único árbol en el jardín de su casa, le brinde tales cuidados, para que las manzanas que genere, califiquen como frutos industriales.

Pregunta difícil de responder, pero nos inclinamos a pensar que la calificación de frutos industriales sólo debería asignarse a aquellos que formen parte de una industria dedicada a producirlos y a comercializarlos. En ese sentido, la generación de frutos para el consumo personal no debería calificar como «frutos industriales». Este elemento, a entender nuestro, sería indispensable, más allá de que haya existido o no participación humana en la generación de tales frutos. Caso contrario, llegaríamos a la errónea conclusión de que los cachorros que nazcan de una mascota serían frutos industriales porque su dueño la llevaba regularmente al veterinario para que controlara su preñez.

Para terminar, diremos que, por supuesto que serán frutos industriales aquellos en que la intervención humana sea definitiva, como sería el caso de bienes manufacturados, por más que ellos pudieran tener como materia prima fundamental otros bienes que puedan ser calificados como frutos naturales. Resulta evidente que la ulterior intervención humana en su transformación industrial, les otorgará inevitablemente la calidad de frutos industriales.

EDUARDO CASTILLO FREYRE

c) Frutos civiles

El artículo 891 establece que son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Este concepto alude, fundamentalmente a aquellos provechos no renovables que generen bienes —de la naturaleza que fueren— y que, casi siempre, se manifestarían en dinero.

Son dos los ejemplos clásicos de frutos civiles.

El primero está representado por los provechos que obtiene el propietario de un bien, mueble o inmueble, cuando arrienda ese bien a un arrendatario.

Como sabemos, por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida (artículo 1666 del Código Civil).

En este contrato, el arrendatario usará el bien, que, siendo de carácter no consumible, no será consumido por ese uso que se haga de él.

En otras palabras, el arrendamiento no altera ni disminuye la sustancia del bien (artículo 890 del Código Civil), salvo en lo que respecta al natural desgaste derivado de ese uso. ¿Y qué recibirá el propietario del bien a cambio de ceder su uso? Pues una renta, generalmente pagada de manera mensual y usualmente, también, pagada en dinero.

Esta renta no proviene ni de la naturaleza ni de la industria del hombre; proviene de una relación jurídica, que está constituida por el contrato de arrendamiento, que es el título generador de la renta a pagar, cuyo monto, precisamente, se habrá establecido en ese mismo contrato.

El segundo ejemplo clásico de frutos civiles está constituido por los intereses (artículos 1242 a 1250 del Código Civil).

En el caso del contrato de mutuo, estamos ante el único contrato que se presume con intereses (artículo 1663 del Código Civil).

En general, cuando haya que pagar intereses, por ley o por contrato, y no se hubiere fijado una tasa, se aplicará la tasa de interés legal.

En los demás contratos, si no se pacta intereses, pues éstos no se generarán. Si se hubiese pactado intereses y, también, una tasa para los mismos, se tendrá que pagar esa tasa, a menos que ella supere la tasa máxima, caso en el cual los intereses se reducirán a esta última.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente, entonces, que, sea por mandato de la ley o por contrato, se establecerá el pago de intereses. Si ello no ocurriera, pues no se devengarán intereses.

En ese sentido, sea que provengan de fuente legal o contractual, sea que fuesen compensatorios o moratorios, ellos se generan, sin duda, de una relación jurídica. Por eso, los intereses constituyen claro ejemplo de frutos civiles.

Además, los intereses se generan de un capital, el mismo que no disminuye su substancia cuando genera intereses. Si ellos se generan con tasas nominales, el capital permanece intacto, pues los intereses no se incorporan al capital. En cambio, si se hubiese pactado tasas efectivas, el capital, por el contrario, se incrementaría, dado que los intereses se capitalizarían a diario, apenas se hubiesen generado.

Sin duda, hay muchos otros ejemplos de frutos civiles. Hemos querido circunscribirnos a los dos más conocidos e ilustrativos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pertenencia de los frutos

Artículo 892.- Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

En primer término, el artículo 892 del Código Civil establece que los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho, respectivamente.

Este precepto ratifica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En el caso de los frutos naturales ellos pertenecerán al propietario del bien. Esto resulta lógico, pues a quién más podrán pertenecer que al propietario del bien que los ha generado; ello, naturalmente, salvo que ese propietario hubiese pactado algo distinto a favor de un tercero. Es claro que la norma del artículo 892 tiene carácter dispositivo y no imperativo.

En el caso de los frutos industriales, el artículo 892 establece que ellos pertenecen al productor. Esta asignación es clara, en la medida de que el productor es quien ha logrado su venida a existencia. Puede ocurrir que el productor no necesariamente sea el propietario de la fábrica, o de los bienes de los cuales se generan esos frutos industriales, y no habrá duda de que ello —si existiese— plantearía relaciones jurídicas distintas que deberá respetar el productor.

Pero en caso no existieran tales relaciones jurídicas, los frutos pertenecerán al productor, es decir, a quien puso su industria para la generación de esos frutos.

En el caso de los frutos civiles, será evidente que ellos pertenecerán al titular del derecho.

El primer párrafo del artículo 892 subraya que tales asignaciones serán sin perjuicio de los derechos adquiridos, situación que hemos mencionado de manera reiterada en nuestro análisis del tema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El segundo y último párrafo del artículo 892 establece que se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

Esta norma tiene como objeto el establecer el momento en que los percibe el titular de los frutos, es decir, aquella persona a la que le corresponden conforme al primer párrafo del artículo 892. La solución es lógica, pero no hay que confundirla con el momento en que se generan tales frutos.

Veamos.

Los frutos naturales no se generan al momento en que se recogen. Ellos se generan al momento en que se han separado del bien del que provienen.

Los manzanos se han generado cuando se desprenden del árbol, por ejemplo, por haber caído del árbol. Es claro que aquellos que no han caído, tendrán que ser separados de él en la cosecha, pero a pesar de no haber sido cosechados, ya tendrían la condición de frutos. Esto, porque imaginamos el caso en el cual el propietario del árbol, año a año, ni recoja ni coseche sus frutos, por falta de interés. Esa falta de interés no determinaría que se pueda decir que ese árbol no da frutos todos los años Y esos frutos, que ya se generaron, le pertenecen en propiedad al dueño del árbol, quien, por su falta de interés, no los recolectará en su beneficio. Mucho cuidado con esto; no se vaya a confundir conceptos.

En el caso de los frutos industriales, el segundo párrafo del artículo 892 establece que los mismos se perciben cuando se obtienen. Entendemos que este concepto debe comprenderse como que su proceso de producción ya ha concluido, lo que iría acompañado de un tema de necesaria posesión sobre el bien. Entonces, en los frutos industriales, el concepto de producción o generación de tales frutos sí coincidiría con el de obtención de los mismos.

Y, finalmente, para el caso de los frutos civiles, reseña el artículo 892, ellos se perciben cuando se recaudan. La recaudación es un concepto distinto del relativo a la generación de tales frutos. Por ejemplo, la renta se percibe cuando se recauda. Se genera también la obligación de pagarla el día del mes que se hubiere pactado para el cumplimiento de la renta; a pesar de que el acreedor no haya ido a cobrarla al domicilio del deudor (regla del artículo 1238 del Código Civil).

En el caso de los intereses el tema es más claro, pues ellos se generan diariamente. Su generación será diaria y su percepción se producirá cuando el acreedor los recaude de manos de su deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cómputo de frutos industriales o civiles

Artículo 893.- Para el cómputo de los frutos industriales o civiles, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos.

El artículo 893 está destinado al cálculo de los frutos industriales y civiles. Señala que en estos casos, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos.

Se trata de una norma de mero cálculo. Se parte del entendido de que los frutos industriales no se producen solos, sino que hay que invertir en el proceso productivo correspondiente. No obstante, en el caso de los frutos industriales no se puede hacer una operación simple de resta, en la medida de que tales frutos se generarán y percibirán por lo general en especie, como podría ser los frutos de una plantación de olivos o naranjos, o los zapatos producidos en una fábrica de calzado. Aquí, todo lo que el industrial hubiese invertido para la producción, como, en el primer caso, fertilizantes, pesticidas, abonos y agua para los árboles; y, en el segundo, los respectivos insumos para producir el calzado.

Pero en ninguno de los dos supuestos se invertirá en bienes iguales a aquellos que luego serán frutos, salvo que se trate de la confección de modelos de prueba.

Entonces, para realizar la operación matemática que propone el artículo 893, ella se tendría que hacer convirtiendo a dinero el valor de los insumos y el de los bienes. Sólo así podrá conocerse la diferencia. Pero ello no es correcto, en la medida de que los frutos no se expresan, en estos ejemplos, en dinero, sino en bienes de otra especie.

Es distinto en el caso de los intereses que se generen sobre un capital dinerario (a pesar de que el capital, teóricamente, podría ser no dinerario), caso en el cual la operación matemática planteada en el artículo 893 resultaría plenamente factible.

Pero, aun así, debemos preguntarnos si se debería realizar esta operación. Estimamos que no, en la medida de que se trata de dos cosas diferentes; a saber, frutos y aquello que se invierte para obtenerlos. La operación matemática del artículo 893 sólo debería interesar a efectos del análisis de la rentabilidad del negocio, no para calcular los frutos. Ello, porque no por haber invertido más o menos en el negocio de los olivos, podremos decir que tendremos más o menos aceitunas.

ESTUDIO PARO CASTRO FREYRE

Productos. Concepto

Artículo 894.- Son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

El artículo 894 establece que son productos los provechos no renovables que se extraen de un bien.

La diferencia sustancial entre los frutos y los productos está dada por el hecho de que los frutos son provechos renovables que produce el bien (artículo 890), en tanto los productos son los provechos no renovables que produce el bien. En otras palabras, los frutos no van agotando o menoscabando la sustancia del bien; los productos, sí.

El ejemplo más ilustrativo de productos es el de un yacimiento minero (bien inmueble, por lo dispuesto por el artículo 885, inciso 3, del Código Civil). Conforme se vaya extrayendo mineral de ese yacimiento, el bien irá disminuyendo en su substancia. Habrá menos mineral en la mina, cuanto más mineral se haya extraído de ella.

En el caso de nuestro ejemplo, estaremos frente a productos de carácter industrial, pues la extracción de mineral requiere de la indispensable intervención humana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disposiciones sobre frutos y productos

Artículo 895.- Las disposiciones sobre frutos comprenden los productos si ellas no los excluyen expresamente.

Este artículo establece que las disposiciones sobre frutos (artículos 890 a 893) comprenden los productos, si ellas no los excluyen expresamente.

Veamos el alcance de esta norma.

En lo que respecta al artículo 890, él no sería aplicable a los productos, en la medida de que el mismo brinda el concepto de frutos, y ese concepto, claro está, no resulta aplicable a los productos.

El artículo 891 establece las clases de frutos.

Esta norma podría aplicarse a los productos, en la medida, naturalmente, de que podamos imaginar productos naturales y civiles.

Productos de naturaleza industrial abundan, encabezados por el ejemplo de los minerales extraídos de la mina.

Pero no es fácil imaginar productos naturales, pues ellos, al menos, deberían producirse sin la intervención humana, más allá de que en su recolección sí debe participar, inevitablemente, el ser humano.

Un ejemplo podría ser la carne obtenida de un animal silvestre (un venado, por ejemplo) que ha sido cazado para tal fin. En este caso la carne es un provecho no renovable producido por un bien en estado silvestre. El hombre sólo participó cazando el animal, no generando el provecho no renovable (su carne).

Un ejemplo de producto de naturaleza civil, podría estar representado por un seguro de vida. Muerto el asegurado y pagada la indemnización a la viuda, esa indemnización constituye un provecho no renovable generado por la póliza de seguro. Y es no renovable, en la medida de que cada vez que ella utilice dinero de este monto indemnizatorio, la cantidad recaudada disminuirá. Esta indemnización —qué duda cabe— es fruto de una relación jurídica.

En síntesis, el artículo 891 sí resultaría aplicable a los productos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En lo que respecta al artículo 892, éste es relativo al momento de la percepción de los frutos.

La norma es aplicable a los productos. Trasladamos a ella los comentarios vertidos sobre este artículo, *mutatis mutandis*, claro está.

En lo que respecta al artículo 893, finalmente, consideramos que esta norma también resultaría aplicable a los productos, con las salvedades teóricas y prácticas que señalamos al momento de analizarla.

Una última consideración. El artículo 895, bajo comentario, al señalar que las disposiciones sobre frutos comprenden los productos, resalta que ello ocurrirá si las disposiciones sobre frutos no excluyen expresamente a los productos. Esta exclusión expresa no existe, por lo menos en este Título III.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN TERCERA
DERECHOS REALES PRINCIPALES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Posesión

Estudio Mario Castillo Freyre

Título I
Posesión

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Posesión. Concepto

Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

El artículo 896 establece que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Entonces, en primer término, habría que señalar cuáles son esos poderes.

El primero de ellos es el poder de usar o gozar del bien; ello, naturalmente, dentro de los límites que la ley impone para el uso armonioso de los bienes dentro de una sociedad.

El segundo poder que otorga el derecho de propiedad, es el de disfrutar del bien, vale decir, beneficiarse con sus frutos y productos.

El tercer poder que otorga el derecho de propiedad es el de disponer del bien, es decir la posibilidad de transferir su propiedad, de manera total o parcial, a un tercero.

Y, finalmente, el cuarto poder que otorga el derecho de propiedad, es el de reivindicar el bien. Como sabemos, la acción reivindicatoria es la que entabla el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario, a efectos de recuperar la posesión del bien.

El artículo 896 se encarga, por otro lado, de subrayar que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Esto significa que la calidad de poseedor no necesariamente está ligada a la adquisición de ese derecho en virtud de un título jurídico, ya que la norma sólo requiere que el ejercicio de ese poder o poderes inherentes a la propiedad se dé por circunstancias de hecho. Este sería el caso, por ejemplo, de aquel que posee sin

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

título alguno (con buena o mala fe) un terreno ajeno. Es claro que este poseedor podría convertirse en propietario por la figura de la prescripción adquisitiva (artículos 950 a 953 del Código Civil).

Y para adquirir por prescripción adquisitiva, sólo se requiere ser poseedor; evidentemente sin título formal que lo habilite a poseer.

Ahora bien, cuando el artículo 896 hace referencia a «uno o más poderes inherentes a la propiedad», tampoco estamos ante un abanico muy amplio. Sólo nos referimos al uso y, eventualmente, al disfrute del bien, pues no podríamos hablar de la disposición o venta del bien, en la medida de que si el poseedor vendiera un bien que no le pertenece, se trataría de una venta de bien ajeno; y, por otro lado, como sabemos, la reivindicación sólo puede ser entablada por el propietario no poseedor, y éste no sería el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SERVIDOR DE LA POSESIÓN

Artículo 897.- No es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

El artículo 897 del Código Civil establece que no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

Lo que ocurre es que el poseedor no debe tener respecto de la posesión que ejerce, relación alguna de dependencia con un tercero. Es decir, debe poseer por sí mismo y no por encargo o por órdenes de otro.

En primer término, por supuesto que podrá tener un contrato con el propietario, que le permita poseer. Sería el caso, por ejemplo, del arrendatario, quien tendría derecho a poseer en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el propietario del bien. Pero nótese que aquí el arrendatario (poseedor del bien) lo posee por él mismo, no por encargo o por órdenes de otro.

Este último sería el caso del guardián que está al cuidado de una casa, sea por encargo del propietario o de un arrendatario (poseedor), siendo servidor de la posesión, mientras dure el viaje de este último. En este caso, el arrendatario será el propietario; el guardián sólo será el tenedor del bien, pues, conforme al concepto del artículo 896, no es poseedor, en la medida de que no puede usar, sino cuidar el bien; no puede percibir sus frutos; no puede venderlo o disponer del bien, y tampoco puede reivindicarlo, pues esa pretensión corresponde al propietario y el guardián es sólo tenedor del bien.

En este punto también debemos distinguir la posesión inmediata sobre el bien, que es la que ejerce el poseedor (a secas), de la posesión mediata (que es la que ejerce el propietario no poseedor). Por lo demás, cuando estemos ante la expresión «poseedor» y no se haga distinción entre uno y otro término, será evidente que se estará aludiendo al poseedor inmediato y no al mediato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adición del plazo posesorio

Artículo 898.- El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le trasmitió válidamente el bien.

Como hemos señalado, el Código Civil regula entre sus artículos 950 y 953 lo relativo a la prescripción adquisitiva, tanto de bienes muebles como de inmuebles.

Para estos casos, se requiere haber poseído el bien un determinado número de años. Por ejemplo, si el bien fuese inmueble (artículo 950), la propiedad se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

En el caso de muebles, la adquisición por prescripción requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años, si hay buena fe, y por cuatro, si no la hay.

Todos estos plazos deben haberse cumplido, en su caso, para que el poseedor del bien pueda estimar que se ha convertido en propietario.

Pero algo muy importante es que el artículo 898 del Código Civil establece que el poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le transmitió válidamente el bien. Resulta evidente, entonces, que la suma de plazos de prescripción podrá favorecer a un poseedor a adquirir la propiedad del bien por prescripción adquisitiva.

En lo que respecta a la transmisión válida del bien que exige el artículo 898, ésta se refiere a que el anterior poseedor haya transferido, al menos, la posesión del bien. Así, habrá continuidad en la posesión y una transmisión ordenada y válida del derecho en cuestión. Aquí el nuevo poseedor no requiere que se le transmita propiedad (la que tampoco tiene el anterior poseedor). Con la transmisión de la posesión, basta.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Coposesión

Artículo 899.- Existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente.

Cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifiquen la exclusión de los demás.

El artículo 899 regula el caso de la coposesión, al establecer que existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente.

A pesar de que la coposesión, por lo general, se estudia desde la perspectiva de la existencia de solo un poseedor, al igual que la propiedad desde la existencia de solo un propietario, en ambos derechos podría existir más de un titular. En la propiedad, estaríamos ante la copropiedad, mientras que en la posesión, nos encontraríamos ante la coposesión. Los titulares, aquí, se denominan coposeedores.

Todos ellos son titulares del derecho de posesión y, como tales, a todos ellos les corresponde un ejercicio armonioso de ese derecho. Nótese que no estamos hablando de personas que posean partes materialmente concretas de un mismo bien, sino de quienes poseen conjuntamente ese mismo bien, no pudiéndose distinguir ninguna parte materialmente concreta que posea cada uno.

Al igual que en la copropiedad (artículo 970), en la coposesión se deberá presumir que cada coposeedor tiene tal calidad en función de un porcentaje similar que los demás coposeedores. Si son dos, 50% cada uno; si son tres, 33.33% cada uno; si son cuatro, 25% cada uno; ello, sólo a título de ejemplo.

El derecho de posesión obviamente es cedible, lo que significa que el derecho de coposesión también lo es. Cada coposeedor tiene derecho a transferir su alícuota de coposesión a quien quiera. En el caso de la coposesión no existen normas que restrinjan esa transferencia, como sí ocurre en la copropiedad con el derecho de preferencia en la venta de sus porciones indivisas, y el derecho de retracto (artículo 1599, inciso 2).

El artículo 899 incluye también un segundo párrafo, que establece que cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifiquen la exclusión de los demás.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma describe cómo debe ser el ejercicio del derecho de coposesión. Es evidente que todos los coposeedores pueden ejercer actos posesorios sobre el bien, pero tales actos deben ser ejercidos de modo que ellos no signifiquen un ejercicio de posesión que excluya a los demás. Esto, porque el titular del derecho no es poseedor, sino coposeedor del mismo.

Ello significaría que los coposeedores deberán ponerse de acuerdo para ver la manera en que poseerán el bien. No obstante, debemos ser muy cuidadosos en esto, pues si los coposeedores acordaran que cada uno de ellos poseerá una parte material o concreta del bien, pues en realidad estarían cambiando un régimen de coposesión por uno de posesión de partes concretas del bien. Ello ya implicaría el ejercicio de una posesión exclusiva, obviamente, con prescindencia de los demás ex coposeedores y ahora poseedores, a secas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Adquisición y conservación de la posesión

Adquisición de la posesión

Artículo 900.- La posesión se adquiere por la tradición, salvo los casos de adquisición originaria que establece la ley.

Esta norma establece la regla en torno a cómo se adquiere la posesión; y ella se adquiere por tradición. La ley hace excepción de los casos de adquisición originaria que establece la ley.

No obstante, resulta necesario subrayar el hecho de que la adquisición de la posesión también se puede producir de otra manera.

Es el caso del *constituto posesorio* y de la *traditio brevi manu*, regulados en el artículo 902 del Código Civil. Pero también existe la tradición documental (artículo 903 del Código Civil).

En lo que respecta a la tradición, como señala el artículo 901, ella se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo. Por ejemplo, si se tratara de un libro, entregándolo en manos del acreedor. Si se tratara de una casa, haciendo ingresar en ella al acreedor y otorgándole, en la propia casa, la posesión del inmueble.

La tradición ficta implica una ausencia de entrega real en el momento en que se considera realizada la tradición. Por ejemplo, entregar las llaves de la casa al acreedor y que, junto con el deudor de la casa, ambas partes consideren que, a través de dicha entrega de llaves —no realizada en el inmueble, sino en otro lugar—, se está haciendo tradición de la casa.

Lo propio ocurriría si las partes suscriben un contrato y establecen en él que se considera que en virtud de la sola celebración de ese contrato, el deudor está entregando el bien al acreedor.

La tradición ficta es muy frecuente. No obstante, en estos casos el acreedor debe extremar sus cuidados a efectos de asegurarse de que más allá de la tradición ficta, en realidad sí se le hará entrega física del bien. Ello, por cuanto el acreedor nada ganará con esta ficción si, finalmente, no termina recibiendo el bien, en las condiciones pactadas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tradición

Artículo 901.- La tradición 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 ésta establece.

La norma bajo estudio ya ha sido mencionada por nosotros en el análisis del artículo 900 del Código Civil, pero vamos a agregar algunos conceptos.

El caso más común de quien tenga derecho a que se le entregue el bien, es el del acreedor. Lo normal es que a través de una relación de crédito, un deudor se haya obligado con un acreedor a entregarle un bien, entrega que se podría derivar de los más diversos contratos, como sería el caso de una compraventa, de un arrendamiento, de una donación, etc.

En todos estos supuestos, la entrega del bien es necesaria y a través de ella el acreedor adquiriría la posesión del bien; independientemente de si adquiere algún otro derecho adicional, como podría ocurrir en la compraventa o en la donación, si se tratase de bienes muebles y se tuviere que aplicar la regla del artículo 947, en el sentido de que la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

La entrega del bien es, en materia de Derecho de Obligaciones, pago y, en tal sentido, el artículo 1224 del Código Civil establece que sólo es válido el pago que se efectúa al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.

En ese sentido, habrá que tener en cuenta lo señalado por esta norma para saber quiénes pueden recibir el bien y bajo qué circunstancias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sucedáneos de la tradición

Artículo 902.- La tradición también se considera realizada:

1.- Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo.

2.- Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

Este artículo regula los supuestos de *traditio brevi manu* y *constituto posesorio.*

En el inciso 1 se señala que la tradición también se considera realizada cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo. Se trata de la antigua *traditio brevi manu* , figura que proviene del Derecho Romano y que resulta de mucha utilidad.

Es el caso en el cual el bien ya está siendo poseído por alguien que no es su propietario, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento. ¿Qué ocurriría si, en plena ejecución del contrato de arrendamiento, el propietario del bien (arrendador) y el arrendatario (poseedor del bien) negocian y celebran un contrato de compraventa sobre ese bien. En este caso, sería inútil que el arrendatario (ahora comprador) le tenga que entregar el bien al arrendador (ahora vendedor) para que luego este último se lo vuelva a entregar al primero.

El desarrollo o despliegue de estas conductas carecería de todo sentido.

Si fuese bien mueble, claro que carecería de sentido, pero más aún si se tratase de un bien inmueble, pues el antiguo arrendatario y ahora comprador, incluso ya habrá adquirido la propiedad del bien por aplicación del artículo 949 del Código Civil («La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario»). Y sería más absurdo si se quisiera cumplir con el ritual de la tradición, pues el comprador (exarrendatario) tendría que entregar el bien al vendedor (expropietario y exarrendador), con el solo propósito de que este último se lo vuelva a entregar. El Derecho de Obligaciones y Contratos, evidentemente, no está para estas cosas.

Por otra parte, el inciso 2 del artículo 902 del Código Civil establece que la tradición también se considera realizada cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero, caso en el cual, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este es un supuesto distinto. Se trata del *constituto posesorio*, también de antigua raigambre romana y de gran utilidad. Vamos a suponer, nuevamente, la existencia de un contrato de arrendamiento en plena ejecución, que se encontrara inscrito en Registros Públicos. Pero imaginemos que el propietario del bien (arrendador) negocia la venta de la casa con una persona y celebra con ella un contrato de compraventa. En este caso, el deudor de la casa en la compraventa, no podrá entregar el bien, porque el mismo se encuentra arrendado en favor de un tercero que lo está poseyendo.

En ese sentido, se entenderá por el artículo 902, inciso 2, que hay tradición ficta, a favor del comprador (acreedor del bien). Ello, pues el bien se encuentra legítimamente en poder de un tercero con derecho a seguir poseyendo el bien, razón por la cual el vendedor no podría hacer al comprador tradición real del bien. Pero esta tradición ficta únicamente se referirá a la posesión mediata del mismo, habida cuenta de que la posesión inmediata no se puede trasmitir.

La imposibilidad actual de efectuar esa tradición real del bien, hace que la ley establezca esta ficción.

El artículo 902, inciso 2, *in fine*, establece que la tradición produce efecto en cuanto al tercero, sólo desde que es comunicada por escrito.

Esta norma debe ser interpretada en sentido amplio, es decir, no necesariamente en el sentido de que cuando se comunique la tradición ficta al tercero que posee el bien, este tercero deberá entregarlo a quien corresponda. Para ilustrar el caso y a título de ejemplo, podemos ver qué ocurriría con ese tercero, ajeno a la compraventa, en caso ese tercero fuese arrendatario.

Pensamos que la respuesta se halla en el artículo 1708, norma de texto siguiente:

> **Artículo 1708.-** En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:
>
> 1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador.
>
> 2.- Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido.
>
> Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación.
>
> 3.- Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, no necesariamente los supuestos del artículo 902 del Código Civil se presentarían por efecto de contratos. Podrán aplicarse por otras circunstancias, como sería el caso de una sucesión.

Así, si quien poseyera el bien fuese el único hijo y su padre fuese el propietario, de fallecer el padre y ser su heredero universal, es claro que a él le correspondería poseer el bien en propiedad. Así, permanecerá en posesión del bien, sólo que ahora lo tendrá a título distinto (el de propietario).

Lo propio ocurrirá en el supuesto del inciso 2. Si el bien se encuentra en posesión de un tercero y el propietario muere y lo hereda su único hijo, en calidad de heredero universal, aquí, obviamente, se entenderá que hubo tradición ficta del bien del padre al hijo, al momento de la muerte del padre. Ello, pues no resultaría posible que en ese momento el tercero (que tiene derecho a seguir poseyendo el bien) haga tradición del mismo al hijo del causante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tradición documental

Artículo 903.- 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.

Como expresamos en ocasión anterior[4], cuando el Código Civil de 1984 se refiere en los artículos 1580 y 1581 a la compraventa sobre documentos, no está aludiendo a la de documento alguno. De igual manera, el artículo 903, bajo estudio, no se refiere a la tradición de los documentos, sino a la de los bienes representados por ellos.

En tal sentido, estimamos que los documentos que más podrían ajustarse al tema que regula el artículo bajo tratamiento, son el conocimiento de embarque y otros documentos similares, como son la orden de entrega y el *sea waybill*, relativos a la compraventa y al transporte de mercaderías.

Como decíamos en nuestro *Tratado de la venta*, no puede desconocerse la eficacia de los títulos representativos de la mercadería, como los *warrants* y los conocimientos de embarque, que otorgan al legítimo tenedor del título el derecho de disposición sobre el bien representado, aun cuando éste no se encuentre en poder de dicho tenedor.

De esta manera, al quedar sustituida la entrega del bien por la entrega del título, el vendedor se libera de la obligación de entregar el bien, que es inherente a la compraventa, quedando agotada toda su actividad con respecto a la obligación. En adelante, corresponde al vendedor hacer efectiva la entrega del bien.

No obstante, al habernos estado refiriendo al contrato de compraventa, lo hemos hecho porque resulta el contrato más usual en este tipo de operaciones, pero no por el hecho de que tales actos sólo resulten posibles en el marco de contratos de esta naturaleza.

4 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores. Lima, 2010, tomo 2, pp. 664 y siguientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 903 del Código Civil es amplio a este respecto.

Por otra parte, debemos reparar en que el segundo párrafo de este precepto establece que 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. Esta norma es lógica, en la medida de que aquel a quien se realiza una transferencia física de los bienes muebles y hubiere actuado de buena fe, siempre debería ser preferido por sobre el tenedor de los documentos. En el primer caso, se habrá producido una tradición real de los bienes; en el segundo, una tradición ficta de los mismos. Y la realidad debe ser preferida por sobre la ficción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREIRE

Conservación de la posesión

Artículo 904.- Se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera.

La posesión es un derecho con vocación de permanencia en el tiempo, además de que para que se configure, implica venir ejerciendo uno o más de los atributos del derecho de propiedad.

En este orden de ideas, el Derecho entiende que actos pasajeros que alejen a ese poseedor del ejercicio de tales poderes, de manera alguna implicarán el cese de la posesión o su interrupción con efectos no sólo de orden práctico o material, sino de naturaleza jurídica.

Así, es claro que si el poseedor se ausenta del inmueble, por un viaje de dos semanas de duración, ese poseedor seguirá teniendo tal calidad. Lo mismo ocurrirá si se tiene que internar algunos días en una clínica para una operación quirúrgica.

Ahora bien, hay que precisar que las ausencias del ejercicio de la posesión no le suprimirán el carácter de poseedor, hayan sido estas ausencias de naturaleza voluntaria o involuntaria. Ello es irrelevante. Lo importante será que la persona se siga considerando poseedora del bien y que, una vez cesada la interrupción pasajera, vuelva a comportarse como poseedora de ese bien.

En estos casos, la ley no establece cuánto será el máximo que deban durar esas interrupciones pasajeras. Entendemos que ello es correcto, pues hubiese sido imposible hacerlo, por la casuística infinita existente al respecto. No obstante, estimamos que tales interrupciones deberán tener una duración máxima razonable, dado que lo contrario ya implicaría la ausencia de ánimo posesorio en esa persona.

Dentro de tal orden de ideas, si el poseedor se ausentara, por ejemplo, dos años del bien y no tuviera contacto alguno con él, de manera directa o por interpósita persona, creemos que sería evidente que ese antiguo poseedor habría dejado de tener tal condición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Tercero
Clases de posesión y sus efectos

Clases de posesión

Artículo 905.- Es poseedor inmediato el poseedor temporal en virtud de un título. Corresponde la posesión mediata a quien confirió el título.

El artículo 905 es el encargado de distinguir las dos clases de poseedores: el inmediato y el mediato.

El poseedor inmediato es el poseedor temporal en virtud de un título.

Es poseedor mediato quien confiere el título al poseedor inmediato.

En primer término, hay que decir que esta distinción por oposición se debe dar en una misma relación jurídica, dado que el poseedor inmediato adquiere esta calidad porque se la otorga el poseedor mediato.

En otras palabras, no habrá poseedor inmediato sin poseedor mediato; a menos, naturalmente, que el poseedor no mantenga relación jurídica alguna a este respecto con un tercero, caso en el cual se podría decir que este poseedor es, a la vez, poseedor mediato y poseedor inmediato, es decir que reúne ambos tipos de posesión. Pero, en verdad, sería inútil decir esto, en la medida de que a dicha persona sólo se le deberá denominar «poseedor», a secas, ya que se entiende que quien es «poseedor», lo es —a la vez— mediato e inmediato.

El poseedor, tal vez, sea alguien que sólo tenga ese derecho sobre el bien, vamos a suponer, que esté usando ese bien, en virtud de una relación jurídica celebrada con el propietario.

En este caso, el poseedor será poseedor inmediato y el propietario, poseedor mediato.

En realidad no es posible que las dos personas de la relación jurídica que da origen a la posesión inmediata, tengan la posesión inmediata del bien. Una la tendrá y la otra será poseedor inmediato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El poseedor mediato podría tener como todo derecho esa posesión mediata, que sería el caso en el cual un poseedor (y sólo poseedor) hubiera cedido temporalmente a otro, por contrato, la posesión del bien. El poseedor inmediato es el que tiene el bien consigo, en tanto el mediato es aquel que tiene un derecho con respecto a esa posesión, el mismo que le permitirá recuperar la posesión inmediata cuando corresponda.

En caso el poseedor mediato tenga derechos mayores sobre el bien, sólo se habrá desprendido de la posesión inmediata sobre el mismo y, tales otros derechos le permitirán recuperar su posesión inmediata cuando corresponda.

Las figuras de la posesión mediata e inmediata son, sin duda, ficciones que permiten distinguir ambas clases de poseedores, pero en realidad el único que posee directamente el bien es el poseedor inmediato. El mediato no, pero tendría derecho a recuperar esa posesión, cuando ello corresponda.

Para concluir estos comentarios, debemos decir que no hay que confundir al poseedor inmediato con el tenedor del bien, pues este último tiene el bien por encargo del poseedor o propietario y no con ánimo de poseedor, pues no tendría vocación posesoria. Como ya lo hemos mencionado en este trabajo, sería el caso del guardián que cuida un inmueble, por citar un ejemplo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posesión ilegítima de buena fe

Artículo 906.- 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.

Esta norma se encarga de establecer cuándo se considera que un poseedor es ilegítimo y de buena fe.

Sería el caso en el cual ese poseedor crea en su legitimidad, por ignorancia o error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida su título.

En primer lugar, el poseedor ilegítimo, por definición, es aquel cuyo título no está amparado por el Derecho. Sería el caso, por ejemplo, de aquel comprador que compra un bien ajeno, desconociendo el carácter ajeno del bien (artículo 1539 del Código Civil). Si el vendedor le entrega la posesión del bien, estaremos en presencia de un poseedor (el comprador) que posea el bien de manera ilegítima, pero de buena fe, pues él cree en la autenticidad de los títulos exhibidos por el vendedor, los mismos que, supuestamente, lo acreditaban como legítimo propietario (y, también, legítimo poseedor del bien).

En ese caso nos hallaríamos frente a un error de derecho.

También podríamos encontrarnos frente a un error de hecho, en cualquiera de sus modalidades, como sería el caso del error *in corpore*, es decir, que creyó que contrataba sobre el bien X, cuando en realidad lo hacía sobre el bien Y, que era ajeno con respecto al vendedor.

Esta categoría de poseedor ilegítimo de buena fe será notoriamente más útil que la del poseedor ilegítimo de mala fe, con respecto a la adquisición de la propiedad por prescripción (artículos 950 a 953).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Duración de la buena fe

Artículo 907.- La buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente o, en todo caso, hasta que sea citado en juicio, si la demanda resulta fundada.

El artículo 907 se encarga de establecer hasta cuándo dura la buena fe en la posesión ilegítima regulada en el artículo 906.

Así, establece dos supuestos. El primero de ellos señala que la buena fe dura mientras las circunstancias permitan al poseedor creer que posee legítimamente.

Este sería el caso en el cual se compre un bien ajeno, mediando error de derecho o dolo, inducido por el vendedor del bien, y transcurran los años y el comprador del inmueble no sufra perturbación alguna en la posesión del bien, ni de hecho, ni de derecho. En este caso, será evidente que ese poseedor ilegítimo no tendrá por qué tener la más mínima duda de la legitimidad de sus derechos sobre el bien, incluido el de posesión.

El segundo supuesto en que se considera que dura la buena fe (artículo 907) es aquel en el cual el poseedor no es citado en juicio. Si fuese citado en juicio, y la demanda resultase infundada o improcedente, entendemos que deberá seguírsele considerando como un poseedor ilegítimo de buena fe; pero si la demanda fuese declarada fundada (entendemos que con carácter de sentencia firme), el artículo 907 del Código Civil comprende que el poseedor ilegítimo ya no podrá seguir siendo calificado como de buena fe.

Como aquí no hay un tercer campo, estimamos también que el Derecho lo consideraría como un poseedor de mala fe, pero con efecto retroactivo al momento en que le hubiese sido notificada la demanda. Interesante este efecto retroactivo, pues el Código Civil entiende que mientras duró el juicio, ese poseedor ilegítimo estuvo en aptitud o posibilidad de conocer cuáles eran los argumentos fácticos y jurídicos de la parte contraria y, así, advertir la poca consistencia de sus propios argumentos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posesión de buena fe y frutos

Artículo 908.- El poseedor de buena fe hace suyos los frutos.

Esta norma establece que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos; ello, en oposición al artículo 910, que señala que el poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

La solución del artículo 908, contraviene la regla del artículo 892, que establece que los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario productor y titular del derecho, respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos. El artículo 908 indica que tales frutos corresponderán al poseedor de buena fe, quien los hará suyos. Esta norma no distingue si ese poseedor de buena fe debe ser legítimo o ilegítimo. Si fuera legítimo, no habría problema y, es más, el artículo 908 no constituiría excepción del artículo 892, pues quien haría suyos los frutos sería, en buena cuenta, el titular del derecho, ya sea como propietario, productor o titular del derecho (artículo 892) o como una persona que ha adquirido ese derecho de manera legítima.

Sólo si el poseedor fuese ilegítimo, pero de buena fe, este artículo 908 estaría efectuando una excepción a lo dispuesto en el artículo 892.

Pero ¿cuál es la razón del artículo 908 para establecer que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos?

Entendemos que es una concesión que el Derecho hace con respecto a esta persona, quien, probablemente haya puesto mucho de sí, como poseedor de buena fe del bien, para que estos frutos se logren y así se hayan podido obtener.

En otras palabras, si se tratare de frutos industriales, ellos, seguramente, provendrán del esfuerzo o trabajo de ese poseedor ilegítimo de buena fe.

Si fuesen naturales, la ley se los concede por su carácter de buena fe, al igual que si tales frutos tuvieren calidad de civiles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Responsabilidad del poseedor de mala fe

Artículo 909.- El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que éste también se hubiese producido en caso de haber estado en poder de su titular.

En primer término, diremos que el artículo 909 del Código Civil establece una serie de supuestos en los que el poseedor (ilegítimo) de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien.

Diremos que las reglas generales sobre las consecuencias en materia de pérdida o deterioro (en el artículo 909, «detrimento») del bien, se hallan contenidas en el artículo 1138[5], relativo a la teoría del riesgo en la pérdida o deterioro de bienes ciertos. En estos casos, si el bien se pierde o deteriora por culpa del deudor (incisos 1 y 2, respectivamente), se aplicará el *periculum est debitoris*.

FERNANDO CASTILLO FREYRE

5 Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes:

1.- Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes.

2.- Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.

3.- Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

4.- Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.

5.- Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

6.- Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

En caso el bien se pierda o deteriore por culpa del acreedor (incisos 3 y 4, respectivamente), se aplicará el principio *periculum est creditoris*; en tanto que si el bien se perdiera o deteriorara sin culpa de las partes (incisos 5 y 6, respectivamente), se aplicaría el principio *periculum est debitoris*. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. Este supuesto comprende tanto el caso fortuito, la fuerza mayor (artículo 1315), como aquel en el cual se hubiese perdido el bien, a pesar de que el deudor empleó la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (artículo 1314).

El artículo 909, en cambio, hace que el poseedor de mala fe (quien, obviamente, está obligado a entregar el bien a quien corresponda ejercer esa posesión de manera legítima, es decir, de acuerdo a Derecho) deba responder de la pérdida o detrimento (deterioro del bien) aun por caso fortuito o fuerza mayor. Hubiera sido mejor que también se incluya el supuesto en que el poseedor de mala fe hubiese actuado con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, para que no se pueda sostener que este supuesto no está comprendido en la responsabilidad del poseedor de mala fe.

El artículo 909 sólo exceptúa de responsabilidad al poseedor de mala fe, en caso la pérdida o detrimento (deterioro del bien) también se hubiere producido de haber estado el bien en poder de su titular.

Antes de concluir, debemos señalar que podría entenderse que el término «detrimento» del bien, empleado por el artículo 909, podría no ser equivalente al de «deterioro», utilizado por el artículo 1138. Podría ser así, pero preferimos asumirlos como sinónimos, por una cuestión de necesaria sistemática interna del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posesión de mala fe y restitución de frutos

Artículo 910.- El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos percibidos y, si no existen, a pagar su valor estimado al tiempo que los percibió o debió percibir.

El artículo 910 establece que el poseedor (se entiende, ilegítimo) de mala fe, está obligado a entregar los frutos percibidos.

Tal entrega deberá ser hecha a la persona a quien corresponda poseer legítimamente el bien.

Pero creemos que la norma incurre en un error, pues cabe la posibilidad de que ese poseedor ilegítimo de mala fe, haya sido, además, negligente, en el sentido de que no haya percibido los frutos, sea porque no los recolectó, recogió o cobró.

En estos casos, el artículo 910 estaría premiando esa negligencia, pues, por lo menos en cuanto a frutos perecibles se trata, éstos ya se habrían perdido y el nuevo poseedor legítimo del bien se encontraría en la imposibilidad material de percibirlos. Por ello, el artículo 910 debió referirse a los frutos «generados», no a los frutos «percibidos».

Por otra parte, la norma (el artículo 910) señala que si no existen (frutos percibidos), el poseedor de mala fe estará obligado a pagar su valor estimado al tiempo en que los percibió o debió percibir. Este extremo salva —de alguna manera— el defecto anterior, pues obliga al poseedor de mala fe a entregar a quien tiene derecho a ejercer la posesión legítima del bien, el valor de los frutos, en caso éstos no existiesen.

Entendemos que el precepto se refiere tanto a aquellos casos en que los frutos percibidos ya hubiesen sido consumidos o gastados por el poseedor ilegítimo de mala fe, como a aquellos casos en los cuales, por negligencia, no percibió tales frutos generados y éstos se perdieron. También estaría comprendido el supuesto en el cual el bien debió haber generado frutos si hubiese existido una gestión competente. Ahí el artículo 910 hace que el poseedor ilegítimo de mala fe también deba devolver el valor de esos frutos que debió percibir, pero que nunca percibió.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posesión precaria

Artículo 911.- La posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

Este artículo se encarga de establecer qué es la posesión precaria, entendiendo que ella es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido.

Veamos ambos supuestos.

El primero de ellos parte del entendido de que el poseedor jamás ha tenido título alguno.

Esto significa que empezó a poseer sin título, lo que descarta, evidentemente, a quien empezó a poseer en virtud de un título que siempre supo no era suficiente (como, por ejemplo, el de aquel comprador que adquiere un bien que, tanto él como el vendedor saben que es ajeno). Aquí sí habría título de posesión y mala fe. Así, no estaríamos en presencia de un precario.

Tampoco lo sería quien posee en virtud de un título que sabe insuficiente, pero que con el paso del tiempo se convence de su suficiencia (es decir, alguien que empezó a poseer de mala fe, pero ahora tiene buena fe).

Tampoco sería precario el poseedor ilegítimo que siempre ha creído en la legitimidad de un título (poseedor ilegítimo de buena fe).

Entendemos que el precario es aquel que posee el bien, de mala fe y sin ningún título habilitante (poseedor ilegítimo). O sea, en otras palabras, el precario es quien posee sin título alguno; por ejemplo, quien ingresa a ocupar un terreno vacío, sin título alguno y sabiéndolo ajeno.

Pero en el artículo 911 se establece que también es precario quien ejerce la posesión cuando el título que tenía ha fenecido.

No estamos convencidos de la bondad de este supuesto, porque en ese entendido, también sería precario aquel que hasta la fecha en que venció su título, ejerció una posesión legítima y de buena fe sobre el bien.

Dados los diversos supuestos que han sido analizados en esta norma como ajenos al concepto de precario, entendemos que el caso que acabamos de describir sería el de un poseedor ilegítimo (porque el título que le daba legitimidad,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FRAVRE

ya venció) y de mala fe (derivada, precisamente, de ser consciente de que su título ya feneció).

Pero nótese que si el título era ilegítimo, ese poseedor habría ejercido una posesión ilegítima pero de buena fe. Una vez vencido el título, seguiría siendo un poseedor ilegítimo, pero ahora de mala fe; no un precario.

Incluso el poseedor que llega a tener tal calidad en función de un título que él sabía ilegítimo, sería un poseedor ilegítimo de mala fe; mala fe que continuaría cuando ese título ya hubiera vencido; ello, por razones obvias. Pero ese poseedor ilegítimo y de mala fe, no se convertiría en precario.

Consideramos, entonces, que precario sólo es aquel que carece (siempre careció) de título posesorio. Por eso creemos que es un error el segundo concepto de precario asumido por el artículo 911 (aquél cuyo título —el que tenía— ha fenecido).

De conformidad al IV Pleno Casatorio Civil, una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

Se señala, además, que cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Cuarto
Presunciones legales

Presunción de propiedad

Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

El artículo 912 constituye uno de los preceptos más conocidos e invocados del Código Civil peruano de 1984.

Como sabemos, el régimen en materia de transferencia de propiedad en el Perú, no pasa por la exigencia de una inscripción registral obligatoria. Ello significa que puede ser que el propietario no tenga su derecho inscrito en los Registros Públicos. Esto, tanto en materia de bienes inmuebles, como de bienes muebles.

En ese orden de ideas, la posesión del bien es muy importante, tanto así que en virtud de lo dispuesto por el artículo 912, el poseedor se presume propietario, mientras no se pruebe lo contrario.

En materia de bienes muebles no inscribibles esta presunción es básica, a menos, naturalmente, que existan situaciones que conduzcan a que se deba —razonablemente— dudar de la condición de propietario del poseedor del bien. Sería el caso, por ejemplo, del poseedor de un libro. Debería presumírsele propietario, pero si vemos el libro y en varias de sus páginas interiores tiene un sello que dice que es propiedad de otro abogado, y ese otro abogado está vivo y ejerciendo la profesión, pues entonces no se podría aplicar la presunción del artículo 912.

La presunción del 912 sólo es aplicable cuando no existan elementos que puedan conducir a una duda razonable sobre el derecho de propiedad del poseedor del bien.

Lo mismo ocurriría con un inmueble. El poseedor se presume propietario; pero tal presunción no podrá oponerla a quien tenga los documentos contractuales que lo acrediten como propietario de ese inmueble.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 912 establece dos supuestos de excepción, en los que no cabe oponer esta presunción. El primero está constituido por el poseedor inmediato, quien no podrá oponerla al poseedor mediato. Aquí las razones son obvias, pues el poseedor inmediato reconoce que el poseedor mediato tiene mejor título que él, ya que el poseedor inmediato deriva su posesión, precisamente, del poseedor mediato, a quien contractualmente le reconoce tal calidad.

El segundo supuesto de excepción está constituido por el propietario con derecho inscrito, a quien tampoco se podrá oponer la presunción del artículo 912.

Con respecto a este último supuesto, no obstante, hay que aclarar que por tener derecho inscrito no necesariamente esa persona será el propietario del bien, habida cuenta de que en el Perú el registro no es constitutivo, sino declarativo. Esto, porque la propiedad inmueble se transfiere con la tradición o entrega (artículo 947) y la propiedad inmueble con la sola obligación de enajenar (artículo 949), naturalmente, en ambos casos, salvo pacto distinto.

En estos supuestos habrá que hacer un estudio de los títulos, tanto del poseedor del bien sin derecho inscrito, como del que tiene inscrito su derecho de propiedad, pero no tiene la posesión del bien.

Sólo así se podría conocer, en realidad, quién es el verdadero propietario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de posesión de accesorios

Artículo 913.- La posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios.

La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él.

El artículo 913 establece dos presunciones. La primera consiste en que la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios.

El artículo 889, ya analizado, establece que las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación. El artículo 913 tiene plena lógica, al establecer que la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios. Ello no podría ser distinto.

Lo propio podemos decir en torno a la segunda presunción, en el sentido de que la posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de buena fe del poseedor

Artículo 914.- Se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.

La presunción a que se refiere este artículo no favorece al poseedor del bien inscrito a nombre de otra persona.

Debemos subrayar que la estructura del Código Civil de 1984 se basa en la buena fe. Este principio atraviesa todo este cuerpo normativo y está presente en el Título Preliminar en los Libros de Acto Jurídico, Derecho de Familia, Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos (con el famoso artículo 1362), etc.

En ese sentido, el artículo 914 sigue esa línea, al establecer que se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario.

Esa prueba en contrario podrá estar representada por un título de posesión vigente, inscrito en Registros Públicos o por la documentación que acredite que la titularidad de ese derecho pertenece a otro y que, es más, el poseedor del bien conocía de esta situación.

Tal presunción de buena fe en la posesión también podrá ser desbaratada, en la medida en que existan elementos que puedan conducir a considerar que ese poseedor conozca la ilegitimidad de su título, como ocurriría, por ejemplo, si se probase que ha adquirido la posesión del bien en un local informal que sólo vende artículos de procedencia ilícita.

Pero el artículo 914 también establece que la presunción de buena fe en el poseedor no favorece al poseedor de bien inscrito a nombre de otra persona. El hecho de que el bien esté inscrito a nombre de otra persona no debe conducir a calificar al poseedor como uno de mala fe. Pero el problema es que al no podérsele considerar como uno de buena fe, y no habiendo un tercer grupo, debería considerársele como de mala fe; y esto sería injusto, en la medida de que tal situación es normal. En el caso del propietario con derecho inscrito que cedió la posesión del bien a un tercero, los medios probatorios acreditarán si se trata o no de una posesión de buena o mala fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de posesión continua

Artículo 915.- Si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario.

Esta norma resulta de mucha utilidad en los casos en que el poseedor busque se le declare propietario por prescripción adquisitiva (artículos 950 a 953). Esto, pues si se prueba que se posee en la actualidad y que se poseyó en algún lapso anterior, se presumirá la posesión de todo el periodo intermedio.

La norma permite la prueba en contrario, pero ella estará a cargo del propietario contra quien el poseedor demande se le declare propietario por prescripción; o, en todo caso, por la contraparte procesal del poseedor favorecido por la presunción del artículo 915.

La lógica de esta norma nos hace recordar la del artículo 1231, propio de las disposiciones generales de pago, en Derecho de Obligaciones, cuando señala que: «Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Quinto
Mejoras

Mejoras. Clases

Artículo 916.- Las mejoras 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.

Son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

Antes de ingresar al estudio de las clases de mejoras a que hace referencia el artículo 916, resulta necesario establecer que se entiende por mejoras aquellas obras que se realizan en favor de un bien.

Si tales obras fuesen llevadas a cabo por el poseedor y a la vez propietario del bien, ellas no tendrían mayor relevancia, pues se trataría de una situación normal, que deriva en que el propietario que introduce mejoras en el bien que es de su propiedad, no tendrá derecho a reembolso alguno de las mismas, pues él es, a la vez, poseedor del bien.

Las mejoras adquieren relevancia para el Derecho Civil, cuando ellas son realizadas por el poseedor no propietario del bien, precisamente para ver si tendrá derecho al reembolso por parte del propietario no poseedor. De esto se ocupan los artículos 916 y siguientes del Código Civil.

Advertimos que podría existir relación entre las mejoras y los gastos de conservación. Para tal efecto, remitimos al lector a lo desarrollado por nosotros en nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones.*[6]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones.* Thomson Reuters. Lima, 2014, volumen I, pp. 155 a 163.

- Clases de mejoras

a) Mejoras necesarias

El artículo 916 señala que las mejoras son necesarias, cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien.

Más allá de que por las normas propias de las obligaciones del arrendador y de las obligaciones del arrendatario se llega a la misma conclusión, vamos a desarrollar el ejemplo de las mejoras en un contrato de arrendamiento.

Imaginemos que el arrendatario advierte la súbita rotura de una tubería de desagüe que, de colapsar, pondría en riesgo el piso de madera del primer nivel de la casa. En este ejemplo, el poseedor del bien (arrendatario) tendrá que llevar adelante esa mejora, de inmediato, pues de no hacerlo, ello implicaría la destrucción parcial o el deterioro (como se quiera apreciar estos daños) del bien.

En este caso, dada la posesión inmediata del arrendatario sobre el bien, será claro que él deberá llevar adelante la mejora necesaria, pero con recursos propios, pues recurrir al acreedor, hubiere hecho demorar la reparación del bien. En ese sentido, tales gastos deberán ser reembolsados por el propietario no poseedor al poseedor no propietario. Ellos, en buena cuenta, no han hecho sino mantener el bien como se encontraba antes de la rotura de la tubería. Es evidente, en ese sentido, que la referida mejora necesaria (y todas las que tengan esta calificación) benefician al propietario, pues conservan su bien en buen estado.

Todo esto, además, es ratificado por las normas de obligaciones del arrendador, en especial por el artículo 1680, inciso 2, que establece que el arrendador también está obligado a realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

b) Mejoras útiles

De acuerdo al artículo 916, son útiles las mejoras que sin pertenecer a la categoría de las necesarias aumentan el valor y la renta del bien.

En primer lugar, debe precisarse que las mejoras útiles, a diferencia de las necesarias, no tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien. Por esta razón es que las mejoras útiles no tienen la condición de indispensables, lo que equivale a decir que podrían o no realizarse o introducirse en el bien.

Total, sin ellas el bien ni se destruirá, ni se deteriorará.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El clásico ejemplo de mejoras útiles sería el del arrendatario poseedor que pinta la casa de propiedad del arrendador. No tiene en realidad por qué hacerlo, pero lo hace. Esa mejora aumenta el valor y una potencial futura renta del bien. Lo propio ocurriría si el propietario poseedor del inmueble decide construir un baño para cada una de las dos habitaciones que en la casa carecían de baño propio. Ello, indudablemente, aumentaría el valor del bien y la renta que se podría obtener de él.

c) Mejoras de recreo

El artículo 916 establece que las mejoras son de recreo, cuando sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad.

Debe tenerse en cuenta que las mejoras de recreo no califican como necesarias, pues ellas no están destinadas a impedir la destrucción o el deterioro del bien.

Comparten con las útiles las características de que aumentan el valor y, eventualmente, la renta del bien, pero, sin ser de la categoría de las útiles sirven para el ornato, lucimiento o mayor comodidad.

No obstante, en verdad, en algunos casos no es fácil distinguir las mejoras útiles de las de recreo. Pintar una casa, es claramente una mejora útil. Construir en el jardín una cancha de frontón, es claramente una mejora de recreo. La primera es útil, porque aumenta el valor del bien, pero no sirve para el recreo, diversión o distracción del poseedor.

Entonces, construir un baño para cada habitación, es una mejora útil, pero no de recreo. Pero si el baño incluye sauna y jacuzzi, la mejora pasará a la condición de recreo, porque los baños normales no tienen estas características, que están más relacionadas con la relajación y el placer que con las necesidades básicas del poseedor del bien. Pero el tema pasaría a ser discutible si es que los baños ya existentes en esa casa, antes de realizar la mejora, tienen esas características suntuarias.

A veces el calificar a una mejora como útil o de recreo implicará un análisis cuidadoso del bien, en este ejemplo, de la casa.

La finalidad exclusiva de la clasificación de las mejoras en el Código Civil es la de analizar posteriormente, si el poseedor no propietario que las llevó a cabo, tiene o no derecho al reembolso del valor de las mismas por parte del propietario no poseedor. Este tema, también difícil y complejo y atiborrado de casuística, será analizado en nuestro estudio del artículo 917 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho al valor o al retiro de las mejoras

Artículo 917.- El poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias.

Esta norma establece el tema del reembolso del valor de las mejoras según la naturaleza de las mismas.

Veamos.

a) Mejoras necesarias

El artículo 917 señala que el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias que existan al tiempo de la restitución.

En el caso de este tipo de mejoras, no puede haber discusión con respecto a la fórmula legal, en la medida de que ellas habrán sido llevadas a cabo por el poseedor para impedir la destrucción o el deterioro del bien. En otras palabras, será indiscutible que tales mejoras no sólo habrán evitado que el bien sufra tales consecuencias negativas, sino que además habrán beneficiado, cuidándolo, el patrimonio del propietario del bien. Sería una tremenda injusticia el que la ley no ordenara el reembolso de su valor.

Nótese que en este tipo de mejoras no se contempla siquiera la posibilidad de que ellas sean retiradas del bien, en la medida de que han servido —y seguro que siguen sirviendo— para evitar su destrucción o deterioro.

b) Mejoras útiles

El artículo 916 establece que el poseedor tiene derecho al valor actual de las mejoras útiles que existan al tiempo de la restitución del bien.

El tema se complica aquí.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No dudamos de que habrá casos en los cuales la solución del Código Civil será de aplicación pacífica, como aquel en el cual el poseedor, luego de poseer la casa por seis años, la pinta y ella es restituida al propietario un año después.

El haber pintado un inmueble después de tantos años suena absolutamente razonable y el reembolso del valor de la pintura resulta algo natural.

Pero la situación no siempre es así de clara en el caso del reembolso de las mejoras útiles. Por ejemplo, si un poseedor que debe entregar el bien al propietario dentro de un año, hace notables mejoras útiles, transformando todas las habitaciones que no tienen baño, en habitaciones con baño. En este caso, las mejoras útiles introducidas representan un valor importante, fácilmente de unos quince mil dólares americanos. Nos preguntamos si el propietario debería ser obligado a reembolsar ese valor. Es más, podría ocurrir que no tenga esa cantidad de dinero, con lo cual el poseedor podría ejercer derecho de retención sobre el bien, hasta que el propietario le pague el valor de esas mejoras.

Sin duda, una situación como ésta resultaría muy injusta, de modo tal que se estaría creando un problema práctico al propietario, de manera inútil y en ventaja para que el poseedor siga teniendo el bien consigo.

Además, no debemos olvidar que todo poseedor no propietario tiene la obligación, ya sea legal o contractual, de restituir el bien a su propietario. Esto significa que aquí resulta de aplicación el principio de identidad del pago, consagrado en el artículo 1132 del Código Civil y que establece que: «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

Este principio también es aplicable a la posesión, lo que significa que el propietario (acreedor del bien) no puede ser obligado a recibir otro (ya sea otro bien o el mismo pero con distintas características), aunque éste sea de mayor valor.

Esto significa, a entender nuestro, que las normas sobre mejoras útiles deberán establecer que el propietario tendrá el derecho de exigir que el bien se le entregue en las condiciones en que él lo entregó al poseedor o en las condiciones en que el poseedor lo comenzó a poseer, a menos que desee recibirlo con las modificaciones que impliquen las mejoras útiles introducidas en el bien.

Si no las desea, el poseedor deberá hacer las modificaciones del caso, para entregar el bien tal como lo recibió. Si no quisiera o no pudiere hacerlo,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

simplemente deberá entregar el bien en el estado en que se encuentra. El acreedor propietario tendrá derecho a que el poseedor, deudor del bien, le reembolse los costos en que el propietario tenga que incurrir para restaurar el bien al estado en que se encontraba cuando lo entregó al poseedor o cuando el poseedor lo empezó a poseer.

El caso sería muy claro si el poseedor pintó toda la casa (interiores y exteriores) de color negro, cuando ella estaba pintada de color blanco humo en el momento en que fue entregada por el propietario al poseedor. Aquí, obviamente, el propietario no debería ser obligado a reembolsar al poseedor el valor de la pintura negra; por el contrario, el poseedor deberá estar obligado a pagar al propietario lo que cueste pintar nuevamente la casa, para devolverle su color original.

En verdad, creemos que habría que adecuar las normas de mejoras útiles a las del Derecho de Obligaciones y a las de los contratos típicos, en los cuales se deba restituir un bien, como es el caso del contrato de arrendamiento. Ello, para evitar que se consagren situaciones injustas.

c) Mejoras de recreo

El artículo 917 señala que el poseedor tiene derecho a retirar las mejoras de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

Esta norma nos parece muy injusta para el propietario. Es evidente que si las mejoras de recreo (es decir, las suntuarias) pudiesen ser retiradas del bien por el poseedor sin causar un daño al bien, pues entonces que el poseedor las retire y se las lleve. Ellas son contrarias al principio de identidad. Pero la norma señala que si tal retiro no fuese posible, esas mejoras de recreo deberán ser pagadas por el propietario al poseedor. Aquí la norma yerra, en la medida de que dichas mejoras podrían no revestir utilidad o provecho alguno para el propietario del bien.

Por ejemplo, que se trate de una cancha de frontón y el dueño tenga una discapacidad física importante; o que se trate de un jacuzzi y el propietario no tenga la costumbre ni le agrade bañarse en tina sino en ducha y casos de este tipo. En tales supuestos, nos preguntamos por qué la ley obliga al propietario a pagar su valor (en la medida de que, obviamente, ellas no puedan ser retiradas por el poseedor), si en realidad esas «mejoras» son para él poco menos que «elefantes blancos» que carecen de cualquier utilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, esas «mejoras», alterarán las características del bien, de tal manera que atentarían contra el mencionado principio de identidad (artículo 1132).

Podríamos imaginar, además, que el poseedor haya introducido en el bien tantas mejoras suntuarias (de recreo), que el bien duplique su valor por la existencia de tales mejoras. En este caso, la ley peruana obligaría al propietario a pagar al poseedor una suma equivalente al valor original del bien, por algo que no le será de utilidad.

Por otra parte, hay que tener presente que los gustos del poseedor podrían ser totalmente opuestos a los del propietario y, cuando éste reciba el bien, no quiera conservar nada de lo introducido a título de mejoras de recreo.

Entonces, en conclusión, creemos que en el caso de las mejoras de recreo, el pago de su valor deberá estar condicionado a que el propietario desee conservarlas. En el caso contrario, el poseedor estaría obligado a restaurar el bien al estado en que se encontraba al momento en que el propietario se lo entregó o el poseedor tomó posesión del bien.

Estas ideas, plantean una concepción muy diferente del tratamiento de las mejoras en el Perú.

El artículo 917, cuando hace referencia a la restitución del valor actual de las mejoras, está asumiendo un criterio valorista. La obligación del 917 a este respecto es la de una deuda de valor, de las comprendidas en el artículo 1236[7] del Código Civil.

De ahí la gravedad de las observaciones que hemos formulado con respecto al tratamiento del tema y las serias consecuencias que podría padecer el propietario del bien.

Por último, el artículo 917 contiene un segundo párrafo que establece que: «La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias».

No hay duda de que esta norma es justa, en la medida de que tiende a evitar que el poseedor, en represalia por el juicio iniciado por el propietario, introduzca infinidad de mejoras sobre las que luego exija al propietario el reembolso de su valor, al extremo de que ese valor sea tan elevado que el poseedor

7 Artículo 1236.- Cuando deba restituirse el valor de una prestación, aquél se calcula al que tenga al día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

haga uso del derecho de retención y no entregue el bien al propietario mientras disfruta del bien lleno de tales mejoras útiles y de recreo.

La norma (segundo párrafo del artículo 917) exceptúa las mejoras necesarias, dado que su naturaleza impone no distinguir el momento en que fueron introducidas, en el sentido de si ello ocurrió antes o después de la citación con la demanda. Ellas siempre tendrán que ser reembolsadas por el propietario no poseedor al poseedor no propietario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de retención

Artículo 918.- En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención.

En nuestros comentarios al artículo 917 advertimos los riesgos que presenta el derecho de retención, más aún cuando el artículo 918 establece de manera expresa que: «En los casos en que el poseedor debe ser reembolsado de mejoras, tiene el derecho de retención».

No vamos a ahondar sobre el tema. Nos remitimos a los comentarios efectuados al analizar el artículo anterior.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prescripción de la acción de reembolso

Artículo 919.- Restituido el bien, se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso.

El artículo 919 regula dos plazos de caducidad.

Veamos.

a) Caducidad del derecho de separación

La norma establece que, restituido el bien, se pierde el derecho de separación.

Esta norma es, claramente, una de caducidad, en la medida de que se trata de un plazo, en principio, corto, el mismo que vencerá con la restitución del bien; y, en segundo lugar, la norma es de caducidad, en la medida de que se refiere a la pérdida del derecho de separación; no a la pérdida de la acción (pretensión). Y cuando se pierde un derecho, estamos ante un caso de caducidad.

Este precepto tiene pleno sentido, dado que si el poseedor mantuviera el derecho de separación de las mejoras luego de restituido el bien al propietario, estaría perturbando la posesión del bien por parte de ese propietario, quien —se supone— recibe el bien para disfrutar de él sin perturbaciones.

b) Caducidad del derecho de reembolso

El artículo 919 se refiere a la caducidad de la «acción (pretensión) de reembolso». Como se puede apreciar, la expresión del Código Civil a este respecto es incorrecta, pues con la caducidad no sólo se extingue la pretensión (acción), sino el derecho mismo, que es, precisamente, a lo que debió referirse el artículo 919 *in fine*. Pero se entiende que se trata, por la mención expresa que se hace a ella, de un plazo de caducidad.

La norma establece un plazo de caducidad breve (como son los plazos de esta naturaleza), de dos meses, lapso suficiente para que luego de entregado el bien al propietario, el exposeedor pueda accionar por el reembolso del valor de las mejoras.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Sexto
Defensa posesoria

Defensa posesoria extrajudicial

Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.

El artículo 920, en su texto original de 1984 establecía la defensa posesoria en los siguientes términos: «El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias».

Este precepto fue modificado por el artículo 67 de la Ley n.° 30230, publicada el 12 de julio de 2014, cuyo texto ya hemos transcrito y vamos a analizar seguidamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La reforma legal a este respecto se basó en la necesidad, advertida por el legislador, de ampliar las medidas a que tiene derecho el propietario en lo que respecta a la defensa posesoria.

En primer lugar, la norma establece que el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo.

Nótese que se hace referencia a medidas de fuerza que hubiesen sido tomadas o contra el poseedor o contra el bien, pero debe entenderse que ambas tuvieron por objeto desposeerlo del bien, tanto así que la primera línea del artículo 920 hace referencia a que ese poseedor tiene derecho a recobrar el bien, si fuese desposeído, y sólo se puede recobrar un bien si se hubiese sufrido desposesión del mismo.

En cuanto al plazo que la ley concede al poseedor desposeído para tomar esas medidas, en la práctica, el mismo es dentro de los quince días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión.

Si bien la norma favorece al poseedor desposeído, ella plantea un problema; y es que las acciones posesorias, en doctrina, generalmente requieren de inmediatez para poder ser ejercidas. Además, tomar como punto de referencia para que comience a computarse el plazo de quince días, el momento en que el poseedor tome conocimiento de la desposesión, podría estar amparando situaciones de injusticia, en la medida de que podríamos estar ante un poseedor que sea muy descuidado con la posesión del bien, que no esté pendiente de él y que —dadas estas circunstancias— recién tome conocimiento de la desposesión tres meses después de ocurrida. Aquí, de acuerdo con el artículo 920, ese poseedor tendría tres meses, más quince días para recurrir a las vías de hecho para desalojar el bien. Un exceso, sin duda. Creemos que el plazo de quince días debió establecerse para que se compute desde el momento de la desposesión, para obligar a los poseedores a actuar de manera diligente en el ejercicio de esa posesión.

El primer párrafo del artículo 920 concluye señalando que: «En cualquier caso, (el poseedor) debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias».

Esta norma, entendemos, trata de evitar excesos en el uso de las vías de hecho que empleará el poseedor desposeído para recuperar la posesión del bien. Es lógico que sea así. Pero no se piense que estas expresiones vetan las vías de hecho, dado que ellas son, precisamente, la base del artículo 920.

El segundo párrafo del artículo señala que el propietario de un inmueble que no tenga edificación o ésta se encuentre en dicho proceso (se entiende, en proceso de edificación), puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta norma regula de manera específica un caso de defensa posesoria, tal vez el más común que se presenta en la práctica. En realidad ella no era necesaria.

La norma agrega que en ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario, por lo menos, diez años.

Además, no existe razón alguna para que la norma no contemple el caso de los inmuebles ya terminados de edificar. Pero, en verdad, no habría problema, pues ellos (y cualquier otro bien) están incorporados en el supuesto general del artículo 920 (primer párrafo).

Esta precisión se hace porque en tales casos aquel que desposeyó del bien al antiguo poseedor, ya habría adquirido la propiedad del bien inmueble por prescripción. Pero se trata de una norma incompleta, pues o se debió regular todos los casos de prescripción adquisitiva o establecer una norma de carácter general que comprenda todos los casos. Ahora bien, resultaría muy raro que se empleen medidas de defensa posesoria diez años después. Sería algo exótico.

Luego, el artículo 920 señala en su tercer párrafo, que la Policía Nacional del Perú, así como las municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

Esto no ayuda mucho, en la medida de que la policía no es parte en el caso, ni tampoco podrá tomar partido en favor de una de las partes en conflicto. Difícil situación.

El artículo 920 finaliza señalando que en ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción regulada en el artículo 950 del Código Civil.

Esta norma peca también de restrictiva, pues sólo menciona el caso de la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles (con buena o mala fe) y deja de lado el caso de los bienes muebles, regulado en el artículo 951 del propio Código.

Para concluir, diremos que no tenemos dudas de que la modificatoria del artículo 920, trajo consigo no sólo interpretaciones diversas, sino también sentencias judiciales contradictorias y una serie de implicancias hasta de orden penal. No obstante, estamos convencidos de que el propósito del legislador al modificar el artículo original del precepto del Código Civil, fue positivo; pero la realidad compleja de nuestro país y la mala fe de muchos litigantes, han convertido en compleja su aplicación práctica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Defensa posesoria judicial

Artículo 921.- Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él.

Esta norma trata acerca de las acciones posesorias y los interdictos, que pueden ser utilizados por todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles.

En lo que respecta a los interdictos, éstos se hallan regulados en los artículos 597 y siguientes del Código Procesal Civil, a cuyos textos remitimos al lector. Ellos son, como se sabe, de dos tipos: de recobrar (artículo 602), el mismo que procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo; y el de retener (artículo 606), que procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, sea por actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso.

En torno al por qué el Código Civil establece el plazo de un año para poder demandar un interdicto, la razón es muy simple. En primer lugar, estamos frente a acciones posesorias, lo que significa que ellas deben ser ejercidas en plazos cortos, o relativamente cortos, por el poseedor que ha sido desposeído del bien. No es propósito de las acciones posesorias el que ellas sean ejercidas después de lapsos muy considerables desde que se haya producido la desposesión del bien.

De ahí que la ley establezca (artículo 921) el plazo de un año. Este plazo es de un año, pues entendemos que sobre él no cabe acto interruptivo o suspensivo alguno, como sí ocurre en los casos de prescripción. La ley no menciona que se trata de un plazo de caducidad o prescripción, pero dadas sus características, entendemos que el mismo es de caducidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Séptimo
Extinción de la posesión

Causales de extinción de la posesión

Artículo 922.- La posesión se extingue por:

1.- Tradición.

2.- Abandono.

3.- Ejecución de resolución judicial.

4.- Destrucción total o pérdida del bien.

El artículo bajo análisis regula las causales de extinción de la posesión. Analizaremos cada supuesto.

a) Por tradición (inciso 1)

Ya hemos visto, al estudiar el artículo 900 del Código Civil, que la posesión se adquiere por la tradición. Entonces, si se adquiere de esta manera, resulta lógico, también, que ella se pierda de la misma forma. Si el poseedor de un bien hace tradición del mismo a otra persona, esa tradición llevará consigo el ánimo posesorio, es decir que el bien será entregado a esa otra persona para que lo posea. El que hace tradición del bien (antiguo poseedor) ya no tiene ánimo de seguir siendo poseedor del bien; en tanto aquel que lo recibe, lo hace con ánimo posesorio.

b) Por abandono (inciso 2)

En distintos extremos de nuestro análisis de la posesión, hemos señalado que el poseedor es tal, porque tiene ánimo posesorio y lo ejerce a través de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad.

En ese sentido, si el poseedor hace abandono del bien, precisamente estará desplegando una conducta que resulta contradictoria con la calidad de poseedor del bien. Quien hace abandono de un bien que poseía, está

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

manifestando, tácitamente, que ya no desea seguir ejerciendo sobre él algún atributo del derecho de propiedad.

Dentro de tal orden de ideas, resulta plenamente lógico que el abandono extinga la posesión. Se trata, en buena cuenta, de una causal de extinción unilateral y voluntaria de la posesión.

c) Por ejecución de resolución judicial (inciso 3)

Esta es la tercera causa de extinción de la posesión. Debemos resaltar que esta norma no hace referencia a la resolución judicial por sí misma, como generadora de la extinción de la posesión, sino a la ejecución de resolución judicial, debiéndose entender que esa resolución judicial ordenaba, precisamente, la entrega del bien a otra persona, que, precisamente, tenía derecho a poseer el bien.

Pero la posesión se extinguirá con la ejecución de la sentencia, es decir, con la desposesión del bien en favor de esa otra persona, vale decir, con el acto material que en los hechos haga que el bien se entregue en posesión a otro. La sola existencia de la sentencia judicial firme, no significaría nada al respecto.

d) Por destrucción total o pérdida del bien (inciso 4)

El artículo 1137 del Código Civil establece cuáles son los supuestos en que el bien se pierde:

> Artículo 1137.- La pérdida del bien puede producirse:
>
> 1.- Por perecer o ser inútil para el acreedor por daño parcial.
>
> 2.- Por desaparecer de modo que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.
>
> 3.- Por quedar fuera del comercio.

Sobre este particular, remitimos al lector a nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*.[8]

En ese sentido, dada la existencia del artículo 1137 en el Código Civil peruano de 1984, hubiese bastado con que el artículo 922 mencionase en su inciso 4 a la pérdida del bien, ya que la destrucción total del mismo se

8 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen I, pp. 116 a 149.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

halla comprendida dentro del supuesto de perecimiento del bien (primer extremo del inciso 1 del artículo 1137).

En todos estos casos de pérdida del bien, se extingue la posesión, habida cuenta de que resultará imposible que el exposeedor continúe ejerciendo, sobre un bien que ya se ha perdido, alguno de los atributos que otorga el derecho de propiedad. Así de simple.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Propiedad

Estudio Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Propiedad

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Propiedad. Concepto

Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Tantas veces hemos hecho alusión a los atributos que concede a su titular el derecho de propiedad. Bueno, pues, esos atributos están contenidos en el artículo 923 del Código Civil y son el uso, el disfrute, la disposición y la reivindicación del bien.

Veamos.

a) El uso

Usar el bien implica el poder darle el destino que uno desee, aprovechando sus cualidades y beneficios, derivados de las características propias de ese bien. Por lo general, el uso que el propietario haga del bien, dependerá del destino que resulta habitual para ese bien o, algún otro, siempre dentro de los límites que —luego veremos— impone el artículo 923.

b) El disfrute

Disfrutar de un bien implica el poder hacerse de los frutos y productos que proporciona ese bien, los cuales, en principio, y con las salvedades hechas cuando estudiamos los frutos y productos, corresponden al propietario del bien.

c) La disposición

La disposición del bien implica el poder contratar con terceros, a efectos de transmitirles alguno de los derechos o desmembraciones del derecho

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de propiedad. La disposición no implica necesariamente el obligarse a transferir o transferir realmente la propiedad del bien a favor de alguien. Puede, entonces, significar la transmisión o cesión de un derecho menor sobre el bien o una parte de él.

d) La reivindicación

La reivindicación es la acción que promueve el propietario no poseedor de un bien contra el poseedor no propietario del mismo, a efectos de recuperar la posesión de ese bien.

Por otra parte, el artículo 923 establece cuáles son los límites dentro de los cuales se debe ejercer el derecho de propiedad, a saber:

a) En armonía con el interés social

Ello significa que el propietario de un bien no podrá ejercer su derecho de propiedad en perjuicio de las demás personas que integran la sociedad.

En buena cuenta, esta expresión lo que quiere decir es que no se debe hacer un ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

En verdad, hubiera bastado con la norma contenida en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que establece:

> **Artículo II.-** La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

b) Dentro de los límites de la ley

El segundo límite que establece el artículo 923 para el ejercicio del derecho de propiedad, es —precisamente— la propia ley. En realidad, creemos que el legislador de 1984 tuvo un celo excesivo en torno a los límites del ejercicio del derecho de propiedad. Ello, por cuanto en realidad no era necesario realizar las precisiones detalladas en esta norma, habida cuenta de que el abuso del derecho, ya regulado en el Título Preliminar del Código Civil, nos sitúa frente a un acto ilícito y, obviamente, el Derecho no puede tolerar el ejercicio de una propiedad con características de ilicitud.

Asimismo, el señalar que ese derecho debe ejercerse dentro de los límites de la ley, constituye una referencia inútil, por obvias razones, ya que sería inconcebible que el derecho de propiedad se pudiese ejercer contra la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Artículo 924.- Aquél que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

El artículo 924 del Código Civil regula las consecuencias del caso en que el propietario de un bien se excede o abusa del ejercicio de su derecho.

En este caso, concede al perjudicado la acción para que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso; ello, con independencia del tema indemnizatorio.

Sobre la primera parte, relativa a las medidas cautelares que podría solicitar el interesado, ellas ya están contempladas en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil. Pero, incluso, si no existiera este precepto, tales medidas cautelares podrían ser solicitadas al amparo del Código Procesal Civil.

Y, en lo que respecta al tema indemnizatorio, pues ahí tenemos las normas generales de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes del Código Civil).

En síntesis, no creemos en la necesidad del artículo 924.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Restricciones legales

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

Este artículo prohíbe que las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, sean modificadas o suprimidas por acto jurídico.

A entender nuestro, el precepto citado no resulta necesario. Ello, en la medida de que si por normas legales de orden público o de carácter imperativo se hubiesen establecido esas restricciones al derecho de propiedad de uno o más bienes, pues resulta claro que ningún acto jurídico podrá alterar las disposiciones de tal normativa.

En ese sentido, no hay que olvidar que según dispone el artículo 219 del Código Civil, en su inciso 8, el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

El artículo V del Título Preliminar señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En base a lo expuesto, entonces, es evidente la falta de necesidad del artículo 925 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Restricciones convencionales

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

No cabe duda de que por contrato podrían establecerse restricciones al derecho de propiedad. Pienso en varios ejemplos. Uno de ellos sería el caso en el cual el vendedor de un inmueble establezca con el comprador, una cláusula por la cual el comprador, así como ningún futuro adquiriente del bien o de algún derecho derivado de él, podría destinar el bien a alguna actividad determinada. Ello, en razón de que el vendedor tiene un local cercano en el que ejerce esa actividad comercial y no desea que en esa zona se establezca otro negocio que le haga competencia.

Estos pactos son perfectamente válidos.

No olvidemos que sólo están prohibidos los pactos de no enajenar y de no gravar el bien, salvo que la ley lo permita (artículo 882 del Código Civil).

Es natural que si se conviniera un pacto permitido, el mismo sería válido, pero sólo sería oponible entre comprador y vendedor y sus herederos (*res inter alios acta*). Tal pacto no será oponible frente a terceros, salvo que el mismo estuviera inscrito en los Registros Públicos. Esta norma es de evidencia palmaria, resultando prescindible, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Acción reivindicatoria

Artículo 927.- La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción.

Dentro de los pocos supuestos de acciones imprescriptibles contenidos en el Código Civil, se halla la acción reivindicatoria, que —como ya hemos señalado— es aquella que intenta el propietario no poseedor del bien contra el poseedor no propietario del mismo, con el objetivo de recuperar su posesión.

El carácter imprescriptible se basa en el hecho de que no resultaría coherente con el sistema de derechos y, específicamente, con el derecho de propiedad, el que alguien que sigue siendo propietario de un bien, es decir, que no ha perdido ese derecho en función de alguno de los supuestos del artículo 968, no pueda tener derecho a recuperar la posesión del bien, lo que —sin duda— le permitirá ejercer sobre él los demás derechos que le corresponden como propietario.

Así, en tanto no se hubiese extinguido para él su derecho de propiedad, podrá intentar reivindicarlo siempre, a menos, naturalmente, que otro lo hubiese adquirido por prescripción. No obstante, esta precisión es incompleta y, por tanto, resulta indebida, en la medida de que no será el único caso en que no pueda reivindicarlo. No lo podría hacer en cualquiera de los supuestos contenidos en los cuatro incisos del artículo 968 del Código Civil, norma relativa a las causales de extinción de la propiedad.

Todo ello, salvo la última parte del artículo 927, bajo comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Régimen legal de la expropiación

Artículo 928.- La expropiación se rige por la legislación de la materia.

El artículo 928 es una norma de remisión.

A lo largo de la vigencia del Código Civil de 1984 la normatividad constitucional y legal sobre expropiación ha variado.

En la actualidad, se encuentra en vigencia la Ley General de Expropiaciones, Ley n.° 27117, promulgada el 15 de mayo de 1999. Esta ley ha sido complementada por la Ley n.° 30025, publicada el 22 de mayo de 2013, la misma que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes muebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Adquisición de la propiedad

Subcapítulo I
Apropiación

Apropiación de cosas libres

Artículo 929.- Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por la persona que las aprehenda, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos.

El Capítulo segundo del Título relativo a la propiedad, regula las maneras de adquirir la propiedad, siendo la primera de ellas, la apropiación.

Lo que ocurre es que hay bienes que no tienen dueño, como es el caso, por ejemplo, de los mencionados en el propio artículo 929.

Las piedras no son de alguien en particular, las conchas marinas que están en la playa, los *muy muy*, y cualquier otro animal de estas características, los perros y gatos vagabundos o callejeros, etc.

Los bienes que no pertenecen a alguien en especial, son conocidos con el nombre de *res nullius* y la ley permite que los adquiera quien desee apropiarse de ellos.

Si uno se pregunta por qué la ley permite esto, y no opta, por ejemplo, por considerar que ellos pertenecen al Estado, pues la razón radica en que se estima que si están en manos de una persona particular que sea propietaria de ellos, pues van a estar cuidados de una mejor manera que si estuviesen en propiedad del Estado o, peor aún, si la ley estableciera que ellos no son susceptibles de apropiación.

Una concha marina va a estar, seguramente colocada como adorno en la casa de quien se apropió de ella, en lugar de estar en la playa, pronta a romperse o a perderse en el mar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ni qué decir de lo que ocurre con los animales vagabundos o callejeros. Ellos estarán bajo los cuidados de quien se apropie de los mismos. En la calle, un perro vagabundo es peligroso, estará sin vacunas, mal alimentado y en posibilidad de causar daño a terceros.

Debemos señalar que la relación de objetos enumerados en el artículo 929 es meramente referencial. Por ello no debemos pensar que sólo son susceptibles de apropiación bienes cercanos o que se encuentren en las orillas del mar o de los ríos. Ellos son mencionados exclusivamente a título de ejemplo. La relación de los bienes susceptibles de apropiación es, sencillamente, infinita.

El primer requisito es que se trata de bienes *res nullius*, es decir, de bienes que no pertenecen a nadie.

En tal sentido, no debe tratarse de bienes perdidos o extraviados, pues ellos sí tienen dueño y no son susceptibles de apropiación. Tampoco son susceptibles de apropiación los bienes que se encuentren aparentemente libres, pero que hayan sido objeto de algún delito, es decir, bienes robados, hurtados o provenientes de alguna infracción penal.

Sobre estos bienes, el artículo 948 del Código Civil, incluso exceptúa su adquisición en caso de que alguien los reciba de otro como propietario y de buena fe.

Por otra parte, el artículo 929 hace excepción de las previsiones contenidas en leyes y reglamentos. Ello es natural.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Apropiación por caza y pesca

Artículo 930.- Los animales de caza y peces se adquieren por quien los coge, pero basta que hayan caído en las trampas o redes, o que, heridos, sean perseguidos sin interrupción.

Este artículo se ocupa de regular la apropiación derivada de actividades de caza y pesca.

En el caso de los peces, bastará para que se considere que ha habido apropiación el que, según el artículo 930, hayan caído en las redes, lo que también ocurriría, obviamente, cuando el pez hubiese mordido el anzuelo, si se pescara a través de esta modalidad.

En el caso de los animales no acuáticos, vale decir, terrestres o en el caso de las aves, existen diversas modalidades de apropiación, desde trampas hasta la utilización de armas de fuego.

Ahora bien, es necesario resaltar que cuando se caza o pesca un animal, no sólo podrá ser con la finalidad de matarlo y luego comer su carne. Podrá también realizarse con fines deportivos, y hasta de colección, si se tratase de animales de especiales características o de extrema dificultad para conseguirlos.

Además, hay ocasiones en que la pesca y la caza se realizan con la finalidad de conservarlos vivos y en cautiverio, como sería el caso de unos peces capturados (pescados) para el acuario de un centro comercial o de un puma para destinarlo a un zoológico.

En todos estos casos, los animales habrían sido objeto de apropiación por parte de quien los pescó o cazó. La diferencia con los casos anteriores radicará en que aquí esa persona será propietaria de los animales. En los otros casos, será propietaria de sus restos, incluida su carne, naturalmente.

El artículo 930 señala, como hemos expresado, que basta que hayan caído en las trampas o redes, pero agrega como otra vía de apropiación, el que, estando heridos, sean perseguidos sin interrupción.

La lógica de esta parte de la norma, radica en que si hubiese interrupción en el proceso de caza o pesca, esos animales bien podrían terminar en manos de un tercero, quien —en ese caso— sería el propietario por haberse apropiado de ellos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aquí no importaría si quien los hirió era un tercero. Como existe interrupción en el proceso de apropiación del bien, entonces éste pertenecerá a quien lo coja.

Se trata de una solución objetiva del problema.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que en el Perú las actividades de caza y las de pesca se encuentran normadas por leyes especiales.

En materia de caza, más que una ley de la materia, existen disposiciones administrativas que regulan temporadas de caza en diversas regiones del país. En lo que respecta a la pesca, tenemos Ley General de Pesquería, Decreto Ley n.° 25977, promulgado el 21 de diciembre de 1992 y sus modificatorias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Caza y pesca en propiedad ajena

Artículo 931.- No está permitida la caza ni la pesca en predio ajeno, sin permiso del dueño o poseedor, según el caso, salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados.

Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

Esta norma trata sobre la caza y pesca en propiedad ajena.

En cuanto a la caza, como sabemos, ella sólo puede ser realizada en tierras públicas y con las condiciones y seguridades establecidas por la ley. Pero no siempre será fácil saber si un área rural es pública o privada, sobre todo si la misma no se encuentra cercada o sembrada, lo que indicaría la existencia de, al menos, un poseedor.

Pero quien desee realizar estas actividades, tiene que cerciorarse primero si estos terrenos son públicos o si, por el contrario, le pertenecen a algún particular.

Ello será importante, en la medida de que el artículo 931, en su primer párrafo, prohíbe la caza o pesca en predio ajeno sin permiso del dueño o poseedor.

Esta prohibición se establece por una razón fundamental, y es que dado que quien caza o pesca un animal se vuelve propietario del mismo por apropiación, la lógica de ello es que ese animal no pertenezca a alguien. Pero si los animales que se quiere cazar o pescar se encuentran en terreno ajeno, se aplica el artículo 913, segundo párrafo, cuando señala que: «La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él». A esto, hay que agregar la presunción del artículo 912, en el sentido de que: «El poseedor es reputado propietario mientras no se pruebe lo contrario».

Entonces, queda claro que si alguien pesca o caza animales en predio de propiedad o de posesión de un tercero, primero, está invadiendo propiedad ajena, lo que configuraría un ilícito de naturaleza penal; y, en segundo lugar, no se podría aplicar la adquisición por apropiación, pues esos bienes muebles pertenecen a otro y la idea de la apropiación es que ellos no pertenezcan a nadie.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Dentro de tal orden de ideas, es que el propio artículo 931, en su segundo párrafo, establece que: «Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización que corresponda».

La solución es correcta en cuanto a la propiedad de los bienes cazados o pescados, pues antes de ser cazados o pescados, eran de propiedad del propietario o poseedor del terreno en que fueron cazados o pescados (presunciones de los artículos 912 y 913 del Código Civil, antes expuestas).

Además, la mención de la eventual indemnización, si ella correspondiera, es correcta, pero innecesaria, porque se trataría de un tema de responsabilidad extracontractual, regulado por los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hallazgo de objetos perdidos

Artículo 932.- Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.

Esta norma se encarga de regular el hallazgo de objetos perdidos.

Nótese, en primer lugar, que los objetos perdidos no son objeto de apropiación, dado que el hecho de que estén extraviados no hace que hayan dejado de pertenecer a su propietario. Es importante subrayar que cuando el Código Civil utiliza en el artículo 932 la palabra «perdido», la está empleando como sinónimo de extraviado. De manera alguna se puede entender que este artículo emplea la palabra «perdido» en el mismo sentido que el artículo 1137 del propio Código Civil. Hubiera sido preferible, sin duda, que en el 932 se empleara el término «extraviado».

Cuando un bien se ha extraviado, seguramente su propietario estará buscándolo para recuperarlo. Al menos, hará todas las gestiones y labores de búsqueda a su alcance para lograr tal objetivo.

¿Y cuál debe ser la conducta de un tercero si encuentra, por ejemplo, en la calle, un bien extraviado?

No hay duda de que lo primero que debería hacer una persona que actúe de buena fe, es ver si ese bien tiene algunos datos que permitan identificar a su propietario. Asimismo, si ello fuera así, quien actúe de buena fe, deberá comunicarse con esa persona para coordinar la devolución del bien. Sería el caso, por ejemplo, de quien encuentre la billetera o porta documentos de alguien en la vía pública.

Pero qué pasaría si lo que se encuentra fuese un perro muy fino, con collar. Lo lógico sería ir a un medio de comunicación para que informe que ha sido encontrado y que lo reclame su dueño. O poner en redes sociales la noticia, para que se pueda mover rápido el anuncio y encontrar al propietario.

En otras palabras, si el bien perdido fuese encontrado por alguien que claramente advierta que tiene tal condición y que no se trata de una cosa de nadie

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(*res nullius*), esa persona debería hacer todo lo posible y recurrir a todos los medios que los tiempos, el avance de la tecnología y la comunicación permitan, para encontrar al propietario.

Ahora bien, si luego de agotados todos esos esfuerzos, no se hubiese obtenido resultados positivos, lo que debe quedar claro es que el Derecho peruano no acepta la tesis de que quien lo encontró se apropie de él; bajo circunstancia alguna. Además, si quien lo encontró se queda con el bien, tendrá sobre él una posesión ilegítima y de mala fe.

Esa apropiación no lo convertiría en propietario. Pero el paso del tiempo sí podría hacerlo propietario, vía la prescripción adquisitiva. Como se trataría de un bien mueble, estamos hablando del caso del artículo 951, *in fine* (cuatro años).

El Código Civil peruano brinda solución al tema relativo a qué hacer con el bien encontrado por un tercero y, obviamente, que no haya podido ser devuelto de manera directa a su propietario. La norma (artículo 932) indica que quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. No tengo duda de que el legislador de 1984 habrá pensado en algún aviso colocado en la pizarra de anuncios del local municipal. Eso hubiese resultado efectivo en pueblos chicos, pero no en circunscripciones grandes. Pero hoy en día el aviso podría estar colocado en Internet, en la página web o en el Facebook de la municipalidad respectiva y, de este modo, llegue a infinidad de destinatarios, dentro y fuera de quienes viven en esa circunscripción.

La idea del aviso, enriquecida con los cambios tecnológicos que se han dado y vienen dando en el mundo, no resulta mala, después de todo. Creo que si ello se llevara a la práctica, podría dar resultados positivos.

Dentro de la lógica del artículo 932, cabe la posibilidad de que por más de que se publicite el hallazgo del bien, nadie lo reclame. Para tal efecto, el artículo 932 señala un necesario plazo de espera de tres meses. Transcurrido ese período, la norma establece que el artículo se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.

El sistema contemplado por el Código Civil peruano de 1984 no es malo. Teóricamente es justo y podría funcionar si se diese, naturalmente, un requisito previo; y es que quien encuentre el bien extraviado, en verdad quiera hacer que se ubique a su propietario. Lamentablemente, la mayoría de quienes encuentran bienes perdidos, no proceden de manera honesta, sino que, apenas encontrado el bien, optan por quedarse con él, sin dar noticia a nadie.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mucho se ha criticado las reglas que nuestro Código Civil establece para los bienes perdidos, pero en realidad el sistema no es malo; lo malo es la deshonestidad de la gente que no permite que el sistema se active. Además —y también resulta de importancia— las personas no conocen la existencia de esta norma y el principio fundamental de que las cosas extraviadas no son *res nullius* y que, por tanto, sobre ellas no cabe apropiación alguna por parte de quien las encuentre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pago de gastos y gratificación por el hallazgo

Artículo 933.- El dueño que recobre lo perdido está obligado al pago de los gastos y a abonar a quien lo halló la recompensa ofrecida o, en su defecto, una adecuada a las circunstancias. Si se trata de dinero, esa recompensa no será menor a una tercera parte de lo recuperado.

Este artículo se encarga de regular las obligaciones del propietario que logre recuperar lo perdido. El desconocimiento de esta norma es general y su cumplimiento, por tanto, casi simbólico.

En primer término, es importante que el Código Civil imponga determinadas obligaciones a quien recupera la posesión de un bien perdido del cual es propietario; ello, pues seguramente habrá que pagar algunos gastos y una recompensa que será como un estímulo para todo aquel que encuentre un bien perdido.

Veamos.

a) Obligación de pagar los gastos

Por ejemplo, si quien encontró el portadocumentos de alguien va a su casa en taxi, a entregárselo, es evidente que habrá que reembolsarle el dinero gastado, así como cualquier otra erogación que hubiese hecho, como sería el caso de aquel que se encuentra un perro fino perdido en la calle y lo lleva al veterinario para que le cure una herida en la pata, además de comprarle medicamentos y su comida especial.

Si esa persona tiene el perro en su casa unos diez días y luego encuentra a su propietario, éste deberá reembolsarle todos los gastos en que hubiese incurrido durante este periodo de tiempo.

b) Obligación de pagar la recompensa ofrecida

La recompensa ofrecida tiene la naturaleza jurídica de promesa unilateral (artículos 1956 a 1968). La primera de las normas citadas establece que:

Artículo 1956.- Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa.

Es evidente, entonces, que si el propietario del bien hubiese ofrecido una recompensa determinada, deberá honrarla cuando alguien le entregue el bien encontrado. Al tratarse de una promesa unilateral, no cabe duda de que quien encontró el bien podrá aceptar la recompensa o negarse a recibirla, pues él no es, en estricto, acreedor de tal recompensa, hasta que decida serlo, luego de haberse configurado el supuesto de haber encontrado el bien.

En caso de no pagársele la recompensa, quien lo encontró tendría derecho de retención sobre el bien.

c) Obligación de pagar una recompensa adecuada a las circunstancias

Si el bien recuperado no fuese dinero, el artículo 933 establece la obligación del propietario de pagar una recompensa adecuada a las circunstancias. Uno podrá preguntarse cómo se calcularía esta recompensa. Pensamos que ella debería ser no menor a algún porcentaje apreciable del valor del bien. Nótese que estamos en el supuesto en el cual el bien recuperado no consiste en dinero (supuesto en que será fácil pagar un porcentaje mayor, pues el dinero está ahí). Hablamos de bienes de otra especie y en tales casos el pago de un porcentaje muy grande como recompensa, tal vez sería muy difícil de conseguir. Entendemos, por tanto, que el mismo podría oscilar entre el 10% y el 15% del valor del bien recuperado.

d) Obligación de pagar, al menos, el 33.33% del dinero recuperado

El Código Civil en el artículo 933 establece que si el bien perdido y luego recuperado fuese dinero, el propietario deberá pagar como recompensa a quien lo encontró, una cantidad de dinero no menor de un tercio de ese dinero recuperado.

Se trata, sin duda, de un porcentaje alto, pero ello obedece a dos razones. La primera, que el dinero está ahí, en efectivo, pues así se ha recuperado, razón por la cual no será complicado para el propietario compartir una porción apreciable de ese dinero.

La segunda razón consiste en que se trata de un estímulo para que las personas que encuentren dinero extraviado tengan en consideración que si lo devuelven a su dueño, es decir, si hacen lo que en honestidad y buena fe se debe hacer, tal proceder se verá premiado de manera apreciable por el Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Búsqueda de tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado

Artículo 934.- No está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario. El tesoro hallado en contravención de este artículo pertenece íntegramente al dueño del suelo.

Quien buscare tesoro sin autorización expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes.

Esta norma regula la búsqueda de tesoros.

En principio, ¿qué debemos entender por tesoro?

Creo que se trata de un bien o bienes de valor, cuya existencia puede ser cierta o incierta y cuya ubicación es desconocida. Por excepción, podría saberse dónde está el tesoro, pero resulta materialmente imposible rescatarlo, como sería el caso en que se encontrara en el fondo de una fosa marina de diez mil metros de profundidad.

Ahora bien, generalmente se trata de bienes de antigua data, con lo cual, su antiguo propietario habría dejado de serlo, ya que la propiedad se extingue por abandono (artículo 922, inciso 2, del Código Civil).

Entonces, cuál es el régimen jurídico del tesoro. No se trata de una parte integrante del inmueble, pues puede ser separado del terreno sin destruir, deteriorar o alterar el bien (si éste fuese el caso). Creemos que el tesoro tampoco sería un bien accesorio, pues no sería un bien que sin perder su individualidad, está permanentemente afectado a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien.

El tesoro es, por lo general, un bien independiente del terreno donde se encuentre.

Entonces, al tratarse de bienes muebles, quien sea poseedor del inmueble donde se encuentren, se presume que también es poseedor de los bienes muebles que se hallen en él (artículo 913). Este es el caso de los tesoros.

Además, el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario (artículo 912).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, jurídicamente hablando, al dueño del terreno se le presume dueño del tesoro enterrado en él.

De esta forma, en teoría, el único autorizado para buscar un tesoro en ese terreno sería el propietario del terreno (y del tesoro).

Por ello, el artículo 934, bajo comentario, señala que: «No está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario». Nótese que la ley establece esta prohibición cuando el terreno está cercado, sembrado o edificado.

Pero tal relación no puede ser interpretada a contrario, por no tratarse de una norma excluyente o de excepción. En ese sentido, es evidente que no se debería poder buscar un tesoro en terreno ajeno, ni siquiera si el terreno no estuviese cercado, sembrado o edificado; ello, por la sencilla razón de que un tercero (el que quiere buscar el tesoro) no debería tener interés legítimo en buscar un tesoro, que —al fin y al cabo— es un bien ajeno.

No obstante, la ley peruana sí es coherente con la distinción que efectúa en el artículo 934, primer párrafo, pues, como veremos más adelante, quien buscare y encontrare un tesoro en terreno ajeno que no estuviese cercado, sembrado o edificado, pues se dividirá por partes iguales el tesoro entre el que lo halla y el propietario del terreno (argumento del artículo 935 del Código Civil).

El artículo 934 establece también que el tesoro hallado en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, sin autorización expresa del propietario, pertenece íntegramente al dueño del suelo.

Esta norma es muy justa y desincentiva la contravención de la norma general establecida por el primer párrafo del propio artículo 934.

Además, el segundo párrafo del 934 señala que quien buscare tesoros sin autorización expresa del propietario, está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes; precepto justo, pues podrían haberse dañado el bien o la edificación, con la búsqueda no autorizada del tesoro. Pero esta norma resulta innecesaria, pues se trataría de un supuesto más de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

División del tesoro encontrado en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado

Artículo 935.- El tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto.

Hemos visto cómo el artículo 934 prohíbe la búsqueda de un tesoro en terreno ajeno que esté cercado, sembrado o edificado. El artículo 935 desarrolla el supuesto en el cual se descubra un tesoro en terreno ajeno que no esté cercado, sembrado o edificado. Para estos casos el artículo bajo comentario establece una solución salomónica, en virtud de la cual quien buscó y encontró el tesoro y el propietario del terreno, se dividirán el tesoro en partes iguales.

Debemos advertir que cabe la posibilidad de que sean varias personas quienes busquen el tesoro y lo encuentren (ninguna de ellas en relación de subordinación o contrato con otra). En ese caso, el propietario siempre percibirá la mitad del tesoro y la otra mitad deberá ser dividida entre tantas personas como las que buscaron y encontraron el tesoro. El porcentaje del propietario nunca se verá reducido.

Ahora bien, el artículo 935 establece sobre el tema de los porcentajes que cabe pacto en contrario, pero el mismo tendría que darse (lo que lo haría muy exótico) luego de encontrado el tesoro; pues no olvidemos que se trata del supuesto de i) búsqueda de un tesoro, ii) en terreno ajeno y iii) sin autorización del dueño. Estas circunstancias harían complicado que el propietario del terreno renuncie a su 50% de derechos sobre el tesoro encontrado.

Además, debemos mencionar que puede ocurrir que el tesoro descubierto, sea de naturaleza indivisible, por ejemplo, una pintura muy valiosa de un famoso artista. En este caso, el propietario del terreno y quien buscó y encontró el tesoro, serían copropietarios al 50% sobre esa obra de arte.

Si el tesoro encontrado consistiese en dinero en efectivo, es obvio que no habría copropiedad. Cada uno, simplemente, será propietario del 50% de ese dinero, bien que por su naturaleza divisible, resultaría de inmediata y fácil división entre ambos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Protección del Patrimonio Cultural de la Nación

Artículo 936.- Los artículos 934 y 935 son aplicables sólo cuando no sean opuestos a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación.

Esta norma establece que la regulación que brinda el Código Civil sobre tesoros (artículos 934 y 935) es aplicable, en la medida en que no se oponga a las normas que regulan el Patrimonio Cultural de la Nación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo II
Especificación y mezcla

Adquisición por especificación y mezcla

Artículo 937.- El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada.

La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a éstos en proporción a sus valores respectivos.

El artículo 937 del Código Civil se encarga de regular algunos aspectos de la especificación y mezcla.

En primer lugar, debemos partir, precisamente de aquel supuesto no regulado por este artículo, vale decir qué ocurriría si alguien hace, de mala fe, un objeto con materia ajena.

En este caso, no dudamos de que el objeto será de propiedad del dueño de esa materia y nada tendría que reclamar el autor de ese objeto. Creemos que la única pretensión a que podría tener derecho es a reclamar una indemnización por enriquecimiento sin causa. Imaginemos al advenedizo que entra sin autorización al taller de un pintor y, con los materiales de propiedad de ese pintor, elabora un cuadro que se vuelve muy famoso y que el dueño del taller (quien, obviamente, no se apropia de la autoría del cuadro) lo vende como de autor anónimo al precio de tres millones de dólares americanos. El ejemplo, creemos, ilustra que quien de mala fe elabora un objeto con materiales ajenos podría tener derecho a recibir un pago vía enriquecimiento sin causa (artículos 1954 y 1955 del Código Civil).

El artículo 937 regula en su primer párrafo el caso en el cual alguien elabore, de buena fe, un objeto con materia ajena. Entendemos que cuando esta norma alude a la buena fe, se está refiriendo a que el autor del objeto cree que la materia con que lo elabora, le pertenece en propiedad, no siendo así. El artículo 937 señala como solución que el objeto producido pertenece al artífice, pagando al propietario el valor de la cosa empleada.

Nos parece una solución justa; primero, por la buena fe de quien elabora el objeto; y, en segundo lugar, porque el objeto elaborado por lo general valdría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

más que los materiales con los que se elaboró. Pensemos en una pintura, una escultura, una obra de artesanía, de joyería, etc. En ese sentido, es justo que el objeto elaborado pertenezca a su autor.

Y también es justo que ese autor pague al expropietario de los materiales el valor de los mismos, lo que se tendría que hacer con apego a lo dispuesto por el artículo 1236 del Código Civil, al tratarse de una deuda de valor nacida de fuente legal.

El supuesto del primer párrafo del artículo 937 es el denominado como «especificación».

Ahora bien, si fuesen varios los autores del objeto y hubiesen actuado de buena fe, entonces todos ellos serán copropietarios.

En ese sentido, correlativamente todos deberían pagar —al expropietario de los materiales— su valor. Pero esta obligación no es de carácter solidario, pues en este caso la ley no impone tal solidaridad (argumento del artículo 1183 del Código Civil).

Tampoco sería indivisible, salvo que el objeto creado lo fuese por naturaleza.

Por otro lado, si hubiesen sido varios los dueños de los materiales empleados en la elaboración del objeto, entonces el objeto creado sería copropiedad de todos ellos, en función a los porcentajes del valor de los materiales que hubiesen pertenecido a cada uno. Asimismo, el autor del objeto estará obligado a reembolsar el valor de esos materiales a quienes fueron sus dueños, en los porcentajes del valor que corresponda.

El segundo párrafo del artículo 937 trata acerca de la mezcla.

La mezcla es la unión de dos o más bienes de una o de diferentes especies.

Si se tratare de bienes de la misma especie, podría ser el caso de arena de construcción de varios propietarios (de la misma calidad), que fuera mezclada, por casualidad, en un depósito. Es claro que tal mezcla resultaría irrelevante, en la medida de que la cantidad total de arena mezclada, pertenecerá a los dueños de la arena sin mezclar, en proporción a sus valores y cantidades respectivas. Aquí sería muy fácil el procedimiento de cálculo.

El supuesto se complicaría en la medida de que la mezcla se hubiese producido con bienes diferentes. El caso más común lo podemos tener en los juegos infantiles con la plastilina de diferentes colores. Si dos amiguitos jugaran con plastilina y cada uno de ellos tuviera un frasco de diferente color que el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del otro, si en el juego se hubiesen mezclado, pues a cada uno correspondería el 50% de la propiedad del bien que haya resultado de esa mezcla.

Si hablásemos de temas mayores, como las mezclas de componentes que se realizan en la actividad de procesamiento de minerales, habrá que ver el valor que tenía cada uno de los bienes antes de la mezcla, para saber el porcentaje de valor que le corresponderá a cada uno de ellos en relación con el bien resultante de dicha mezcla.

Se entiende, además, que los supuestos del segundo párrafo del artículo 937 parten del valor entendido de que esa mezcla tendrá o revestirá alguna utilidad práctica, industrial o comercial. Decimos esto, pues si tal mezcla se hubiese hecho por dolo o culpa y el resultado fuese perjudicial, al no revestir utilidad o provecho alguno, los propietarios de los materiales podrán reclamar al autor o autores del daño la indemnización de daños y perjuicios que corresponda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo III
Accesión

Accesión. Concepto

Artículo 938.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

El artículo 938 regula el tema de la accesión. Así, establece que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

Se entiende que la accesión consiste en un proceso natural en virtud del cual el bien ve incrementada su extensión o volumen, sin que para tal efecto haya intervenido la acción del propietario del bien que se ve enriquecido por efecto de la accesión.

Podríamos imaginar el caso de un productor de miel de abejas, que, por efecto de la naturaleza, ve enriquecidos sus panales con otras abejas que acuden a los mismos y que, de este modo, enriquecen los panales, la miel y la producción. Esta accesión es natural y se ha presentado sobre un bien mueble.

Decimos esto, en la medida de que, generalmente, los ejemplos sobre accesión se toman con respecto a bienes inmuebles, pero de tales casos el Código Civil se ocupa en varias de sus normas, las mismas que serán estudiadas por nosotros posteriormente.

La regla general de accesión del artículo 938 del Código Civil, establece que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él. En el caso de nuestro ejemplo, el dueño de los panales de abejas habría adquirido por accesión las abejas y la miel que se adhirieron materialmente a sus panales.

Antes de concluir los comentarios al artículo 938, debemos decir que la accesión, como proceso natural que es, parte de la idea de que el propietario del bien beneficiado no ha generado la accesión. Si éste fuese el caso, el beneficio conseguido, podría ser un acto ilícito y ese propietario debería devolver el bien recibido por accesión o su valor, si ello no fuese posible; todo esto, independientemente de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Accesión por aluvión

Artículo 939.- 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, pertenecen al propietario del fundo.

Este artículo regula la accesión por aluvión, cuando establece que 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, pertenecen al propietario del fundo.

Se trata de procesos derivados de las fuerzas de la naturaleza. Como sabemos, los cauces de los ríos no siempre se mantendrán iguales. Hay ocasiones en que, por un proceso natural, los ríos cambian ese cauce, de manera pronunciada, en unos casos o poco perceptible, en otros.

Tal vez el ejemplo más notorio en el Perú lo tengamos con el río Amazonas, el cual hace unas décadas cambió su cauce, alejándose del antiguo puerto de Iquitos y del malecón de la ciudad. Hoy, esas tierras ganadas por efecto de la accesión, pertenecen a quien era propietario de esos bienes, que no es otro que el Estado peruano.

Lo propio ocurriría con un particular si el terreno ribereño se hubiese enriquecido por accesión, con un área mayor, la misma que pertenecería a ese particular.

No obstante, hay que señalar que la propiedad ganada o adquirida por accesión se podría perder tan fácilmente como se ganó, en la medida de que el curso de las fuerzas de la naturaleza es impredecible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Accesión por avulsión

Artículo 940.- Cuando la fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva (sic) al de otro propietario ribereño, el primer propietario puede reclamar su propiedad, debiendo hacerlo dentro de dos años del acaecimiento. Vencido este plazo perderá su derecho de propiedad, salvo que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.

El caso de la accesión por avulsión, regulado en el artículo 940, implica que la fuerza de la naturaleza hace que una porción de tierra del propietario X, fruto de esa avulsión, termine en manos del propietario.

Nos explicamos.

Creemos poco acertada la expresión empleada por el artículo 940 del Código Civil, en el sentido de que «la fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva (sic) al de otro propietario ribereño...».

Decimos esto, en la medida de que el supuesto comprendido en la norma no puede existir. La fuerza del río no puede «arrancar una porción de terreno» y ésta aparecer, como por arte de magia, con sus mismas características, en el fundo vecino o en otro fundo cercano. Lo que se entiende es que se identifique el montículo de tierra trasladado de un fundo a otro, pero ahí no podría haber cultivos que se mantengan viables de seguir existiendo en el futuro.

Lo que sí se podría imaginar es el caso en el cual el río cambie su curso y, por efecto de ese cambio de curso, una porción de terreno que pertenecía al fundo X, ahora esté adyacente al fundo Y, ya que el río cambió de curso y separa ahora ambos fundos en un lugar distinto del original.

En ese caso sí habría una porción considerable y reconocible de terreno que ahora se encontraría adyacente con otro fundo ribereño.

El artículo 940, bajo análisis, señala que en estos casos, el primer propietario puede reclamar la propiedad de ese bien.

Para tal efecto, el citado artículo establece un plazo de caducidad de dos años, contados desde el acaecimiento del evento que ha dado lugar a la accesión

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por avulsión. Decimos que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, pues la norma sanciona que vencido este plazo, el propietario perderá su derecho de propiedad (argumento del artículo 2003 del Código Civil).

Esta caducidad no se producirá en tanto el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.

Entonces, es necesario señalar que el plazo de caducidad se cuenta desde el acaecimiento de la accesión por avulsión, independientemente de la fecha en que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada haya o no haya tomado aún posesión de ella.

De este modo, es necesario señalar que el plazo de caducidad se cuenta desde el acaecimiento de la accesión por avulsión, independientemente de la fecha en que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada haya o no haya tomado posesión en los hechos.

Pero si cumplidos los dos años, este propietario aún no hubiese tomado esa posesión, el derecho no caducará a los dos años, sino en el momento en que se produzca dicha toma de posesión, naturalmente si se produjere en tiempo posterior el cumplimiento de esos dos años. Raro plazo de caducidad en cuanto a su cómputo. Más parece un plazo de prescripción, pues, en cierta forma esa falta de toma de posesión por parte del propietario del campo al que se unió la porción arrancada, pareciera generar una especie de «suspensión» de la caducidad, figura, obviamente, ajena a esta materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

Edificación de buena fe en terreno ajeno

Artículo 941.- Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

El artículo 941 regula el caso de la edificación de buena fe en terreno ajeno.

Esta norma trata sobre varios supuestos, que debemos estudiar con cuidado.

Veamos.

a) Opción general

La regla es que cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno.

a.1) El dueño del suelo opta por hacer suyo lo edificado

En este supuesto, el artículo 941 establece que el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación.

El Código Civil indica que el monto de esa edificación será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra (es decir, entre su valor histórico y el valor actual).

Nos parece que la regla es justa, pues no revestiría esta calidad si la norma obligara, simple y llanamente, al propietario a pagar el valor (actual) de la obra. Sería muy oneroso para él. En buena cuenta, lo que se le obliga a pagar es el promedio entre el valor histórico (regido por el artículo 1234) y el valor actual (regido por el artículo 1236 del Código Civil).

a.2) El dueño del suelo opta por obligar al invasor a que le pague el terreno

En este caso, el propietario del suelo estaría manifestando su voluntad de desprenderse de su propiedad en favor del invasor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La ley establece al respecto, que el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

Aquí la solución legal también resulta lógica y justa. No olvidemos que es el invasor quien ha edificado en un terreno que no le pertenece. Por más buena fe (que haya tenido), si el dueño del suelo opta por el segundo camino, ese invasor tendría que pagar el valor comercial del terreno, típica deuda de valor impuesta por la ley y regida por el artículo 1236 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propietario del suelo que obra de mala fe

Artículo 942.- Si el propietario del suelo obra de mala fe, la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe, quien en tal caso puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.

El artículo 942 regula el caso en que el propietario del suelo obre de mala fe, frente a un invasor del terreno, que construye de buena fe.

Aquí, en primer lugar, lo que tendríamos que preguntarnos es qué debe entenderse por un propietario que obre de mala fe.

Pensamos que podría ser el propietario que, enterado de la presencia del invasor y de sus planes para edificar en terreno que es, precisamente, de ese propietario, mantenga en silencio su condición de propietario y deje que el invasor lleve adelante la construcción; y que ese propietario del suelo, con mala fe, espere que la construcción se encuentre terminada, para querer hacer valer los derechos que le concede el artículo 941, ya comentado.

En este caso, la ley no le permite transitar por los supuestos contemplados en este artículo, pues ha previsto una norma especial para el caso, el artículo 942; precepto que establece que ahí la opción de que trata el artículo 941 corresponde al invasor de buena fe. La norma se refiere a la opción entre hacer que el dueño del terreno haga suyo lo edificado, caso en el cual el dueño del terreno deberá pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra; siendo la alternativa que el invasor de buena fe opte por pagar el valor del terreno, en cuyo caso, el invasor deberá pagar el valor comercial actual del terreno.

En buena cuenta, el hacer que en el artículo 942 la opción sea en favor del invasor de buena fe y no en favor del propietario de mala fe, constituye una sanción que el Derecho busca aplicar a este último.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Edificación de mala fe en terreno ajeno

Artículo 943.- Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.

El artículo 943 regula la edificación de mala fe en terreno ajeno. Entendemos, por el tenor de la norma, que este artículo parte del valor entendido de que el propietario del terreno actúa con buena fe.

En este caso, si quien edifica en terreno ajeno actúa con mala fe, el dueño puede:

a) Exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio

En este caso, también podrá, obviamente, reclamar la indemnización por los daños y perjuicios que se le hubiese causado. La demolición es de cargo del invasor.

b) Hacer suya la edificación

En este caso el propietario del suelo no tendrá la obligación de pagar el valor de lo edificado. Ello es justo, pues no se puede obligar a un propietario de buena fe a que pague el valor de un bien que no mandó construir. Sin duda, sería una pérdida para el invasor, pero él sabía que se arriesgaba cuando procedía de esa manera, a merecer esa sanción legal, si ella hubiese sido escogida por el propietario del suelo.

¿Y cuál sería la solución en caso tanto el invasor como el propietario del suelo hubiesen actuado de mala fe?

Pensamos que aquí podría resultar justo que el propietario tenga la opción de elegir quedarse con lo edificado, pagando el 50% del valor actual de la edificación; o que opte por que el invasor se quede con la propiedad, caso en el cual se podría establecer una norma que lo obligue a pagar el promedio del valor del terreno al momento en que comenzó la construcción por parte del invasor y el valor actual del mismo. En este supuesto, el invasor no pagaría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

nada por la edificación, pues se entiende que él la construyó con sus propios recursos (suyos u obtenidos por él).

Esto, tal vez sería una solución justa para este caso. No obstante, obviamente, se trata de una construcción teórica, la misma que podría o no ser asumida por la jurisprudencia y, tal vez, en algún momento, por la legislación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Invasión del suelo colindante

Artículo 944.- Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de ésta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido.

Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943.

El artículo 944 se encarga de regular el supuesto de invasión del suelo colindante; pero el precepto tiene varios extremos que debemos estudiar en detalle.

Veamos.

a) Invasión parcial de buena fe

El primer párrafo del artículo 944 establece el supuesto de cuando con una edificación se ha invadido i) parcialmente y ii) de buena fe, el suelo de la propiedad vecina, sin que el dueño se haya opuesto.

Es decir, los requisitos son que se trate de una invasión sólo parcial y que el invasor haya actuado de buena fe.

Pero existe un tercer requisito que se deduce del supuesto del segundo párrafo y es que la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal.

En este supuesto que venimos describiendo, el propietario del edificio tiene dos caminos: i) adquiere el terreno ocupado, pagando su valor; o ii) destruye lo construido.

Entendemos que la opción entre i) y ii) se halla en manos del propietario del edificio. La norma no lo dice, pero dentro de la lógica del artículo 944 y de las normas que venimos comentando, nos parece la solución más coherente al sistema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Si el dueño actuó con mala fe (supuesto no contemplado)

Debemos decir que el primer párrafo del artículo 944 señala como uno de los supuestos de la norma, el que el propietario del suelo no se haya opuesto a la construcción. En verdad, creemos que el precepto sólo tendría sentido en caso el propietario del suelo también hubiera actuado de buena fe, es decir, desconociendo que el invasor estaba invadiendo parte de su terreno. En este caso suena lógico que cuando se descubra que la construcción se hizo invadiendo parte de ese terreno, el invasor pueda optar por pagar el valor del edificio o destruirlo.

Si el propietario del suelo siempre hubiese conocido que el que construía había invadido parcialmente su terreno, pues ahí creemos que el propietario del suelo necesariamente tendría que pagar el valor de lo edificado, sin contar el invasor con la opción de destruir lo edificado y no pagar. Si el dueño del suelo permitió conscientemente que un invasor de buena fe construyera en un terreno, es porque en realidad estaba de acuerdo con que el invasor hiciera esa construcción. Ahora sólo le quedará pagarle su valor. Entendemos que podría negarse a que sea demolido.

c) Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno

El segundo párrafo señala que si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente.

Este supuesto también parte de que el invasor sea de buena fe y, creemos, del supuesto de que el dueño del suelo también lo sea y no se hubiese opuesto a la construcción. Pero si en este caso el propietario del suelo hubiese conocido que en verdad se estaba invadiendo parte de su terreno, creemos que daría lo mismo en cuanto a la solución del caso adoptada por la norma: ese propietario del suelo puede exigir al invasor que adquiera todo el terreno.

d) Si el invasor es de mala fe

El tercer párrafo del artículo 944 establece que si el invasor a que se refiere este artículo fuese de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943; razón por la cual remitimos al lector a los comentarios que hemos hecho sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Edificación o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas

Artículo 945.- El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El artículo 945 aborda el tema de la edificación o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas. Analicemos los supuestos del precepto.

a) Si alguien de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas

En caso se presentara este supuesto, esa persona adquiere lo construido o sembrado, debiendo pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización correspondiente.

Veamos.

Si alguien, por error (en el sentido lato o común de la palabra) construyese (se entiende en un terreno del que es dueño) con materiales ajenos, pues esos materiales habrán perdido su individualidad como bienes, pasando ahora a ser partes integrantes de lo construido. En ese orden de ideas, resulta aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 887, en el sentido de que es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien; además de que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

Esos materiales, que eran ajenos, ahora son partes integrantes de un bien de propiedad de otro. Así, es lógica la solución legal del artículo 945, en el sentido de que este último adquiere lo construido (con esos materiales ajenos), debiendo pagar su valor e indemnizar al antiguo propietario, si fuese el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

b) Si alguien de buena fe siembra plantas o semillas ajenas

En este caso, la solución del artículo 945, primer párrafo, es idéntica que la del caso de los materiales ajenos.

Si se siembra una planta, ella ya es parte integrante del bien (el terreno), al igual que si se siembra semillas.

En este caso, aquel que las tomó de buena fe, por supuesto que tendrá que pagar su valor.

Nótese, además, que los frutos de esas plantas o semillas, serán de propiedad del dueño del terreno. Se trata de frutos industriales, dado que en su producción ha intervenido la mano del hombre (artículo 891). En razón de esa calidad, le pertenecen al productor de los mismos quien —por añadidura— es, en este caso, el propietario del terreno.

c) Si alguien de mala fe, edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas

En estos casos, el segundo párrafo del artículo 945 establece una sanción específica, más allá de la indemnización que corresponda. Esa sanción consistirá en que deberá pagar al antiguo propietario de esos materiales, plantas o semillas, el doble de su valor. Nos parece una norma disuasiva para evitar que alguien, de manera consciente, proceda de esta manera.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Accesión natural

Artículo 946.- El propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario.

Para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido.

En los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

Este artículo se ocupa de regular la accesión natural, pero la norma regula varios supuestos. Veamos.

a) Cría de animal hembra

El primer párrafo del artículo 946 señala que el propietario de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario. Se trata de la aplicación al caso concreto, de lo dispuesto por el artículo 889 del Código Civil, en el sentido de que las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permitan su diferenciación o separación.

b) Momento en que se consideran frutos

El Código Civil es un cuerpo normativo que protege la vida. En el caso de los seres humanos, el artículo 1 establece que la vida humana comienza con la concepción. Agrega que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece; estando condicionada la atribución de derechos patrimoniales a que nazca vivo.

Entonces, si el Código Civil adopta la tesis de que la vida humana comienza con la concepción, no podría asumir una tesis distinta para el caso de los animales. Así, el artículo 946, segundo párrafo, señala que para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido. En otras palabras, también se asume la tesis de la concepción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, este precepto debe ser concordado con el artículo 892, segundo párrafo, en el sentido de que se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan. En otras palabras, los embriones fecundados en un animal hembra sólo se consideran percibidos cuando nazcan vivos. Podría ocurrir, claro está, que esto no suceda.

c) Supuestos de inseminación artificial

El tercer párrafo del artículo 946 señala que en los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe. Si obra de mala fe, pagaría el triple de ese valor.

En primer término, la reproducción de una hembra animal con material reproductor es muy común en ganadería.

Resulta obvio que si el animal del material reproductor perteneciera al mismo propietario de la hembra, no habría problema jurídico alguno. Lo que hace el tercer párrafo del 946 es regular dos supuestos en que el animal del material reproductor y la hembra animal, no pertenecen al mismo dueño. Veamos.

c.1) Si quien emplea material reproductor ajeno en una hembra animal propia, actúa de buena fe

Entendemos que ese proceder de buena fe implica desconocer el carácter ajeno del material reproductor.

En estos casos, ese propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor. Ello, claro está, además del pago de los daños y perjuicios, en caso corresponda.

c.2) Si quien emplea material reproductor ajeno en una hembra animal propia, actúa de mala fe

Entendemos que cuando el artículo 946, tercer párrafo, emplea la expresión «mala fe», lo está haciendo en relación a que el que emplea ese material reproductor, cuando lo hizo, conocía el carácter ajeno del bien.

En este supuesto, la ley sanciona duramente ese proceder, estableciendo que tendrá que pagar el triple del valor del material; ello, naturalmente, más allá de la indemnización de daños y perjuicios, si fuese el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo IV
Transmisión de la propiedad

Transferencia de propiedad de bien mueble

Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Antes de comenzar el tratamiento de los temas relativos a la transferencia de la propiedad, debo decir que se trata de una de las materias que más he abordado en mi vida académica.

Así, traté acerca de la misma, entre otras, en las obras que se mencionan a pie de página, a cuya consulta remito al lector.[9]

El artículo 947 del Código Civil trata acerca de la transferencia de propiedad de los bienes muebles. El supuesto base es que se trate de un bien mueble determinado, lo que tiene plena lógica, en la medida de que si tratase de un bien incierto aún no determinado o de un bien fungible todavía no individualizado, no podría efectuarse entrega o tradición alguna.

La regla, como vemos, es que la transferencia de propiedad de los bienes muebles determinados se produzca con la tradición al acreedor, salvo disposición legal diferente (como dice la ley) o pacto en contrario, como digo yo, habida cuenta de que lo preceptuado en el artículo bajo comentario, no se trata de una norma de orden público.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9 Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Volumen XIII de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992; Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVI de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994 - 2003; Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998; Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Volumen XVIII de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000; Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy*. Derecho & Sociedad Asociación Civil. Lima, 2004; Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta* (segunda edición). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Palestra Editores. Lima 2010.

Esta forma de transmisión de la propiedad viene, no desde el texto del propio Código Napoléon, pues la norma legal identificaba tanto a los muebles como a los inmuebles con respecto a la transmisión de la propiedad por el solo consenso, sino desde la interpretación y la práctica que se tuvo en el Derecho francés de las primeras décadas de vigencia del *Code*.

Se trata, además, de la manera como siempre se ha entendido en el Perú la transferencia de los bienes muebles. Ella, por lo demás, facilita mucho el tráfico de los mismos y garantiza que el adquirente, al hacerse de la posesión del bien, también estará adquiriendo su propiedad, en caso, naturalmente, el contrato celebrado sea uno por el cual el deudor se ha obligado con el acreedor a transmitirle la propiedad del bien.

Resulta necesario señalar que esta norma se aplica tanto para los bienes muebles inscribibles en Registros Públicos como para el resto (que, en verdad, son la inmensa mayoría), que no son susceptibles de inmatriculación.

En el caso de la transferencia de vehículos automotores, si en el contrato privado que suscriban las partes o en el formulario notarial se hiciera referencia a que el bien ha sido entregado, lo que, en verdad, podría no haber ocurrido en la práctica, ello estaría motivado por el propósito de ratificar la existencia de transmisión de la propiedad y ser congruentes con lo establecido en el artículo 947, bajo comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ADQUISICIÓN A *NON DOMINUS* DE BIEN MUEBLE

Artículo 948.- 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. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

El artículo 948 del Código Civil trata acerca del supuesto del depositario infiel. Es decir, no parte de la idea de que quien esté poseyendo el bien lo haya adquirido de manera ilícita, sino que, por el contrario, lo está poseyendo lícitamente, pero carece de facultades para disponer de él.

Sería el caso de una persona a quien otro le ha prestado un libro para que lo lea, es decir que, a pesar de no ser propietario de ese libro, lo está poseyendo lícitamente. Pero decide venderlo a un tercero, en vez de devolverlo a su dueño.

Ese es, precisamente, el caso del depositario infiel. Nótese que los supuestos básicos para que resulte de aplicación el artículo 948, son que el bien no haya estado perdido (extraviado), y que tampoco haya sido adquirido con infracción de la ley penal, lo que equivale a que quien dispone de él no lo haya encontrado perdido en la calle, por ejemplo, o no lo haya robado, hurtado o adquirido vía receptación, por citar los casos más representativos por los que se adquiere un bien de manera ilícita.

Los efectos de la entrega del bien, por parte del depositario infiel al tercero a quien se lo da, son traslativos de propiedad; en otras palabras, el tercero se convierte en propietario del bien. El Código Civil preceptúa en este sentido, dado que promueve la adquisición de buena fe por parte del tercero, quien no ha infringido norma legal alguna y, tampoco, tenía como saber que el bien, en realidad, no pertenecía en propiedad a ese depositario infiel.

Resulta evidente que esta norma no es aplicable para los bienes muebles registrados a nombre de alguien distinto del depositario infiel. Aquí está claro que habría mala fe por parte del adquirente.

Antes de concluir, debemos mencionar que el artículo 948 debe distinguirse del artículo 1542, precepto que establece que: «Los bienes muebles adquiridos en tiendas o locales abiertos al público no son reivindicables si son

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

amparados con facturas o pólizas del vendedor. Queda a salvo el derecho del perjudicado para ejercitar las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente».

Para estos efectos, remito al lector a mis comentarios en la última edición de mi *Tratado de la venta*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Transferencia de propiedad de bien inmueble

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

El artículo 949 es una de las normas más conocidas del Código Civil peruano de 1984. Sobre ella se ha escrito y debatido mucho, y he sido parte activa en ese debate.

El precepto tiene honda raigambre francesa, en el *Code Civil* de 1804, cuerpo normativo que marcó un cambio de rumbo, descartando todos los formalismos de los que estuvo plagado el Derecho Romano en lo que respecta a la transferencia de propiedad. La importancia de este cambio fue fundamental, no sólo por lo que representó en ahorro de tiempo y de recursos, sino también por el hecho de que la norma bajo comentario representó la revalorización total de la voluntad humana para efectos de la transferencia de la propiedad. Nótese, además, que la norma francesa no distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero, como ya hemos señalado, no hay duda en la actualidad de que ella sólo se aplica a los bienes inmuebles.

Se ha discutido mucho, también, en la tradición jurídica romano germánica, si es que lo que transmite la propiedad es el contrato mismo o la obligación nacida del contrato. Sobre esto he escrito bastante y creo que es la obligación; pero en verdad se trata de una discusión bizantina, ya que en un caso u otro, estamos hablando de distinciones teóricas que, en la práctica, no representan lapsos apreciables de tiempo, sino momentos imperceptibles.

Lo que transmite la propiedad es la obligación, que se ejecuta automáticamente en virtud de la ley, salvo en los casos en que ello no resulte posible, como cuando los bienes no están aún determinados, o son futuros o son ajenos o estamos en presencia de cualquier otra circunstancia que haga inviable la transferencia automática de la propiedad con el nacimiento de la obligación. Sobre todos estos temas he escrito en las obras señaladas antes de comentar el artículo 947.

La aplicación del artículo 949 resulta muy importante y, si no se pactara en contrario o la ley no dispusiera algo distinto, en los contratos donde el deudor se obliga a transferir la propiedad de un inmueble determinado, la norma se aplicará apenas haya nacido la obligación, aunque no se haya firmado documento alguno o pagado el precio que eventualmente constituya la contraprestación debida. Sobre este tema es necesario tener mucho cuidado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo V
Prescripción adquisitiva

Prescripción adquisitiva de bien inmueble. Requisitos

Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.

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

La prescripción es una figura jurídica íntimamente relacionada con el transcurso del tiempo.

El Código Civil peruano de 1984 regula dos tipos de prescripción. En el Libro VIII, de Prescripción y Caducidad, aborda el tema en el Título I, artículos 1989 a 2002, todos ellos referidos a la prescripción extintiva, que es aquella por la cual el transcurso del tiempo en determinados períodos establecidos por la ley, determina que el acreedor de una obligación (obligación civil) vea a esa obligación transformada en obligación natural, lo que significa que tal obligación habría perdido el elemento de exigibilidad, propio de toda obligación civil.

Eso no significa que el titular del crédito no pueda intentar cobrar al deudor. Significa que si lo intenta en juicio, ese deudor puede deducir la excepción procesal de prescripción y, si ella se declarase fundada, entonces lo que corresponderá será el correlativo archivo de la pretensión. Si ese fuese el caso, ella no se discutirá en juicio, no constituirá materia controvertida el fondo de ese asunto; es decir, nunca se podrá ni discutir, ni cobrar en juicio esa obligación sobre la que se declaró fundada la prescripción extintiva.

La prescripción no extingue el derecho, sino sólo la pretensión, lo que implica que su pago quedará a entera voluntad del deudor. El acreedor no lo podrá exigir, en tanto el deudor se valga de la invocación de la prescripción ya ganada.

La otra prescripción que regula el Código Civil peruano de 1984 es la prescripción adquisitiva, regulada en este Subcapítulo V del Capítulo segundo, Adquisición de la propiedad, del Título II, Propiedad, artículos 950 a 953.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La prescripción adquisitiva también se basa en el transcurso del tiempo, pero ella no tiene efectos en las obligaciones, sino en la propiedad de los bienes.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 968 del Código Civil, la propiedad se extingue (en realidad lo que se extingue es la calidad de propietario de una persona sobre un bien) por la adquisición del bien por otra persona (inciso 1).

El abandono del bien sólo tiene efectos en tanto hayan transcurrido veinte años, caso en el cual pasa el predio al dominio del Estado (inciso 2).

Pero lo que ocurre es que el Derecho quiere que los bienes cumplan una función social, es decir que ellos sean poseídos por alguien a quien reporten algún beneficio. Por eso es que se castiga el abandono del bien.

Pero lo que puede ocurrir es que el propietario deje de poseer el bien y su desinterés por él sea tan grande que, o no se dé cuenta de que otra persona lo ha empezado a poseer —con ánimo de propietario— o, siendo consciente de ello, no haga algo para recuperar su posesión.

En tales casos y transcurridos determinados plazos, el Derecho asigna ciertas consecuencias a tal situación. Lo que queda en evidencia para el Derecho es que al actual propietario ya no le interesa ejercer los atributos que ese derecho positivizado en la ley, le otorga como propietario.

Pero, a la vez, el Derecho advierte que hay otra persona que, no siendo propietaria, está interesada en ejercer sobre ese bien todos los atributos que concede el derecho de propiedad.

En estos casos, una vez transcurridos los plazos de ley, el Derecho estima que ese poseedor del bien, que lo posee con ánimo de propietario, pasará a convertirse en el nuevo propietario del bien Es obvio que, como correlato de lo anterior, el antiguo propietario dejará de tener tal calidad.

Debemos resaltar que la posesión que ejerza el nuevo propietario tiene que haber sido una en la que se comporte como si fuera propietario, es decir que tenga no sólo ánimo de ser poseedor del bien, sino de ser su propietario.

Ese poseedor, además debe poseer el bien sin relación de dependencia con el propietario porque si no, sería un tenedor y no un poseedor, como ocurre, por ejemplo con el caso de un guardián o cuidador de una casa.

De igual manera, no lo debe vincular un título contractual con el propietario, como sería el caso de aquella persona que posee el bien por ser

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comodatario o arrendatario. Cuando se reconoce en el propietario tal calidad, en función de una relación contractual, el poseedor no podrá adquirir el bien por prescripción.

En razón a ello, el artículo 950 del Código Civil establece para la prescripción adquisitiva de los inmuebles, dos supuestos distintos; a saber:

a) Posesión continua, pacífica y pública del inmueble como propietario

En este supuesto, la prescripción adquisitiva opera a los diez años.

Posesión continua implica que se debe haber poseído el bien de manera ininterrumpida por diez años. De acuerdo con el artículo 953, se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

Cuando la ley se refiere a que la posesión debe ser pacífica, está aludiendo a que el propietario del bien no lo haya discutido tanto en los hechos como en el terreno jurídico durante ese plazo. Por ejemplo, se trataría de una posesión no pacífica si el propietario hubiese intentado, sin éxito, desalojar al poseedor conforme al artículo 920 del Código Civil, o si hubiese promovido acciones posesorias (artículo 921), así estuviese en curso un proceso judicial de reivindicación del bien (artículo 927).

En todos estos casos no se cumpliría con el requisito de que la posesión sea pacífica.

El artículo 925 también exige para que opere la prescripción, que la posesión haya sido pública.

Este requisito significa que el poseedor se haya comportado como propietario del bien para con el resto de personas; en otras palabras, que no haya ocultado ese ánimo de poseer como propietario y que, por tanto, esa posesión no haya sido clandestina u oculta.

El primer párrafo del artículo 950 parte del supuesto implícito de que el poseedor no tiene justo título ni buena fe. Decimos esto, pues tales requisitos, establecidos en el segundo párrafo de la norma, asignan consecuencias distintas en lo que respecta al plazo prescriptorio. Aunque, en realidad podría haber habido justo título, pero no buena fe.

Nos explicamos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a.1) Entonces, el primer párrafo del artículo 950 tiene como primer supuesto el del poseedor que tiene justo título y mala fe.

Podría ser el caso de aquel que compra un inmueble ajeno, creyéndolo propio del vendedor, cuando en realidad no lo era.

Tiene justo título y tendrá buena fe hasta que descubra que era ajeno. Lo descubre un mes después de comprarlo. Entonces, la posesión que haga del inmueble será, de ahí en adelante, de mala fe, de tal manera que para adquirir el bien requerirá encontrarse diez años en esa condición.

a.2) El primer párrafo del artículo 950 también contempla el caso del poseedor que carece de justo título y que tiene mala fe.

Será el caso típico del precario. El invasor de un terreno desocupado, que sabe que el terreno es de otro. No tiene justo título, pues ha entrado en posesión del terreno sin título alguno. Y tiene mala fe, pues desde el principio sabía que el bien no era de él, sino ajeno.

En este caso, para adquirir por prescripción ese inmueble, también se requerirá que transcurra un plazo de diez años.

b) El artículo 950 contiene también otro supuesto de prescripción adquisitiva de inmueble, y es aquel en el cual median justo título y buena fe

Sería el caso del comprador de un inmueble ajeno, que cuando contrató, desconocía el carácter ajeno del bien y que se mantuvo en esa creencia durante los siguientes cinco años, que es, precisamente, el plazo de prescripción adquisitiva que requiere el segundo párrafo del artículo 950 del Código Civil peruano de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE BIEN MUEBLE. REQUISITOS

Artículo 951.- La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.

Este artículo contempla dos supuestos para la prescripción adquisitiva de bienes muebles.

a) Si hay mala fe

En este caso el plazo es de cuatro años; y podemos observar que la norma, al igual que el primer párrafo del artículo 950, no hace referencia a la eventual existencia o inexistencia de justo título.

b) Si hay buena fe

En este caso el plazo es de dos años. Aquí, a diferencia del artículo 950, segundo párrafo (prescripción de bienes inmuebles de buena fe), el artículo 951 no hace referencia a la existencia de un justo título.

En otras palabras, para que rija el plazo de prescripción de dos años en el caso de bienes muebles, la ley no exige la presencia de un justo título; pero ¿acaso podría prescindirse de él? La respuesta negativa se impone, ya que quien no tuvo un justo título para acceder a la posesión del bien, nunca habrá tenido la condición de poseedor de buena fe, habida cuenta de que siempre habrá sabido que el bien era ajeno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Declaración judicial de prescripción adquisitiva

Artículo 952.- Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.

La sentencia que accede a la petición es título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño.

La prescripción adquisitiva se produce (o es ganada por el poseedor) por el solo transcurso del tiempo en las condiciones establecidas por la ley. En otras palabras, en teoría no se requiere ser declarado propietario (por prescripción adquisitiva), pues uno ya lo será al haber pasado el tiempo de ley.

Pero, a pesar de ser ello cierto, en la realidad, será muy importante para esa persona el recurrir a los tribunales de justicia (o a la vía notarial, si se optara por este camino) para ser declarado propietario.

En ese sentido, debe quedar claro que sólo será para ser declarado propietario, pues ya es propietario al momento en que se recurre al Poder Judicial o a una notaría pública.

Este interés en formalizar esa declaración judicial o notarial, se basa en que la sentencia judicial o la declaración notarial que accede a la petición, es título para la inscripción de la propiedad en el Registro respectivo y para cancelar el asiento en favor del antiguo dueño (segundo párrafo del artículo 952, concordado con las normas sobre prescripción adquisitiva en vía notarial).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Interrupción del término de prescripción

Artículo 953.- Se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

La interrupción de la prescripción es una figura en virtud de la cual cuando se produce el hecho interruptivo, el plazo prescriptorio que se venía ganando (pero que no había vencido todavía), se pierde. Esta figura tiene mayor regulación en materia de prescripción extintiva (artículos 1996 a 1999).

En esa sede, el plazo prescriptorio transcurrido se borra (se pierde totalmente) y se empezará a contar desde cero, nuevamente.

Pensamos que de las causales de interrupción de la prescripción extintiva, podríamos hacer aplicables a la adquisitiva, las contempladas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 1996 del Código Civil). Ello, naturalmente, *mutatis mutandis*.

El inciso 1 señala el reconocimiento de la obligación. El caso de la prescripción adquisitiva podría asimilarse al caso en el cual el poseedor reconozca frente al propietario que este último es el dueño del bien. Aquí, sin duda, se interrumpirá el plazo prescriptorio, pues el poseedor habrá dejado de poseer con ánimo de propietario.

También podrá ser aplicable al caso el inciso 2 del artículo 1996, que hace alusión a la intimación para constituir en mora al deudor. En el caso de la prescripción adquisitiva se trataría de la intimación que realice el propietario al poseedor del bien, para que proceda a poner término a esa posesión ilegítima y entregue el bien al propietario reclamante.

En este caso, resulta evidente que la posesión habrá dejado de ser pacífica, con lo cual no sólo faltaría uno de los requisitos esenciales de la misma, sino que también se habría interrumpido el plazo prescriptorio.

En tercer lugar, también podríamos hacer de aplicación a la prescripción adquisitiva el inciso 3 del artículo 1996, en el sentido de la citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En este caso, también habría desaparecido el carácter pacífico como requisito necesario para que exista prescripción extintiva. Creemos que se habría interrumpido el plazo prescriptorio.

Pero la interrupción del término en la prescripción adquisitiva tiene una norma propia, el artículo 953, el mismo que establece que se interrumpe el término de la prescripción si el poseedor pierde la posesión o es privado de ella, pero cesa ese efecto si la recupera antes de un año o si por sentencia se le restituye.

Lo que ha querido el legislador de 1984 es que no cualquier pérdida de la posesión constituya un acto interruptivo de la misma. Así, si la pérdida de la posesión durara menos de un año, es decir, si dentro de ese lapso el poseedor recuperara la posesión del bien, se aplicará la ficción de que no hubo interrupción de la prescripción.

La ley aplica en el artículo 953 idéntica ficción si es que por sentencia se le restituye la posesión. Para este último supuesto, obviamente, no se aplica plazo alguno, pues el mismo resultaría irrelevante, en la medida de que si por sentencia se restituyere la posesión al poseedor, eso significaría que todo el plazo en que estuvo privado de ella, habría tenido derecho a poseer el bien; de ahí que se considere que no habría habido interrupción de la prescripción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Tercero
Propiedad predial

Subcapítulo I
Disposiciones generales

Extensión del derecho de propiedad

Artículo 954.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho.

La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

En el Capítulo tercero se regula el tema de la propiedad predial; es decir de aquella que recae sobre bienes inmuebles, fundamentalmente, los comprendidos en el inciso 1 del artículo 885 del Código Civil, es decir, el suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

A esto se refiere el artículo 954, cuando señala que la propiedad del predio (suelo) se extiende al subsuelo y al sobresuelo.

Ello significa que el propietario de un terreno, no sólo tiene la propiedad de la superficie del mismo, pues ella no le sería de mayor utilidad. Si la propiedad de un predio sólo se extendiera a su superficie, el propietario no podría construir en él, pues para tal efecto tendría que cavar y plantar las columnas. Y ni qué decir si se busca que el inmueble tenga sótano, caso en el cual la intervención en el subsuelo se hace indispensable.

Y, dentro de tal orden de ideas, si el propietario del suelo no fuese también dueño del sobresuelo, no podría edificar ahí algo que sobresalga de la superficie.

En otras palabras, si la propiedad predial únicamente se extendiera al suelo, ésta no valdría nada y tampoco sería de utilidad alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero el artículo 954 establece dos límites a esta extensión.

El primero de ellos, es que la extensión del suelo y sobresuelo se hará dentro de los planos verticales del perímetro superficial.

Entendemos que estas extensiones serán aparentemente verticales, pero en teoría no lo serán, habida cuenta de que el planeta tierra es redondo, no cuadrado.

De otro lado, el segundo párrafo del artículo 954 se encarga de precisar cuáles son los rubros que no están comprendidos dentro de la propiedad del subsuelo. Así, menciona los siguientes:

a) Los recursos naturales.

b) Los yacimientos y restos arqueológicos.

c) Los bienes regidos por leyes especiales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo

Artículo 955.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

Dada la posibilidad de distinguir el suelo, el subsuelo y el sobresuelo, es evidente que ellos pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo (artículo 955). Pero no sólo eso, pues tales titularidades diferentes podrían incluso referirse a niveles distintos en el subsuelo (diferentes sótanos) o en el sobresuelo (diferentes pisos o niveles). Y, obviamente, también ocurrirá —y es lo más frecuente— que tales distintas titularidades podrán ser múltiples, en razón de cada nivel del subsuelo y del sobresuelo.

El derecho de propiedad del inmueble podrá ser subdividido, en función de tanto como tal subdivisión convenga a los intereses del propietario del inmueble.

No obstante, la propiedad de un edificio en manos de diferentes titulares de ese derecho, será menos eficiente que si ella se concentrara en una sola persona; ello, sobre todo, en razón de las decisiones que se deben adoptar para la conservación y mantenimiento del bien.

De ahí que la tendencia en tiempos modernos, sobre todo en lo que respecta a edificios de oficinas y locales comerciales, va en el sentido de que el propietario constructor conserve ese derecho y alquile (no venda) los espacios correspondientes. Además, quienes arrienden esos espacios, siempre tendrán la garantía de que tales unidades inmobiliarias contarán con una administración centralizada y eficiente, que les brinde las garantías del caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Acciones por obra que amenaza ruina

Artículo 956.- Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas.

El artículo 956 aborda el tema de la amenaza de ruina de una obra.

Entendemos que cuando este precepto alude a «alguna obra», en estricto no se está refiriendo a los supuestos de que se esté edificando esa obra. Decimos esto, en la medida de que la lógica del precepto es la de hacer referencia a cualquier propiedad predial, sea que la misma esté siendo edificada o que la misma ya esté construida. Incluso, resultará más común este último supuesto, en la medida de que la antigüedad y el deterioro de los predios será el principal factor que genere el supuesto del artículo 956.

Esta norma hace referencia a alguna amenaza de ruina. Entendemos que no necesariamente se alude a una destrucción total de la obra, ya que podría tratarse de una destrucción parcial o, incluso, de un deterioro que implique peligro para alguien.

Cuando el artículo 956 señala que quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas, se está refiriendo a cualquiera que se encuentre bajo ese peligro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Régimen de la propiedad predial

Artículo 957.- 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.

Este artículo regula lo referido al régimen de la propiedad predial.

Cuando el artículo 923 del Código Civil establece que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, se indica que el ejercicio del derecho de propiedad no es absoluto. Esto, en relación a la propiedad de cualquier bien, sea de la naturaleza que fuere.

Ello cobra incluso mayor relevancia cuando se trata de propiedad predial. Así, el artículo 957 se encarga de regular la materia.

En primer lugar, se hace referencia a la zonificación; y es que el propietario de un predio no puede construir lo que le plazca en ese predio. Las normas de zonificación indicarán los parámetros de aquello que se puede construir, además de la finalidad a que se puede destinar el predio.

Este tema es muy importante de verificar con cuidado al momento de adquirir la propiedad o algún otro derecho sobre un predio.

También es importante el estudio relativo a si la zonificación del predio al momento de la celebración del contrato otorga determinados derechos al adquiriente con respecto a pretensiones municipales para variar tal zonificación en el futuro, a una que degrade la calidad del uso del bien en la zonificación existente al momento de su adquisición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Régimen de la propiedad horizontal

Artículo 958.- La propiedad horizontal se rige por la legislación de la materia.

La propiedad horizontal, es decir, la de los edificios cuyos departamentos, tiendas u oficinas pertenecen a diversos propietarios, tienen un régimen legal especial, que no está normado en el Código Civil. Para tal efecto, regirá la ley de la materia, es decir, la Ley n.° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, promulgada el 19 de julio de 1999 y publicada el día siguiente.

La propiedad horizontal, sin duda, permite realizar un uso más productivo y eficiente del suelo urbano. Es muy común apreciar cómo en terrenos donde hasta hace unos pocos años había una casa donde vivía una sola familia de no más de diez miembros, en terrenos de unos mil metros cuadrados, hoy en día se levantan edificios multifamiliares de veinte pisos y de más de doscientas familias.

No cabe duda de que la propiedad horizontal disminuye (al ser prorrateada entre los copropietarios) los costos de tener estacionamientos, ascensores, escalera principal y de emergencia, así como piscina, gimnasio y demás zonas de uso común. Si cada propietario quisiera tener una unidad inmobiliaria con todos esos beneficios en exclusiva para él y su familia, pues —de seguro— tendría que ser millonario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo II
Limitaciones por razón de vecindad

Actos para evitar peligros de propiedades vecinas

Artículo 959.- El propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados.

El Subcapítulo II se encarga de regular diversos casos de limitaciones por razón de vecindad.

La primera de ellas es la relativa a los actos para evitar el peligro de propiedades vecinas. En ese sentido, el artículo 959 establece que el propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados.

Este es el caso en el cual ese peligro no podría ser conjurado accediendo a través del propio inmueble en problemas. Por ejemplo, un incendio, en una parte del inmueble, pero que para conjurarlo resulta mucho más expeditivo acceder a esa zona a través del inmueble ubicado en la parte posterior del edificio en cuestión. Es claro que el propietario de este último predio no podría ni negarse ni obstaculizar la labor de los bomberos y de todas las personas que trabajen en apagar ese incendio.

Por supuesto que se le indemnizará por los daños y perjuicios sufridos, lo que es natural. Pero el dueño, o poseedor de ese inmueble, deberá tener en cuenta que en caso de no brindar esas facilidades, respondería por los daños y perjuicios, personales y materiales, que cause su negativa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Paso de materiales de construcción por predio ajeno

Artículo 960.- Si para construir o reparar un edificio es indispensable pasar materiales por predio ajeno o colocar en él andamios, el dueño de éste debe consentirlo, recibiendo indemnización por los daños y perjuicios que se le causen.

Las facilidades que el propietario de un predio contiguo debe brindar en caso de emergencia (artículo 959) también se extienden a cuando en el predio vecino se van a realizar actividades de construcción o reparación. Esto incluye, obviamente, los casos de remodelación del predio.

Esas facilidades consistirán en permitir pasar materiales por el predio ajeno, así como colocar en él andamios (y similares). Podemos agregar que también deberá prestar las facilidades para que quien construye, repara o remodela, pinte el muro que hubiere levantado colindante con el predio vecino, a efectos de que la obra se entienda concluida y en beneficio de la urbanidad.

El vecino que preste facilidades, también deberá ser indemnizado en caso se le hubiesen causado daños y perjuicios (artículos 1969 y siguientes del Código Civil peruano de 1984).

Debemos subrayar que, de no brindar tales facilidades, será a él a quien se le podría reclamar tal indemnización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Límites a la explotación industrial del predio

Artículo 961.- El propietario, en ejercicio de su derecho y especialmente en su trabajo de explotación industrial, debe abstenerse de perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes.

Están prohibidos los humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.

El artículo 961 establece los límites a la explotación industrial del predio. Se trata de una norma que promueve la sana convivencia, sobre todo al establecer reglas, fundamentalmente para aquellos predios dedicados a actividades industriales o en los que se desarrolle actividades de esta naturaleza. Esta norma parte del principio que reza que el ejercicio de los derechos de uno, tiene como límite los derechos de los demás. En buena cuenta, si en el Perú las personas respetaran los derechos de los demás, no sería necesaria una norma como ésta. Creemos que bastaría con la lógica y la cultura de respeto a los demás.

Por último, el tema ya se encuentra abordado en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, precepto que establece que: «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

Pero como el Perú no es un país donde reine el respeto por los derechos de los demás, el Código Civil de 1984 ha incluido el artículo 961, bajo comentario. Ello, para que quede claro que la explotación industrial del predio no debe perjudicar:

a) Las propiedades contiguas o vecinas.

b) La seguridad, como podría ser el caso en que se realicen actividades altamente inflamables.

c) El sosiego, como podría ser el caso en que las actividades generen ruidos excesivos (muy común en el Perú).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) La salud de sus habitantes, como sería el caso en que se trabajara con sustancias altamente contaminantes del medio ambiente y de la salud de los vecinos.

Y, para que no quede duda (excelente norma para nuestro país), el segundo párrafo del artículo 961 subraya que están prohibidos:

a) Los humos.

b) Los hollines.

c) Las emanaciones.

d) Los ruidos.

e) Las trepidaciones, y

f) Las molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de abrir o cavar pozos que dañen propiedades vecinas

Artículo 962.- Al propietario de un inmueble no le está permitido abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes y puede ser obligado a guardar las distancias necesarias para la seguridad de los predios afectados, además de la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios.

Este artículo trata sobre la prohibición de abrir o cavar pozos que dañen las propiedades vecinas.

El artículo bajo comentario no hace otra cosa que establecer reglas básicas de convivencia en materia de propiedad predial.

La norma es una prolongación de lo dispuesto en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, en el sentido de que la ley no ampara el abuso del derecho.

Además, el artículo 962, con acierto, no sólo establece las prohibiciones de cavar pozos que causen ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina, pues basta que ellos estén en aptitud de causar esas consecuencias, para que se hallen comprendidos en la prohibición. Se trata, en buena cuenta, de un precepto que se encarga de advertir sobre esto al propietario del predio, a efectos de que agudice las medidas de previsión que correspondan a las circunstancias de tiempo y de lugar. Esto, a efectos de evitar causar daños y perjuicios a los propietarios de predios vecinos y, así, verse obligado a indemnizar.

Si bien es cierto el artículo 962, bajo comentario, alude a la indemnización de daños y perjuicios, tal referencia resulta una demasía, pues es claro que son aplicables al caso los artículos 1969 y siguientes del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obras y depósitos nocivos y peligrosos

Artículo 963.- Si cerca de un lindero se construye horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materias húmedas, penetrantes, explosivas o radioactivas o se instala maquinaria o análogos, deben observarse las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. La inobservancia de esta disposición puede dar lugar al cierre o retiro de la obra y a la indemnización de daños y perjuicios.

Esta norma impone, en los casos en ella señalados, la obligación del propietario de observar las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos.

Entendemos que no sólo se está haciendo alusión al Reglamento Nacional de Edificaciones (antes, Reglamento Nacional de Construcciones), sino a los demás reglamentos que pudiesen regir la actividad de la que se trate.

Si bien es correcto este extremo del precepto, el mismo está de más, en la medida de que resulta obvio que, al tratarse de normas especiales, ellas regirán para el caso concreto.

El artículo 963 establece que, a falta de normas reglamentarias aplicables al caso, el propietario del predio deberá tomar las precauciones que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos.

Esto es lógico y va de la mano con el uso que se debe hacer de la propiedad, en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley (artículo 923 del Código Civil, ya comentado).

Aquí también, está de más la referencia a la indemnización de daños y perjuicios, en tanto rigen para el caso las normas generales del Código Civil (artículos 1969 y siguientes).

Ello, claro está, más allá de las acciones tendientes al cierre, retiro o demolición de la obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Paso de aguas por predio vecino

Artículo 964.- El propietario no puede hacer que las aguas correspondientes al predio discurran en los predios vecinos, salvo pacto distinto.

Esta norma es muy justa, en la medida de que, si hablamos de predios agrícolas, será evidente que el hacer discurrir aguas del propio predio, por predios ajenos, podría dar lugar a que tales predios se vean afectados.

Resulta evidente que cabe pacto distinto, pero ello ya implicaría que exista un acuerdo entre el propietario del predio que se toma como referencia y el o los propietarios de los demás inmuebles vecinos. En este caso, el tema se regiría por lo dispuesto en el contrato, lo que —no está de más decirlo— podrá consistir en acuerdos de la más variada índole.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo III
Derechos del propietario

Derecho a cercar un predio

Artículo 965.- El propietario de un predio tiene derecho a cercarlo.

El fundamento de que el propietario de un predio tenga derecho a cercarlo, se basa —en primer término— en que el propietario de un bien tiene derecho a hacer un uso exclusivo de él.

Esto significa que, al cercarlo, lo destinaría el propietario a la realización de actividades que no desea compartir con los demás.

En segundo término, el cercar un predio implica un signo manifiesto de la posesión que se ejerce sobre el bien. El cerco determinará o indicará que se trata de una posesión que se quiere sea exclusiva y excluyente.

En tercer lugar, el cercado de un predio se hace muchas veces por razones de seguridad, para evitar que terceros busquen realizar actividades ilícitas al interior del inmueble.

Cuando el Código Civil hace referencia al cercado de un bien, entendemos que el mismo podría variar, tanto en lo que respecta a los materiales utilizados para tal efecto (material noble, enrejado, etc.), como en relación a la altura de ese cerco, la misma que podría variar desde hacer infranqueable el cerco, con varios metros de altura, como podría ser que el muro sólo cubra unas pocas decenas de centímetros de altura, caso en el cual se limitaría a ser algo así como un muro demarcatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación de deslinde y amojonamiento

Artículo 966.- El propietario de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento.

La finalidad del artículo 966 obedece a que si los predios vecinos no tuvieren elementos materiales que los distingan, bien podría producirse confusión, lo que permitiría que se construya en terreno de otro. Esto determina que el artículo 966 establezca que el propietario de un predio puede obligar a sus vecinos al deslinde y amojonamiento.

Nótese que el deslinde implica la operación en virtud de la cual todos los propietarios de los predios vecinos en cuestión establecen qué terreno es de cada quién y cuáles son los límites de tales terrenos. El amojonamiento es un proceso posterior, en la medida de que implica la colocación de hitos (de concreto o de algún otro material), que demarquen el terreno de manera visible y permanente.

Es lógico pensar que la colocación de tales hitos deberá hacerse de común acuerdo por los propietarios involucrados o a través de cualquier otro procedimiento que ellos estimen pertinente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho al corte de ramas y raíces invasoras del predio

Artículo 967.- Todo propietario puede cortar las ramas de los árboles que se extiendan sobre el predio y las raíces que lo invadan. Cuando sea necesario, podrá recurrir a la autoridad municipal o judicial para el ejercicio de estos derechos.

Esta es otra norma que el Código Civil establece a efectos de lograr una sana convivencia entre los propietarios de predios vecinos.

La referencia a permitir el corte de ramas y raíces que invadan el predio vecino, es una medida totalmente lógica, en tanto ello permitirá que se corrija, por la vía de los hechos, estas situaciones que resultan del curso normal de la naturaleza y del crecimiento de los árboles y plantas. Si la ley no permitiera esto, la sana convivencia no sería posible y se convertiría en caótica, pues para tal efecto siempre se requeriría recurrir a las autoridades municipales o, incluso, a los tribunales de justicia. Es evidente que éstos siempre serán el último recurso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Cuarto
Extinción de la propiedad

Extinción de la propiedad. Causales

Artículo 968.- La propiedad se extingue por:

1.- Adquisición del bien por otra persona.

2.- Destrucción o pérdida total o consumo del bien.

3.- Expropiación.

4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

Este artículo regula las causales de extinción de la propiedad.

Veamos.

a) Adquisición del bien por otra persona

En primer lugar, hay que advertir que no es que la propiedad se extinga, sino que ella pasará a otras manos.

Como hemos visto, el Código Civil establece diversos modos de adquirir la propiedad. En razón a ello, es perfectamente posible que un tercero adquiera la propiedad del bien, por cualquiera de esas vías. En ese sentido, queda en evidencia que el bien ya no pertenecería a su antiguo propietario, sino al nuevo. Es respecto de aquél que se extinguirá la propiedad.

b) Destrucción o pérdida total o consumo del bien

b.1) Destrucción del bien

La destrucción equivale, en el caso de los seres vivos, al perecimiento del bien; en tanto que en los bienes inanimados, equivaldría a su destrucción total o parcial, cuya importancia sea de tal magnitud que haga que el bien devenga en absolutamente inútil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b.2) Pérdida total del bien

La pérdida total del bien debe ser entendida en los términos del artículo 1137 del Código Civil.[10]

En verdad, por una cuestión de sistemática, hubiera bastado con que en el inciso 2 del artículo 968 del Código Civil, bajo comentario, se hiciese referencia exclusiva a la «pérdida del bien», pues ella comprende a los otros dos supuestos del inciso.

b.3) Consumo del bien

El consumo se entiende como total y resulta aplicable a los bienes que se consumen o deterioran notablemente con el primer uso. Este concepto resultaría aplicable a los bienes consumibles, pero también a aquellos que no lo son, pero que hubieran sufrido un desgaste importante con el uso regular que se haga de los mismos.

c) Expropiación

La expropiación es una figura regulada en el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, a saber:

> **Artículo 70.-** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. 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. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Ella, como ya hemos señalado, se rige por una ley especial, la Ley General de Expropiaciones, Ley n.° 27117 y se complementa por la Ley n.° 30025.

Es evidente que cuando el Estado expropia un bien a un particular, ese bien habrá dejado de pertenecer a su antiguo dueño y habrá pasado a ser de propiedad del Estado. Aquí también la propiedad se extingue para el primero.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

10 Ver Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen I, pp. 116 a 127.

d) Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el bien al dominio del Estado

El abandono del bien denota que su propietario carece de interés en el mismo.

En tal caso, el bien pasa a dominio del Estado; ello, siempre y cuando no exista alguien que lo haya venido poseyendo con ánimo de propietario, pues si esto hubiese sido así, el bien pasaría a propiedad de esta persona, en caso se hubieran cumplido los plazos prescriptorios establecidos por el propio Código Civil.

Nos referimos al contenido de los artículos 951 y 952, ya comentados.

Pero nótese que si primero hubiese vencido el plazo de prescripción adquisitiva, el bien no pasaría a dominio del Estado. No obstante, si transcurridos los veinte años a que hace referencia esta norma, el Estado no hubiese regularizado la propiedad a su nombre, cualquier persona podría empezar a poseer el bien con ánimo de propietario y adquirir el bien por prescripción dentro de los términos de ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Quinto
Copropiedad

Subcapítulo I
Disposiciones generales

Copropiedad. Concepto

Artículo 969.- Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas.

El Capítulo quinto versa acerca de la copropiedad y el Subcapítulo I, sobre sus disposiciones generales. Naturalmente, el artículo 969 se encarga de establecer cuándo hay copropiedad.

La copropiedad se presenta cuando dos sujetos de derecho (personas naturales, jurídicas o patrimonios autónomos) son titulares del derecho de propiedad sobre un bien, pero no sobre partes individualizadas del mismo, sino sobre alícuotas de ese bien, es decir, cuotas porcentuales del derecho de propiedad.

Así, la copropiedad implica que cada uno de los copropietarios no sea propietario de una porción identificada materialmente, sino de un porcentaje de la propiedad.

Los copropietarios deberán ser, al menos, dos y no existe un número máximo para tal efecto.

Por otra parte, los porcentajes del derecho de propiedad que correspondan a cada uno, podrán ser iguales o diferentes. Esto es irrelevante para efectos de ser considerado como copropietario. Lo es el que tiene el 1%, como quien tiene el 99%.

Estos porcentajes, naturalmente, pesarán para la toma de decisiones sobre el bien.

La situación de copropiedad (a menos que se trate de la propiedad horizontal) es poco aconsejable para un bien, habida cuenta de las dificultades que se presentan en lo que respecta a la toma de decisiones y la dificultad que implica

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

llegar a acuerdos, sobre todo los relativos a la disposición del bien, para cuyo efecto se requiere de unanimidad.

Lo ideal, en estos casos, es que la copropiedad se extinga, sea por la venta del bien, por acuerdo unánime de los copropietarios, o porque ellos acuerden consolidar sus alícuotas en cabeza de uno de esos copropietarios, lo que implica que los demás le transfieren, sea a título gratuito o a título oneroso, la titularidad de sus alícuotas.

Por otra parte, debe distinguirse la copropiedad a que se refiere este Capítulo, que es aquella que recae sobre un bien en concreto, de aquella otra que se genera fruto de la muerte del causante, y recae sobre una masa hereditaria. En el primer caso, la copropiedad recae sobre un bien; en el segundo, sobre una masa de bienes, créditos y deudas. Son situaciones parecidas, pero conceptualmente distintas.

De otro lado, si bien el Código Civil denomina a esta figura como «copropiedad», también es plenamente válido llamarla «condominio» y a sus titulares, copropietarios o «condóminos». El Código Civil peruano de 1984 ha optado por denominar a la figura «copropiedad» y a sus titulares, «copropietarios».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presunción de igualdad de cuotas

Artículo 970.- Las cuotas de los propietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario.

El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas.

En materia de obligaciones con pluralidad de sujetos, el artículo 1173 del Código Civil establece lo siguiente:

> **Artículo 1173.-** En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Como vemos, en las obligaciones de sujeto plural (en las divisibles, concretamente) existe una presunción de igualdad en las porciones de los créditos y deudas conforme tantos acreedores o deudores existan.

Y ello no podría ser de otro modo, pues el Derecho no tendría de dónde poder partir para llegar a una solución diferente a la que impone la igualdad.

Idéntico proceder adopta el Código Civil con ocasión del derecho de copropiedad. Aquí, en virtud del artículo 970, las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. En este caso, tampoco podría presumirse algo distinto que la igualdad.

Naturalmente que esa es sólo una presunción, y todos los días vemos situaciones en las que la copropiedad y los porcentajes que corresponden a cada copropietario son distintos, en virtud del título constitutivo por el cual nace la situación de copropiedad, o de un título posterior.

En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 970 establece que el concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas. Esto es justo, en la medida de que la percepción de los beneficios (como podría ser el caso del precio en la venta de un inmueble) o el pago de las cargas (como sería el supuesto del pago de tributos) siempre debe efectuarse de manera proporcional a la cuota o porcentaje de copropiedad de cada condómino.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Decisiones sobre el bien común

Artículo 971.- Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

1.- Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él.

2.- Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas.

En caso de empate, decide el juez por la vía incidental.

Esta norma se refiere al quórum para adoptar las decisiones sobre el bien común, dividiéndose entre aquéllas que se refieren a la disposición, gravamen, arrendamiento, comodato o introducción de modificaciones en el bien y aquéllas relativas a los actos de administración ordinaria.

Veamos.

1. Decisiones sobre disposición, gravamen, arrendamiento, comodato o introducción de modificaciones en el bien común

Para la adopción de estas decisiones el inciso 1 del artículo 971 exige unanimidad.

La lógica de la norma se explica por la importancia o trascendencia de los actos ahí contemplados.

1.1 Los actos de disposición a título oneroso

En lo que respecta a la venta, ello se entiende porque a través de ella se produce la transferencia del derecho de propiedad en favor de terceros. La lógica del precepto es la de que la mayoría de porcentajes de copropiedad no podría obligar a alguno o algunos otros copropietarios a desprenderse de la propiedad de esa alícuota, vía compraventa.

Pero algo que podría parecer tan claro, en realidad no lo es tanto. Decimos esto, ya que —como sabemos— en el régimen legal vigente, si no hubiese acuerdo para disponer del bien, bastaría con que un copropietario recurra a los tribunales de justicia para pedir la venta judicial del bien, a efectos de que ese bien se venda.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, aquí hay una paradoja, pues para forzar la venta judicial, se necesita de la voluntad de un condómino, pero para vender extrajudicialmente, se requiere la voluntad unánime de los mismos.

En los últimos años nos hemos preguntado si, tal vez, no sería mejor que las decisiones sobre la disposición a título oneroso sean adoptadas por mayoría calificada y no por unanimidad, como la ley exige actualmente.

No obstante, convenimos en que las decisiones para disponer del bien a título gratuito tendrían que ser adoptadas siempre por unanimidad, pues ellas implican diluir el valor del bien, precisamente, a través de un acto que favorecería por completo al donatario y en nada a los donantes.

1.2 Los actos de gravamen

El inciso 1 del artículo 971 también exige unanimidad de los copropietarios para acordar los actos de gravamen del bien.

En este caso, estamos de acuerdo en que se mantenga la unanimidad, en la medida de que la garantía (mobiliaria, anticrética o hipotecaria, según sea el caso), se constituye para respaldar el cumplimiento de una obligación propia (es decir, de los copropietarios interesados) o ajena (de un tercero).

Y puede ocurrir que determinados copropietarios no tengan interés alguno en participar en ese acto jurídico que se garantiza y —menos aún— respaldarlo con el propio bien como garantía.

Si ese fuese el caso, ninguna mayoría podría forzarlos a participar en el acto de constitución de garantía, lo mismo que —por naturaleza, como toda garantía— siempre implicaría el riesgo de incumplimiento y la consiguiente pérdida del bien, si es que se tiene que ejecutar la garantía en cuestión.

1.3 El arrendamiento

El arrendamiento del bien común implica la decisión de los copropietarios de celebrar este contrato en calidad de arrendadores, lo que implica que se cederá el uso del bien a un arrendatario quien, a cambio del pago de una renta, tendría derecho a poseer el bien, usándolo por algunos días, meses o años, según lo que se acuerde.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El legislador de 1984 ha entendido que como con el arrendamiento los copropietarios dejarán de usar el bien, para celebrar este contrato se requiere acuerdo unánime de ellos.

Pensamos que para este supuesto se debería seguir una lógica similar que para la compraventa. Además, el copropietario reticente a arrendar no dejaría de recibir una contraprestación por parte del arrendador, proporcional a su porcentaje de copropiedad.

Dentro de tal orden de ideas, no nos causa rechazo que el arrendamiento del bien pudiese ser acordado por una mayoría calificada, naturalmente, siempre y cuando se modificara la ley en este sentido. Esto representaría una medida para destrabar la inmovilidad que tantas veces afecta a los bienes sujetos al régimen de copropiedad.

1.4 El comodato

El inciso 1 del artículo 971 también exige unanimidad entre los copropietarios para dar el bien en comodato, vale decir que tales copropietarios sean comodantes y un tercero se convierta en comodatario del bien.

Compartimos la lógica del precepto, en la medida de que el comodato es el préstamo gratuito de bienes no consumibles; y, en tal sentido, carecería de lógica el pensar en obligar a un condómino a prestar gratuitamente su bien, pues por más no consumible que sea, todo bien sufre un desgaste con el uso que se hace del mismo; y una operación de esta naturaleza carecería de lógica económica para cualquiera de los condóminos.

1.5 Introducción de modificaciones

El inciso 1 del artículo 971 del Código Civil también exige unanimidad para los actos que los condóminos acuerden y que sean conducentes a introducir modificaciones en el bien. Tema discutible, por cierto, en la medida de que las modificaciones pueden implicar la introducción de mejoras útiles o de recreo que permitan hacer un óptimo uso del bien; un uso que sea más productivo o que implique mayores comodidades para todos los copropietarios.

En ese sentido, resulta discutible el que se exija unanimidad en los copropietarios para la adopción de acuerdos al respecto.

Por lo demás, no hemos mencionado a las mejoras necesarias, pues ellas —dada su naturaleza— se deberán llevar adelante de todas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

maneras, incluso con la oposición de algunos copropietarios. Es más, este tipo de mejoras podrían ser introducidas por cualquier copropietario, tal vez en absoluta minoría de participaciones, y luego exigir el reembolso a sus demás copropietarios. Este no es un tema de mayorías y minorías, sino de necesidad urgente para salvar el bien.

Las modificaciones en el bien podrán hacerlo más productivo, como cuando un terreno rural se convierte en un viñedo para uvas de alta gama vitivinícola. De producir nada, pasará a rendir cuantiosos ingresos.

Estas decisiones se podrían adoptar en mayoría calificada, si se modificase la ley, naturalmente.

Estos son de los supuestos en que la unanimidad como requisito deviene en algo entorpecedor para el provecho del bien por parte de los copropietarios que desean lo tenga; y favorece a aquellos que carecen de interés alguno en que el bien sea productivo.

1.6 Lo que no dice el inciso 1 del artículo 971

Es importante reparar en aquello que resultan omisiones importantes en el inciso 1 de la norma bajo comentario.

Si la lógica de la norma es la de exigir unanimidad para los actos mencionados en este inciso, carece de sentido el no incluir a otros actos de la misma naturaleza de los mencionados, como es el caso del arrendamiento-venta, contrato que comparte características de la venta y del arrendamiento[11]; o el contrato de permuta (como sabemos, muy parecido a la compraventa y por el que también alguien se obliga a transferir la propiedad del bien); o un usufructo (muy parecido al arrendamiento); o una dación en pago que implique la entrega en propiedad del bien en cuestión, etc.

Todos estos contratos no han sido mencionados y, dado que las normas prohibitivas o restrictivas de derechos no pueden ser interpretadas por analogía, no requerirán de la decisión unánime de los copropietarios, situación que contraviene la lógica del artículo 971, inciso 1.

11 Ver Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo 1, pp. 336 a 340.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto pudo haberse solucionado si este numeral hubiese incluido un supuesto adicional que dijera algo así como «y actos de similar naturaleza e importancia».

2. Decisiones para actos de administración ordinaria

El tema es regulado en el inciso 2 del artículo 971 y lo primero que debemos preguntarnos es qué implican los actos de administración ordinaria.

Administrar es[12] «3. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes» Y ordinario[13] es «1. Común, regular y que sucede habitualmente».

Entonces, los actos de administración ordinaria serán aquellos que no impliquen algo especial o extraordinario sobre el bien, teniendo siempre en cuenta que ellos no deberán estar dirigidos a introducir modificaciones en ese bien, pues, en tal caso, se trataría de actos comprendidos en el inciso 1 del artículo 971 y, como hemos visto, ellos requerirían ser aprobados por la unanimidad de los copropietarios.

Esto, a diferencia de los actos de administración ordinaria, los mismos que sólo requieren de la mayoría absoluta de porciones de copropiedad.

En relación con esto último, debemos subrayar lo señalado por el inciso 2 del artículo 971, en el sentido de que los votos se computan por el valor de las cuotas; lo que resulta lógico, en la medida de que estas decisiones no se toman en función del número de copropietarios que estén de acuerdo con una decisión, sino de cuánto representan sus porcentajes en la copropiedad Así, mayoría de porcentajes, manda, como es lógico en temas que implican decisiones de orden patrimonial.

El inciso 2 concluye señalando que, en caso de empate, decide el juez por la vía incidental. Esta norma y la referencia están hechas en función del Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente en 1984, cuando se promulgó el Código Civil. Con el Código Procesal Civil de 1993, corresponde la vía del proceso sumarísimo. Esto, por lo establecido en la tercera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

12 Real Academia Española (RAE). «Administrar». En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Recuperado de: https://dle.rae.es/administrar

13 Real Academia Española (RAE). «Ordinario». En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Recuperado de: https://dle.rae.es/ordinario?m=form

RÉGIMEN APLICABLE A LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE LOS BIENES COMUNES

Artículo 972.- La administración judicial de los bienes comunes se rige por el Código de Procedimientos Civiles.

Este precepto señala que la administración judicial de bienes comunes se rige por el Código de Procedimientos Civiles. Desde 1993 el tema se rige por el Código Procesal Civil, en especial, por el Subcapítulo 2, Administración judicial de bienes (artículos 769 a 780), del Título II, Disposiciones especiales, de la Sección Sexta, Procesos no contenciosos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Administración del bien común por uno de los copropietarios

Artículo 973.- Cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien, si no está establecida la administración convencional o judicial y mientras no sea solicitada alguna de ellas.

En este caso las obligaciones del administrador serán las del administrador judicial. Sus servicios serán retribuidos con una parte de la utilidad, fijada por el juez y observando el trámite de los incidentes.

En una situación ideal, la administración de un bien en situación de copropiedad debería ser asumida por todos los copropietarios, en el valor entendido de que la integridad de ellos esté interesada en participar de tal administración.

Pero en la mayoría de casos la copropiedad deriva de la herencia, es decir de una situación involuntaria y no deseada por los herederos, quienes —de la noche a la mañana, muchas veces— se convierten en copropietarios de una serie de bienes, que ni usaban y, menos aún, administraban.

Esto determina que luego de convertirse en copropietarios, ni todos éstos poseerán la totalidad los bienes, ni tampoco realizarán actos de administración sobre ellos. Así, una casa podría estar en poder del heredero X, otra en poder del heredero Y, en tanto los automóviles, en poder del heredero Z.

En estos casos, lo más probable es que cada quien empiece —de facto— a realizar actos de administración sobre los bienes que esté poseyendo, pero no sobre los demás; y la ley (el Código Civil), auspicia esto, dado que en la copropiedad lo importante es que algún copropietario se ocupe de los bienes, independientemente del porcentaje de copropiedad que ostente y, también, con independencia de qué bien posee y administra, sin importar si el valor del bien tiene alguna relación con el porcentaje de aquél.

Es en razón a estas consideraciones, que el artículo 973 establece que cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien; esto, pues el Derecho auspicia que cualquiera lo haga, en la medida de que todos son propietarios del bien, aunque sea de partes materialmente indivisas del mismo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si el Derecho estableciera mecanismos previos para tomar tales acciones, lo más probable es que los bienes terminen abandonados, perjudicando no sólo a aquel copropietario que desea protegerlos, sino a todos los demás.

El límite a la acción o proceder individual de cualquier copropietario, está dado por la existencia de una solicitud de administración convencional o judicial.

En verdad, no creemos que deba bastar con esa solicitud, presentada —claro está— por algún copropietario. Creemos que debería ser necesario que ese copropietario solicite —en su pedido para que se establezca una administración judicial—, el que el copropietario que viene ejecutando esos actos de administración, los deje de hacer.

Además, en caso se solicite una administración judicial, sería necesario que también se solicite —y logre— la concesión de una medida cautelar.

Creemos que en la solicitud de administración convencional, no debería bastar con el pedido, sino que también sería necesario el que se llegue a ese acuerdo para determinar convencionalmente un régimen de administración del bien común. Decimos esto, pues si bastara con la solicitud de administración convencional para impedir que cualquier copropietario administre bienes comunes, con ello se lograría una parálisis en cuanto a los mismos.

En lo que respecta a las obligaciones del administrador (la ley no distingue si convencional o judicial), el segundo párrafo del artículo 977 señala que serán las de administrador judicial. En lo personal, entendemos que ello deba ser así para los casos en que se solicite la administración judicial de los bienes comunes, pero no en el caso de la convencional, en cuyo caso los alcances de la administración estarían enmarcados dentro de los límites y características del acuerdo al que —en ese sentido— hayan arribado todos los copropietarios.

La norma (segundo párrafo del artículo 973) agrega que los servicios serán retribuidos con una parte de la utilidad, lo que resulta lógico, en la medida de que esa retribución guardará relación con el resultado económico de la propia administración.

Por último, el precepto establece que esa parte de la utilidad será fijada por el juez, observando el trámite de los incidentes; lo que debe ser interpretado como una referencia al proceso sumarísimo, conforme a lo establecido en la tercera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo II
Derechos y obligaciones de los copropietarios

Derecho de uso del bien común

Artículo 974.- Cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás.

El derecho de usar el bien común corresponde a cada copropietario. En caso de desavenencia el juez regulará el uso, observándose las reglas procesales sobre administración judicial de bienes comunes.

Esta norma contiene la regla de oro en cuanto al derecho de uso del bien común, cuando establece que cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás.

Como los bienes en copropiedad pertenecen a todos los copropietarios, pues entonces todos ellos tendrán derecho a usar y disfrutar del bien común. Estimamos que el legislador de 1984 ha querido comprender estos dos atributos del derecho de propiedad cuando en el artículo 974 se emplea la expresión «derecho a servirse del bien común».

Ahora bien, creemos que el uso, naturalmente, se debe hacer en razón del respeto que se debe tener por los demás copropietarios y el mismo debería ser de una intensidad y cobertura que vaya acorde con el porcentaje de copropiedad de que goce ese copropietario.

En otras palabras, mientras dure la situación de indivisión sobre una cosa (único bien común en nuestro ejemplo), el copropietario que tenga el 5% de acciones y derechos, no podría hacer un uso mayoritario de todos los ambientes del bien, en su exclusivo provecho.

Es claro que el uso que se haga del bien deberá ser coordinado entre los copropietarios; pero si no lo fuese, entonces debería primar una lógica de mesura y de peso e importancia de aquel porcentaje que se tenga como copropietario.

Pero los copropietarios no sólo podrán hacer un uso del bien, sino un disfrute, lo que implica el poder tomar los frutos que produzca el bien. El ejemplo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

más claro lo tendríamos en caso el bien sea un terreno sembrado de paltas. En este supuesto, los frutos podrían ser repartidos entre los copropietarios, habida cuenta de que pueden «servirse» del bien, lo que —como hemos señalado— implica también disfrutar del mismo. Es evidente que la repartición de los frutos deberá hacerse en función de los porcentajes de copropiedad que tenga cada uno de ellos.

Los límites que establece el primer párrafo del artículo 974 al derecho de uso del bien común, están dados por no alterar su destino y no perjudicar el interés de los demás.

La alteración del destino del bien significa que el mismo sería dedicado a una actividad diferente de la que tiene en la actualidad.

Esta decisión implicaría el necesario acuerdo mayoritario de los copropietarios; ello, en la medida de que no está comprendido dentro de aquellos actos para los que la ley (artículo 971, inciso 1) exige unanimidad en los copropietarios. Sin ese acuerdo, el bien no puede ser destinado por alguno o algunos de los copropietarios a un destino diferente del que viene teniendo en la actualidad.

El segundo límite, vale decir, el perjudicar el interés de los demás (copropietarios) es también muy importante, en la medida de que —se entiende— todos los actos que realicen los copropietarios en el bien, deberían estar encaminados en el interés de todos los copropietarios; pero no sólo eso, sino que deberían lograr beneficiar a esos otros copropietarios. Se entiende que la única medida posible para calibrar ese beneficio, será aquella de orden económico, pero no sólo en el sentido de los rendimientos económicos recibidos por la actividad, sino también por el mantenimiento o preservación y hasta aumento de valor del propio bien, que se consiga con la referida actividad. No obstante, admitimos que éste podría llegar a ser un tema opinable y complejo.

El artículo 974 reitera lo relativo al uso en su segundo párrafo (en el primero menciona «servirse del bien común»), lo que nos parece innecesario, salvo que se haya querido resaltar que ese derecho a usar el bien que tiene todo copropietario le corresponde a él mismo, por oposición a quienes fueron su núcleo familiar o terceros allegados a él.

Y eso es cierto, pues la copropiedad no se extiende a aquellos que no son copropietarios. Este es todo un tema de debate, en la medida de que los copropietarios que, por ejemplo, deseen hacer uso de una casa común, no lo harán solos, sino acompañados de su núcleo familiar.

Esto ocasionaría inconvenientes, en la medida de que serán más personas las que harán uso del bien; y ello, aunque no se quiera, siempre será en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

detrimento de los intereses de los demás copropietarios que deseen hacer uso del bien.

Naturalmente, el pago de los servicios comunes de una casa en esta situación, no tendrá que ser hecho sólo en función de los porcentajes de los condóminos, sino del número de personas que habita con cada uno de ellos en la casa.

Situaciones como éstas acarrean innumerables discusiones entre los copropietarios, a la par que múltiples problemas de orden práctico.

En la mayoría de casos, tales problemas, o son solucionados por los copropietarios o no se solucionan, agudizando los conflictos entre ellos. Son raros los supuestos en que las partes en conflicto recurren a los tribunales de justicia, tal como establece el propio artículo 974 en su segundo párrafo, cuando señala que «en caso de desavenencia el juez regulará el uso, observándose las reglas procesales sobre administración judicial de bienes comunes».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indemnización por uso total o parcial del bien

Artículo 975.- El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731.

Este artículo contempla el caso en el cual un copropietario use el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás.

Analicemos el tema.

En primer término, a qué se refiere la norma cuando señala «con exclusión de los demás». Entiendo que debe tratarse de una situación de hecho en la que ese copropietario impide que los demás copropietarios usen el bien, habiendo éstos manifestado que querían hacerlo.

No debe estar comprendido el caso en el cual ese uso exclusivo se haga con el desinterés de los demás pues, como sabemos, todos los copropietarios tienen derecho a usar el bien, pero también a no usarlo y, si este último fuese el caso, tal situación no debería conducir a que los demás copropietarios tengan que indemnizarle. Esa situación sería muy injusta.

Por otra parte, debemos mencionar que el artículo 976 hace referencia a un uso parcial o total del bien.

Esta situación (si el uso del bien es total o parcial) resulta, en verdad, irrelevante, ya que aquí lo que interesa es que el copropietario que hace ese uso parcial o total del bien, con ese uso está excluyendo a los demás copropietarios que hubiesen manifestado su interés de usar también esa parte del bien o la totalidad del mismo.

Es evidente que si tales copropietarios se viesen impedidos de hacer ese uso del bien, deberán recurrir a otro bien (de terceros) para satisfacer esas necesidades, lo que implicará que se vean obligados a gastar dinero de manera inútil. Es por ello que el artículo 975 establece que el copropietario que excluya a los demás de ese uso del bien les deberá indemnizar en las proporciones que les corresponda.

No obstante, estimamos que tal indemnización no sólo deberá considerar los porcentajes de copropiedad, sino —obviamente— los daños y perjuicios realmente sufridos por cada uno de los copropietarios excluidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aquí el tema indemnizatorio girará entre la valoración del uso exclusivo y el porcentaje del copropietario excluido; y los daños y perjuicios sufridos por este último.

El artículo 975 excluye —naturalmente— de la indemnización el caso del artículo 731 del propio Código Civil, precepto que establece que:

> **Artículo 731**.- Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.
>
> La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.
>
> En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.

Si existe un derecho del cónyuge supérstite para vivir en el que fue el inmueble que constituyó el hogar conyugal, entonces mal podrá pensarse que quien goza de ese derecho tuviera que indemnizar a los demás copropietarios. En este caso es la ley (el artículo 731) la que faculta a esta persona a proceder de esa manera, la cual puede —incluso— manifestarse en actos de exclusión de los demás coherederos y condóminos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de disfrute

Artículo 976.- El derecho de disfrutar corresponde a cada copropietario. Estos están obligados a reembolsarse proporcionalmente los provechos obtenidos del bien.

Este artículo se refiere al derecho de los copropietarios de disfrutar el bien común.

Nosotros señalamos al analizar el artículo 974, que cuando este precepto —en su primer párrafo— alude a que cada copropietario «tiene derecho a servirse del bien común», en realidad está aludiendo al uso y al disfrute, como atributos del derecho de propiedad, extensivo a la copropiedad. No obstante, el propio artículo 974 trata en su segundo párrafo específicamente sobre el uso del bien, en tanto el artículo 976, bajo comentario, aborda el tema del disfrute; ambas referencias —a mi entender— son innecesarias por reiterativas.

En el artículo 976 se señala, otra vez, que el derecho de disfrutar corresponde a cada copropietario.

Y se agrega que tales copropietarios están obligados a reembolsarse proporcionalmente los provechos obtenidos del bien.

Como sabemos, el disfrute implica gozar de los frutos (provechos renovables del bien) y también de los productos (provechos no renovables del bien). En ambos casos, tales condóminos estarán obligados a reembolsarse proporcionalmente los provechos obtenidos del bien.

Pero esta «obligación de reembolso» no debe ser apreciada como eso, es decir, como una obligación. Esto, dado que los copropietarios podrán decidir reinvertir los frutos o productos en el propio bien, para que el mismo pueda resultar más productivo.

En cualquiera de los casos, lo que se entiende es que tanto los frutos, los productos, como aquello que decidan reinvertir en conjunto, preserve los porcentajes de copropiedad iniciales; ello, naturalmente, a menos que sólo alguno o algunos de los copropietarios decidan reinvertir en el bien, con lo cual —es evidente— los porcentajes de copropiedad del bien variarían, precisamente, en función de esa reinversión.

EDMUNDO MARIO CASTILLO FREYRE

Disposición de la cuota ideal y sus frutos

Artículo 977.- Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos.

El derecho de disposición en la copropiedad corresponde —como no podría ser de otra manera— a cada copropietario. En ese sentido, cada copropietario puede disponer, sea a título gratuito u oneroso, de su cuota ideal.

Si el acto de disposición fuese de cualquier naturaleza jurídica, salvo una compraventa, el copropietario en cuestión podrá actuar con la mayor libertad, en el sentido de disponer del bien como quiera y a favor de quien quiera.

El tema no es sencillo si se tratase de una compraventa, caso en el cual no debemos olvidar que el artículo 1599, inciso 2, del propio Código Civil establece que tienen derecho de retracto, el copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas.

Esto implica que, para evitar una ulterior demanda de retracto, aquel copropietario que desee vender su alícuota, debería ofrecerla en venta a sus demás copropietarios.[14]

Este derecho del que goza todo condómino para disponer de su cuota ideal, se extiende a los respectivos frutos, los mismos que también pueden ser gravados (artículo 977, bajo comentario).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

14 Ver Castillo Freyre, Mario *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo 2, pp. 1009 a 1050.

Actos de propiedad exclusiva

> **Artículo 978.-** Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto.

Este artículo contempla el supuesto en el cual un copropietario practique sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva.

En este caso, la norma condiciona la validez del acto al momento en que se adjudique el bien a la parte a quien practicó el acto.

Se trataría, entonces, de un acto sujeto a esta condición suspensiva. Pero nótese que esta condición no se refiere a sus efectos solamente, sino a la validez del propio acto.

La solución legal difiere de la otorgada —para un caso particular— por el artículo 1540 del propio Código Civil, que parte de la validez de una venta de bien parcialmente ajeno:

> **Artículo 1540.-** En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio.

Sobre este tema ya nos hemos pronunciado en su momento.[15]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

15 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo 1, pp. 809 a 819.

Reivindicación y defensa del bien común

Artículo 979.- Cualquier copropietario puede revindicar el bien común. Asimismo, puede promover las acciones posesorias, los interdictos, las acciones de desahucio, aviso de despedida y las demás que determine la ley.

Ya hemos tratado acerca de la acción reivindicatoria, que es aquella por la cual el propietario no poseedor intenta recobrar el bien que se encuentra en poder de un poseedor no propietario.

Ello se extiende, por cierto, a los copropietarios; de ahí que el artículo 979 permita que sea incoada por cualquiera de ellos.

Y esto es así, porque cualquiera de los condóminos puede tener interés en recobrar el bien; y la interposición de la acción (pretensión) reivindicatoria no puede estar condicionada a convencer previamente —para acordar interponerla— a otro, otros, la mayoría o la totalidad de sus condóminos. Ello, en la medida de que tal acuerdo podría implicar una dilación innecesaria y poner en peligro el bien que no se halla en poder de los condóminos.

Esa misma lógica se sigue cuando en el artículo 979 se permite que cualquier copropietario promueva acciones posesorias, interdictos, acciones de desahucio, aviso de despedida y las demás que determine la ley.

En la actualidad, las antiguas acciones de desahucio y aviso de despedida se tramitan como proceso de desalojo (artículos 585 a 596 del Código Procesal Civil de 1993).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Mejoras necesarias y útiles en la copropiedad

Artículo 980.- Las mejoras necesarias y útiles pertenecen a todos los copropietarios, con la obligación de responder proporcionalmente por los gastos.

El artículo 980 establece que las mejoras necesarias y útiles pertenecen a todos los copropietarios, con la obligación de responder proporcionalmente por los gastos.

Como se puede apreciar, el artículo bajo comentario se limita a mencionar a las mejorías necesarias y útiles. Esto guarda plena concordancia con lo establecido por el artículo 917, ya comentado, precepto que establece que el poseedor tiene derecho a saber el valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución.

Con respecto a las mejoras de recreo, la norma otorga al poseedor que las haya introducido el derecho de retirar aquello que pueda separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar su valor actual.

En buena cuenta, los copropietarios tendrían los mismos derechos que los propietarios en sede de mejoras.

La pregunta que corresponde hacer es la relativa a cómo deben decidir los copropietarios el destino de las mejoras de recreo.

Entendemos que con respecto a estas mejoras debería haber unanimidad para que ellas se queden en el bien. Si no la hubiera, pero hubiese mayoría, entendemos que la mejora permanecería en el bien, pero sólo aquellos copropietarios que votaron en ese sentido estarían obligados a pagar su valor, en proporción con los demás que votaron así; y, claro está, sólo a ellos pertenecerá dicha mejora.

Por otra parte, el artículo 980 establece —con relación a las mejoras necesarias y a las útiles— que todos los copropietarios responderán proporcionalmente por los gastos que hubieren ocasionado.

Esta solución es lógica y justa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Gastos de conservación y cargas del bien común

Artículo 981.- 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 afecten al bien común.

El artículo 981 establece que 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 afecten al bien común.

Veamos.

a) Gastos de conservación

Son aquellas erogaciones que se hace para que el bien mantenga las mismas características y condiciones que tenía al momento en que comenzó el uso que se está haciendo de él, en virtud de una relación o situación jurídica.

Entonces, desde que exista la copropiedad sobre el bien, todos los copropietarios deberán conservar dicho bien en el estado en que se encontraba al nacimiento de la copropiedad.

Como sabemos, del análisis de los artículos 1134 y 1141 del Código Civil,[16] en algunos casos los gastos de conservación podrían consistir o recaer sobre mejoras necesarias y, en otros casos, simplemente se trataría de gastos.

b) Pago de tributos

En el sistema jurídico peruano, los tributos pueden ser: impuestos, contribuciones y tasas.

c) Cargas

De los dieciocho significados que tiene esta palabra en el Diccionario de la Real Academia Española, el pertinente para el caso es el octavo:

16 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. *Op. cit.*, volumen I, pp. 19 a 23 y 155 a 163.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

«Impuesto o tributo ligado a una propiedad o a un estado y al uso que de estos se hace»[17].

Pero, las cargas en el Perú también tienen que ver con los derechos reales que afecten el bien, como podría ser el caso de un usufructo constituido a favor de un tercero, no propietario, sobre el bien sujeto a copropiedad.

El tema tributario es, en estricto, también una carga, pero para efectos de la copropiedad es abordado, como hemos visto, de manera independiente.

d) Gravámenes

Por gravámenes, en el Derecho peruano se entiende a los embargos que pudieran recaer sobre el bien.

Como hemos podido apreciar, el artículo 981 establece que todos los copropietarios están obligados a concurrir, en proporción a su parte, a cada uno de los rubros que acabamos de mencionar.

Ello es lógico, en tanto se trate de afectaciones al bien en su conjunto y no afectaciones a la alícuota de un copropietario, en cuyo caso la obligación recaería única y exclusivamente sobre el último.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

17 Real Academia Española (RAE). «Carga». En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Recuperado de: https://dle.rae.es/carga

Saneamiento por evicción del bien común

Artículo 982.- Los copropietarios están recíprocamente obligados al saneamiento en caso de evicción, en proporción a la parte de cada uno.

Según expresaba la profesora Lucrecia Maisch von Humboldt en la Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil,[18] respecto a la obligación de saneamiento, el artículo 921 del derogado Código Civil de 1936, contenía un error que había sido repetidamente criticado por sus comentaristas, al expresar textualmente: «Los condóminos están recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento, en proporción a la parte de cada uno».

Señalaba Maisch von Humboldt que la interpretación literal de esta norma originaría una curiosa obligación recíproca de los copropietarios, es decir la de perturbarse, arrojarse mutuamente del bien común, dado que la palabra evicción significa: privación, despojo, desposesión, desprendimiento.

A entender de la citada profesora, el artículo 982 habría corregido la redacción del precepto anterior, al disponer que los copropietarios estén recíprocamente obligados al saneamiento «en caso de evicción».

Por nuestra parte, consideramos que el artículo 982 nada corrige, pues la idea es que los copropietarios están obligados al saneamiento frente a un tercero que adquiere el bien del cual son copropietarios.

En ese orden de ideas, no se llega a comprender cómo es que los copropietarios están obligados recíprocamente a la evicción. Decimos esto, pues la responsabilidad no será entre ellos, sino frente al tercero adquirente.

En ese sentido, el legislador debió optar entre establecer para ellos una responsabilidad divisible y mancomunada frente al adquiriente, con lo cual cada copropietario sólo respondería por su parte de la indemnización; o señalar que son responsables solidarios, caso en el cual los culpables serían responsables solidarios de la indemnización y los no culpables sólo indemnizarían —también

18 Maisch von Humboldt, Lucrecia. En: Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Exposición de Motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil.* Okura Editores. Lima, 1985, volumen V, p. 204.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

solidariamente— por el valor de la prestación incumplida (argumento del artículo 1195 del Código Civil, aplicado *mutatis mutandis*).

Esto es lo que se debió establecer; y no lo que se legisló en el artículo 982, en torno a una supuesta responsabilidad recíproca de los copropietarios, la misma que carece de base legal y de sentido jurídico con respecto al adquiriente del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo III
Partición

Noción de partición

Artículo 983.- Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.

El artículo 983 establece que por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.

Debemos señalar que el sentido de la partición es concretar en bienes específicos aquellos porcentajes sobre partes materialmente indivisas de los bienes de que gozan los copropietarios.

El tema está pensado fundamentalmente para los casos en que la situación de copropiedad hubiese derivado de una herencia. En estos casos, tal vez haya diversos bienes en copropiedad. El acuerdo de partición sobre los mismos implica que los condóminos decidan con cuál de los bienes se quieren quedar en calidad de propietarios exclusivos. Esto determinaría que algunos bienes sean de uno y otros bienes sean de otro u otros; cada cual, finalmente, se quedará con algún bien o algunos bienes.

Por lo demás, también podría producirse la situación en la cual se procede a realizar una partición sólo parcial, lo que equivaldría a que algunos bienes se asignen en propiedad exclusiva de algunos copropietarios y otros permanezcan en situación de copropiedad.

Decimos esto, porque no siempre será fácil acordar una división sobre los bienes comunes, dado que podrían no coincidir en número y en valor, con los copropietarios interesados en efectuar la partición.

Por ejemplo, si se tratase de una pequeña casa heredada por seis personas, resulta evidente que sería muy difícil realizar la partición del bien. En estos casos, lo más fácil sería que alguno de los condóminos pague a los otros

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el valor correspondiente a su parte y, así, quede como único propietario; o que todos, de consuno, acuerden vender el bien a un tercero.

En este caso, finalmente, habrían conseguido su objetivo, cual es el de haberse repartido el valor del bien, ya que repartirse el propio bien —*in natura*— resultaba imposible.

El artículo 983, bajo comentario, trata acerca de que en la partición, cada copropietario cede a cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican; ello, claro está, a cambio de los derechos que los demás le ceden con respecto al bien que sí se le adjudica. Esta apreciación se halla referida a los porcentajes de copropiedad o alícuotas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligatoriedad de la partición

Artículo 984.- Los copropietarios están obligados a hacer partición cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición.

El artículo 984 establece que los copropietarios están obligados a hacer partición cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición.

En primer lugar, hablemos de los sujetos legitimados para forzar la partición.

El primero es el copropietario, entendido como cualquiera de los copropietarios, por menos significativa que resulte su alícuota. Eso significa que un copropietario del 1% del bien podría forzar la partición.

Y esto es así, pues la ley busca que termine la situación de copropiedad por la que atraviesa el bien, en la medida de que no se trata de una que resulte conveniente para el desarrollo y el aprovechamiento económico del bien.

El segundo sujeto legitimado, es el acreedor de cualquiera de los copropietarios, por insignificante que sea el crédito y —también— por más insignificante que sea el porcentaje o alícuota que corresponda a este condómino.

La razón de ello estriba en que el Derecho protege a los acreedores a hacer efectivos sus créditos, lo que no podría ocurrir en tanto y en cuanto el bien se encuentre en situación de copropiedad.

Esto, pues el acreedor de un condómino que no fuerce la partición del bien, a lo mucho podría pedir el remate público de la alícuota que corresponde a su deudor, pero resulta evidente que la venta forzosa de una alícuota castiga notoriamente el precio del bien. De ahí que la ley (artículo 984) permita al acreedor de cualquier condómino el forzar la venta del bien.

Por otra parte, es necesario mencionar que el artículo 984, bajo comentario, establece tres supuestos en los que no se podría forzar la partición del bien.

El primero de ellos está dado por el caso de indivisión forzosa, la misma que podría provenir o de una disposición testamentaria de obligatorio

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cumplimiento para los herederos, o del pacto entre los condóminos, que hubieren decidido que el bien permanezca indiviso por un plazo determinado o determinable.

Entendemos que cuando el artículo 984 hace referencia a la indivisión forzosa, alude a aquélla impuesta por el testador. En este caso no vale la opinión contraria de los herederos que tuvieren la condición de copropietarios.

El referido caso al que hace referencia el artículo 984 es aquel en el cual por acto jurídico los copropietarios han pactado la prohibición de dividir el o los bienes.

Resulta claro que los condóminos habrían podido acordar que el bien permanezca indiviso por un plazo determinable o determinado, supuesto en el cual deberán respetar lo acordado.

El tercer supuesto en el que la ley no permite que uno de los copropietarios fuerce la partición del bien, es aquel en el cual la ley fije plazo para la partición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Imprescriptibilidad de la acción de partición

Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

El primer tema que aborda el artículo 985 es el relativo al carácter imprescriptible de la partición.

Se trata, pues, de una de las pocas pretensiones imprescriptibles. Ello se debe a que nada ganaría el Derecho en el caso contrario, pues —si así fuese— se estaría perpetuando la situación de indivisión del bien, lo que resultaría contrario a aquello que se busca. Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, la copropiedad, cuando ella proviene de la herencia y no de la propiedad horizontal o del contrato, es una situación poco deseable para el Derecho, el mismo que busca superar tal situación, precisamente con la posibilidad de que cualquiera de los condóminos fuerce la partición (argumento del artículo 984).

De ahí que la pretensión de partición del o de los bienes comunes sea imprescriptible.

En segundo lugar, el artículo 985 establece que ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.

La lógica de esta norma se basa en que todos los condóminos tienen derecho a usar el bien. Entonces, puede que algunos hagan uso de ese derecho sobre unos bienes y otros condóminos sobre otros bienes, lo que no podría conducir a que adquieran por prescripción los bienes que están poseyendo. Ello implicaría que la prescripción estaría determinando una forma especial de partición, que el Derecho no admite.

Por lo demás, así como los copropietarios tienen el derecho de usar los bienes comunes, también tienen derecho a no hacerlo, lo cual no podría conducir a que puedan perder el derecho de copropiedad sobre el bien, en favor de otro u otros copropietarios.

ESTUDIO MARIO CASTAÑO FREYRE

Partición convencional

Artículo 986.- Los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime.

La partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo.

El artículo 986 establece, en primer término, que los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime.

Este precepto subraya el necesario carácter unánime de la partición. Sobre el tema, ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual no abundaremos sobre el particular.

Pero luego el artículo 986 señala que la partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo.

En una obra anterior —escrita en coautoría con el doctor Felipe Osterling Parodi—, explicamos la transacción dejada a la suerte, tomando como base de análisis, precisamente, un supuesto de partición.[19]

Así, en esa oportunidad decíamos que:

> "El legislador, con el propósito de estimular la transacción de asuntos dudosos o litigiosos, ha previsto que cuando las partes se sirven de la suerte para dirimir cuestiones ello produce los efectos de una transacción.
>
> Si las partes se someten a la ventura para dirimir sus diferencias, en realidad pueden estar celebrando el denominado *contrato de decisión* por medio de la suerte, acto que, en algunos casos, puede ser adecuadamente una transacción.
>
> Consideramos que el supuesto previsto por el artículo 1311 del Código Civil constituye propiamente una transacción, ya que presenta, aunque a primera vista no lo parezca (por la posible confusión con el contrato de decisión), todos los supuestos establecidos por el artículo 1302 del Código Civil".
>
> (...)

19 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen V, pp. 2028-2030.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En aquella ocasión, anotamos que la transacción dejada a la suerte puede revestir características complejas.

El profesor Osterling tuvo ocasión de participar hace casi seis décadas en la solución de una controversia suscitada entre herederos (todos ellos hijos, en igualdad de porcentajes) de un ciudadano que a su fallecimiento había dejado una cuantiosa fortuna.

Como recordábamos en nuestro *Tratado*, era el caso que prácticamente todos los herederos deseaban, como cuota parte, los mismos bienes, lo que determinaba la imposibilidad de efectuar una división y partición armoniosa. Para solucionar una situación que se tornaba conflictiva, y que a todas luces ya resultaba dudosa, se le sugirió efectuar una división y partición de derivada de la suerte.

Así, luego de una escrupulosa tasación de los bienes materia de la herencia, el albacea y asesor legal de los herederos procedió a agrupar en seis lotes, cada uno de valor similar, los bienes de la sucesión. Luego, en acto que contó con la asistencia de los herederos y de notario público, se asignó un número a cada conjunto de bienes y, por sorteo, esto es, por azar, se adjudicó un lote a cada heredero.

Siempre recordaba en sus clases el profesor Osterling, que en este caso, si bien ninguno logró máximas aspiraciones ideales respecto a los bienes que constituían la masa hereditaria, todos quedaron satisfechos con el resultado del sorteo, que puso fin a sus controversias y les ahorró considerable tiempo, molestias y dinero.

Según decimos en nuestras obras de Obligaciones, el caso expuesto demuestra cuán útil puede resultar recurrir al mecanismo de la transacción por medio de la suerte y cuántos problemas se podrían solucionar si este sistema se utilizara con mayor frecuencia, pero —si lo vemos con detenimiento— se trata, por supuesto, de un caso de partición dejada a la suerte.

La partición dejada al azar, la transacción dejada al azar, tiene la ventaja de permitir solucionar problemas que, luego de largas negociaciones o de animadversiones personales, pueden parecer como insolubles. A veces el orgullo no permite acordar una transacción, pero pactar que ello sea dejado a la suerte representa la última tabla de salvación para solucionar el problema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Partición convencional especial

Artículo 987.- Si alguno de los copropietarios es una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios.

La solicitud de aprobación se sujeta al trámite del proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del consejo de familia, si ya estuviera constituido.

Este artículo, referido a la partición convencional especial, es la tercera versión de la norma, luego de dos modificaciones introducidas en el texto del artículo.

En 1984 la norma decía:

Artículo 987.- Si alguno de los copropietarios es incapaz o ausente, puede hacerse partición convencional o por medio de árbitros, pero será aprobada por el juez previa tasación, y dictamen del Ministerio Público, con audiencia del consejo de familia cuando lo haya y lo estime conveniente.

Este precepto luego fue modificado por la primera disposición modificatoria del texto único ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada, el 22 de abril de 1993, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 987.- Si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Luego, el precepto volvió a ser modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, cuyo texto es el que hemos consignado al comenzar el tratamiento del tema.

Esta norma establece que si alguno de los copropietarios es una persona contemplada en el artículo 43[20] o 44[21] del Código Civil o ha sido declarado ausente[22], la partición convencional se somete a aprobación judicial.

Se trata, sin duda, de una norma de protección en favor de esas personas vulnerables, jurídicamente, sea por su discapacidad o por haber sido declaradas ausentes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

20 Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:
1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2.- *Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.*
(Inciso derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018).
3.- *Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.*
(Inciso derogado por la única disposición complementaria derogatoria de la Ley n.° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012).

21 Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida.
Tienen capacidad de ejercicio restringida:
1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2.- *Los retardados mentales.*
(Inciso derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018).
3.- *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.*
(Inciso derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018).
4.- Los pródigos.
5.- Los que incurren en mala gestión.
6.- Los ebrios habituales.
7.- Los toxicómanos.
8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.
(Inciso incorporado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018).
De conformidad con la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, las personas señaladas en los incisos 6 y 7 del presente artículo que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

22 Artículo 49.- Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.
Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.

El artículo 987 establece, además, que se debe acompañar a la solicitud una tasación de los bienes por tercero, con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio de la partición, firmado por todos los interesados (la norma señala luego una redundancia, al decir «y sus representantes legales»).[23]

El artículo 987 agrega que puede prescindirse de tasación cuando los bienes tienen cotización en la bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios.

Lo relativo a la cotización en bolsa o mercado análogo nos hace recordar lo dispuesto por el artículo 1547 del Código Civil, en el sentido de que:

> **Artículo 1547**.-En la compraventa de bienes que el vendedor vende habitualmente, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor.
>
> Si se trata de bienes que tienen precio de bolsa o de mercado, se presume, a falta de indicación expresa sobre el precio, que rige el de lugar en que debe realizarse la entrega.

Por lo demás, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre esta norma.[24]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

23 Decimos que es redundante, pues si se tratase de una persona natural, deberá firmar ella misma o su representante (en caso de incapacidad); en tanto que si fuera persona jurídica, la partición sólo será válida si es suscrita por el representante.

24 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo 1, pp. 959 a 964.

Partición de bienes indivisibles

Artículo 988.- Los bienes comunes que no son susceptibles de división material pueden ser adjudicados, en común, a dos o más copropietarios que convengan en ello, o se venderán por acuerdo de todos ellos y se dividirá el precio. Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo con la adjudicación en común o en la venta contractual, se venderán en pública subasta.

Resulta evidente que si hubiese copropietarios y el bien objeto de condominio fuese uno solo o, incluso, siendo más de uno pero no coincidiendo el número de copropietarios y los bienes o su valor, es probable que la partición resulte físicamente imposible, razón por la cual lo que correspondería sería ponerse de acuerdo para adjudicar el bien a uno de los condóminos y que éste pague a los demás condóminos, el precio acordado por sus alícuotas.

Si ese no fuese el caso, lo ideal sería que los copropietarios acuerden por unanimidad vender el bien a un tercero y que se divida el precio de manera proporcional.

Una tercera posibilidad —también contemplada por el artículo 988, bajo comentario—, sería que lo vendan en pública subasta.

A este último camino se puede llegar o, de común acuerdo o, también, forzando recurrir a él por parte de uno de los copropietarios. Como hemos visto al analizar el artículo 984, basta que uno de los copropietarios lo solicite, para que se tenga que proceder en ese sentido, ya sea por la vía extrajudicial o por la judicial, en caso hubiere resistencia de alguno o de varios de los demás condóminos, de modo tal que el copropietario interesado se vea obligado a recurrir al Poder Judicial para estos efectos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de preferencia del copropietario

Artículo 989.- Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que trata el artículo 988 y adquirir su propiedad, pagando en dinero el precio de la tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes.

El artículo 989 consagra el derecho de preferencia de que gozan los condóminos para evitar la subasta de que trata el artículo 988, a efectos de adquirir la propiedad del bien.

Para tales efectos, indica que deberá pagar el precio (en dinero) de la tasación en las partes que correspondan a los demás partícipes.

De otro lado, en lo que respecta a la venta de las porciones indivisas y no de todo el bien, es claro que si no se permite a los copropietarios ejercer el derecho de preferencia, el copropietario que se sienta afectado luego de una venta, podría ejercer su derecho de retracto, al establecer el artículo 1599, inciso 2, del Código Civil, que tiene derecho de retracto, el copropietario, en la venta a un tercero de las porciones indivisas.

Este tema fue estudiado por mí anteriormente[25], en comentarios que reproduzco a continuación:

De acuerdo a lo expresado por la Comisión Revisora del Código Civil,[26] el inciso 2 del artículo 1599 regula el retracto a favor del copropietario.

La citada Comisión agrega que este derecho se confiere en el interés del legislador de propender a la consolidación del dominio, dadas las conocidas dificultades creadas por la copropiedad.

Estima que resulta importante tener en cuenta que el Código Civil de 1984 corrige el defecto del artículo 1450, inciso 1, del Código Civil de 1936, en cuanto se concedía el retracto en la venta de la cosa. Esto es, cuando la propiedad había sido transferida como una unidad a un tercero. O sea, cuando no había ningún dominio por consolidar. En tal sentido, el retracto se otorga ahora sólo

25 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta. Op. cit.*, tomo 2, pp. 1016-1023.

26 Comisión Revisora del Código Civil peruano. Bigio Chrem, Jack. *Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil. Derecho de retracto*, p. 10.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la venta de las porciones indivisas; lo que equivale a decir sólo en cuanto el vendedor transmita partes ideales sobre el bien.

Finalmente, la Comisión Revisora anota que acogió la propuesta de Fernández Arce, Zamalloa Loayza y Arias-Schreiber, de precisar que el retracto sólo procede en la venta a terceros de porciones indivisas y no en la venta de éstas a otro copropietario, lo cual no da lugar al retracto.[27]

Por otro lado, en relación con el inciso bajo comentario, Manuel de la Puente[28] señala que el mismo está referido al copropietario en la venta a terceros de las porciones indivisas. En este caso, deben resaltarse dos aspectos: el primero, en cuanto a que el inciso está referido a la venta a terceros y no a los otros copropietarios; y el segundo, a que debe tratarse de porciones indivisas y no de la cosa en su integridad. Según De la Puente, en el primer supuesto debe tenerse en cuenta que, ante todo, la ley busca la definición de la copropiedad. Limitar este objetivo imponiendo derechos como el comentado, significaría —según el citado profesor— reducir las posibilidades de definición del condominio; además de que el derecho del copropietario sobre este aspecto ya se encuentra contemplado en el artículo 989 del Código. En el otro supuesto, se parte de la premisa del inciso 1 del artículo 971, pues en esta eventualidad el copropietario ha tenido que dar su consentimiento para la venta de la cosa cuyo dominio pasa al adquiriente en forma íntegra. Sin embargo, en la venta de porciones indivisas no hay traslación de propiedad fuera del condominio, sino, por el contrario, una accesión de un tercero que en nada beneficia o mejora la situación de la copropiedad, pudiendo conglomerarse esta parte en manos de otro copropietario con el significativo beneficio.

A decir de Arias-Schreiber,[29] el inciso 2 del artículo 1599 contempla el caso más usual del retracto y, salvando la grave deficiencia conceptual que tenía el inciso 1 del artículo 1450 del Código Civil de 1936, precisa que es el copropietario quien tiene derecho a su ejercicio, pero siempre que se trate de la venta a tercero de las porciones indivisas y no del propio bien, ya que para esto se requiere la intervención conjunta de todos los titulares. Según el citado profesor,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

27 Así fue entendido también durante la vigencia del Código Civil de 1936. En tal sentido, se puede apreciar una Resolución Suprema de 1946 (Anales Judiciales. Año 1946, p. 23), a través de la cual se expresó que: «Sólo procede el retracto de condóminos cuando la venta del bien se hace a favor de un extraño al condominio».

28 De la Puente y Lavalle, Manuel. En: Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Exposición de Motivos y comentarios. Compraventa.* Okura Editores. Lima, 1985, tomo VI, p. 244.

29 Arias-Schreiber Pezet, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, y Ángela Arias-Schreiber Montero. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* San Jerónimo Ediciones. Lima, 1998, tomo II, p. 140.

la razón de ser del inciso es obvia, se trata de buscar la consolidación del dominio y evitar que continúe el estado inseguro y conflictivo de la copropiedad.

Por nuestra parte, podemos afirmar que al haber sido derogado el inciso 1 del artículo 1599 del Código Civil, ha quedado como primer supuesto del derecho de retracto, aquel que la ley concede a los copropietarios, en la venta a terceros de sus porciones indivisas.

Y es justamente este supuesto el que utiliza Fernando Cantuarias Salaverry para, dentro de un interesante planteamiento basado en el análisis económico del Derecho, esbozar cuales son —a su juicio— los verdaderos costos que crea la figura del retracto.[30]

Pensamos que los cuestionamientos a los elevados costos económicos que se formulan en torno al retracto (en este caso, referidos al copropietario, en la venta de porciones indivisas) son válidos.

No obstante, estimamos que la perspectiva de esos costos económicos resulta un tanto incompleta, habida cuenta de que el régimen de copropiedad no es —precisamente— uno que presente las mayores facilidades y beneficios, dentro de una perspectiva netamente económica, a aquéllos que tienen la calidad de copropietarios de las porciones indivisas de un bien.

Como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, el régimen de copropiedad tiene básicamente, dos orígenes. El primero de ellos está dado por la voluntad humana, ya que se genera una situación de copropiedad de manera voluntaria, cuando una persona adquiere, porque así lo desea, la propiedad —por ejemplo— de un departamento en un edificio; resultando así que se convertirá en propietario exclusivo del departamento que ha comprado, pero será copropietario de todas las áreas comunes del edificio.

No obstante, una situación de esta naturaleza era conocida de antemano por ese adquirente, y a sabiendas de que iba a tener que compartir en calidad de condómino la propiedad de determinadas áreas comunes, como es el caso del terreno, las escaleras, los pasadizos, los ascensores y otras que resultan fundamentales en un uso compartido por todos los habitantes del edificio, decidió adquirir dicha propiedad sobre el departamento, al considerar que la situación de copropietario sobre las mencionadas áreas comunes no le representaría más desventajas que los beneficios propios de una situación de esta naturaleza, pues al fin y al cabo serían inimaginables los costos que tendría que asumir el propietario de un departamento en un imaginario edificio, si esta

30 Cantuarias Salaverry, Fernando. «Retracto: réquiem de un derecho económico y social». En *Thémis* n.° 24, segunda época, Lima, 1992, pp. 64-67.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

exótica construcción tuviese pasadizos exclusivos para cada departamento, escaleras únicas para cada piso, además de un ascensor para cada departamento.

Sólo al imaginar cuánto costaría —en circunstancias de esta naturaleza— hacerse de la propiedad de un departamento, de seguro quien considerara esta posibilidad preferiría mil veces, dados los enormes costos que ello implicaría, o adquirir la propiedad de una casa o, asumiendo las desventajas que ello acarrea, ser propietario de un departamento común y corriente, compartiendo en condómino las áreas comunes del edificio.

Además, este tipo de copropiedad —la voluntaria— está regulada de manera bastante minuciosa por nuestro ordenamiento legislativo, en la normativa sobre propiedad horizontal, Ley n.° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, promulgada el 19 de julio de 1999 y publicada el 20 de julio de 1999.

Pero a pesar de la existencia de las normas legales antes mencionadas, el régimen de copropiedad al cual se accede de manera voluntaria, presenta en la práctica una serie de inconvenientes, en la medida en que se requiere compatibilizar para la administración de los bienes y servicios comunes, los pareceres de los diversos propietarios de los diferentes departamentos. Ello, cuando se trata de una edificación nueva, no presenta mayores inconvenientes, además de que al inicio del funcionamiento de un edificio, los diferentes propietarios deben haber elaborado y aprobado el respectivo reglamento interno.

Además, cuando recién se ha construido el edificio, resulta frecuente que todos sus habitantes cuenten con los medios económicos suficientes como para contribuir no sólo a un adecuado mantenimiento de sus respectivos departamentos, sino también para sufragar todos los gastos de los bienes y servicios comunes (los que, no está de más decirlo, se encontrarán en óptimas condiciones de funcionamiento).

Pero conforme pasan los años, el edificio se torna antiguo, a la vez que los diferentes propietarios de los departamentos o van vendiendo dichos departamentos a terceras personas, las mismas que —por lo general— son desconocidos por el resto de antiguos propietarios, o van muriendo y dejando herederos; y con ellos se deberá tratar en el futuro, a la vez que todos integrarán la junta de propietarios, máximo órgano de gobierno sobre las áreas y servicios comunes del inmueble.

No debemos olvidar tampoco que los propietarios de los departamentos no siempre serán personas que tengan un fácil trato y una educación ejemplar;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

menos aún aquéllos que se hagan propietarios con posterioridad, vale decir en el transcurso del tiempo.

Dentro de este orden de ideas, será frecuente observar serios problemas en el funcionamiento de la junta de propietarios de muchos edificios. Y estos problemas harán que en no pocas ocasiones, no pocos de ellos dejen de pagar, total o parcialmente, las cuotas que les corresponde para el mantenimiento del edificio, conllevando tal situación a que el resto de copropietarios de las áreas y servicios comunes se perjudiquen a raíz de dicho incumplimiento, teniendo que optar entre asumir a prorrata las porciones impagas, u observar cómo el edificio donde viven o trabajan se deteriora paso a paso.

Esta situación es más común de lo que muchos imaginan, y no solamente se presenta en zonas de medianos o escasos recursos económicos, sino también en aquéllas consideradas como residenciales o empresariales.

Pero si este régimen de copropiedad al que se accede de manera voluntaria tiene serias desventajas, ya podemos imaginar cuántas son aquéllas que se derivan de la copropiedad a la que se accede de manera involuntaria.

Esta segunda causa de copropiedad es la más frecuente y a ella se accede —por lo general— cuando fallece una persona y deja más de un heredero. En ese momento se genera un régimen de copropiedad referido a la integridad del patrimonio del causante (no circunscrito a ámbitos focalizados, como en el caso anterior). Aquí todos los herederos son copropietarios de todo el patrimonio dejado por el causante.

Ya podemos imaginar la infinidad de problemas que genera una situación de esta naturaleza, pues mientras dure el régimen de indivisión, todos los herederos tendrán que tomar decisiones respecto de la administración de los bienes cuya propiedad comparten (las mismas que deben adoptarse por mayoría absoluta), al igual que decidir en caso deseen enajenarlos a terceros (supuesto en el cual la decisión deberá ser adoptada por unanimidad).

Por otra parte, no olvidemos que en la gran mayoría de casos las relaciones entre los herederos de un causante no son todo lo fluidas que se deseara fueren, ya que resulta frecuente observar cómo en estos supuestos se acentúan las diferencias en los pareceres, a la par que se acrecientan las ambiciones patrimoniales de los herederos, cada uno de los cuales desea o se siente con mayores derechos que los otros. Y si a esto agregamos el ingrediente de que en muchos casos entre los herederos se cuentan hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sobran argumentos para pensar todo lo conflictiva que sería una situación como ésta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De una simple lectura de las normas que el Código Civil peruano de 1984 contiene acerca de la copropiedad, llegaríamos a la rápida conclusión de que este régimen es —tal vez— el más atentatorio contra un fluido tráfico comercial de los bienes en una sociedad, por lo que el Derecho debe buscar, por todos los medios a su alcance, eliminarlo a la brevedad posible.[31]

De todo lo antes expuesto ya el lector puede imaginar que no somos adversarios del derecho de retracto que la ley concede a los copropietarios en la venta a terceros de las porciones indivisas. Esto, porque en materia de propiedad estamos convencidos de que cuanto menor sea el número de personas que tengan que decidir sobre la administración y destino de un bien, ello será mejor, ya que de esta forma se evitarán los problemas de orden personal, social y económico que representa el régimen de copropiedad tanto para las partes (condóminos) como para el Estado y la sociedad en general.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

31 Los artículos del Código Civil a que hacemos referencia son los numerales 969 a 993.

Lesión en la partición

Artículo 990.- La lesión en la partición se rige por lo dispuesto en los artículos 1447 a 1456.

El artículo 990 establece que la lesión en la partición se rige por lo dispuesto en los artículos 1447 a 1456.

Estimamos que la norma citada constituye una demasía, en la medida en que resulta evidente que ello será así en cualquier supuesto contractual en el que se presente el vicio de lesión.

No es necesario, por tanto, subrayar el tema en cada una de las figuras típicas en las que resulta susceptible la presencia de la lesión.

ESTUDIO MARIO CASTELO FREYRE

Diferimiento o suspensión de la partición

Artículo 991.- Puede diferirse o suspenderse la partición por acuerdo unánime de los copropietarios. Si hubiese copropietarios incapaces, se requerirá autorización judicial, observándose las reglas previstas en el artículo 987.

El artículo 991 trata sobre el diferimiento o la suspensión de la partición (entendiéndose judicial o extrajudicial), siempre que hubiese acuerdo unánime de los copropietarios.

Esto nos parece normal y evidente, pues ante una partición en marcha, el acuerdo unánime de los condóminos podría diferirla o suspenderla.

Estimamos que por su obviedad, el artículo 991 resulta innecesario.

Por lo demás, entendemos que los términos «diferir» y «suspender» podrían significar lo mismo; o que diferir se entienda como que la partición se traslada a otra fecha ya acordada, en tanto que la suspensión pudiera dar a entender como el retrasar la partición en marcha, pero haber acordado o establecido una nueva fecha para su realización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo IV
Extinción de la copropiedad

Causales de extinción de la copropiedad

Artículo 992.- La copropiedad se extingue por:

1.- División y partición del bien común.

2.- Reunión de todas las cuotas partes en un solo propietario.

3.- Destrucción total o pérdida del bien.

4.- Enajenación del bien a un tercero.

5.- Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios.

El artículo 992 aborda las causales de extinción de la copropiedad. Las analizaremos en detalle:

a) División y partición del bien común

Esta primera causal es evidente. La división y partición del bien o de los bienes comunes determina que se constituya sobre los bienes que resulten de dicha división, una propiedad exclusiva de los excondóminos.

La división y partición del bien común es, en buena cuenta, la causal de extinción por excelencia de la copropiedad.

b) Reunión de todas las cuotas partes en un solo propietario

Si todos los condóminos acuerdan transferir a uno solo de ellos sus cuotas partes (alícuotas), entonces también se extinguirá el régimen de copropiedad.

Resulta claro que tales transferencias de alícuotas podrían provenir de un solo contrato común o de varios, de carácter gratuito u oneroso. Tal situación es irrelevante.

Lo importante es que sea un solo excopropietario el que haya concentrado la propiedad de las alícuotas de sus excondóminos. Ahí, claro está, se extingue la copropiedad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Destrucción total o pérdida del bien

La propiedad tanto como la copropiedad requieren de la existencia de un bien sobre el cual recaen. Sin bien, no existiría propiedad ni copropiedad; a lo más, existirían derechos de crédito, como aquéllos del comprador de un bien futuro.

El inciso 3 del artículo 992, bajo comentario, señala a la destrucción total o pérdida del bien. Pero debemos subrayar que ellos no son los únicos supuestos de pérdida del bien en materia de Derecho de Obligaciones, ya que la destrucción total o pérdida del bien están subsumidas en el supuesto de perecimiento del bien, primero de los dos supuestos contenidos en el artículo 1137 y uno de los cinco regulados por sus tres incisos.

Con ello no estamos criticando el inciso 3 del artículo 992, pues es correcto que sólo se comprenda estos supuestos, en la medida en que en los otros cuatro casos de pérdida del bien, contenidos en el artículo 1137 del Código Civil, no obstante extinguirse la obligación, el bien, aunque disminuido o de difícil acceso o ubicación, seguirá existiendo y, por tanto, seguirá teniendo copropietarios.

En este sentido, entendemos que cuando el artículo 992, en su inciso 3, hace referencia a la «pérdida del bien», lo está haciendo como sinónimo de destrucción y no como sinónimo de extravío; ello, en la medida de que los bienes extraviados siguen siendo de su dueño y ellos no se adquieren por quien los encuentre (argumento del artículo 948, *in fine* del Código Civil, antes comentado).

d) Enajenación del bien a un tercero

Si el bien se encontraba en situación de copropiedad y es enajenado en su integridad a un solo adquiriente, pues ahora este último se habrá convertido en propietario del bien y se habrá extinguido la copropiedad.

Si, en cambio, el bien se enajenara a favor de varios adquirientes, entonces no se habría extinguido sobre él la copropiedad. Ésta continuaría, sólo que con otros copropietarios como titulares y, de seguro, con otros porcentajes de titularidad.

e) Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios

Este supuesto no requiere explicación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo V
Pacto de indivisión

Plazo y efectos del pacto de indivisión

Artículo 993.- Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de cuatro años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente.

El pacto de indivisión que no consigne plazo se presume que es por cuatro años.

Para que produzca efecto contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el Registro correspondiente.

Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo.

El artículo 993 establece que los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo de cuatro años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente.

El pacto de indivisión, es obvio, tiene que ser convenido por todos los copropietarios. En caso contrario, si faltase aunque sea, uno de ellos, carecería de utilidad alguna.

La indivisión podrá pactarse por las más diversas razones, siendo —tal vez— la más difundida, aquella que se basa en razones de mantener funcionando un negocio en marcha o conservar una empresa bajo una dirección unificada.

Debemos subrayar que los pactos de indivisión no son frecuentes, en la medida de que cuando los coherederos acceden a tal condición y, a la par, a la de copropietarios, lo que ocurre es que cada uno desea acceder a la condición de propietario único de los bienes heredados, con lo cual, el pacto de indivisión, en la mayoría de los casos, resultaría absolutamente contradictorio con esas pretensiones.

Nos parece adecuado que el artículo 993 establezca un plazo máximo para la indivisión (cuatro años), el mismo que resulta razonable; siendo evidente,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y así lo establece también la norma, que el mismo se podría renovar cuantas veces deseen los copropietarios.

No nos parecería conveniente que el plazo máximo sea más extenso, o que se elimine el plazo máximo para que se convenga uno de cualquier duración, pues el Derecho no debe auspiciar la permanencia de la indivisión por resultar —por regla general— contraria a la economía y al comercio.

El artículo 993, en su segundo párrafo, agrega que el pacto de indivisión que no consigne plazo se presumirá que es por cuatro años.

Esta presunción es adecuada, pero naturalmente ella no regirá cuando de las circunstancias del caso pudiera deducirse algo distinto.

El tercer párrafo del artículo 993 establece que para que el pacto de indivisión produzca efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro correspondiente. Esta solución legal es de evidencia palmaria.

Y, finalmente, el cuarto y último párrafo del artículo 993 establece que si median circunstancias graves, el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo. Solución lógica, dado que podrían presentarse circunstancias que ameriten el cese de la indivisión, como sería, por ejemplo, que uno de los copropietarios tenga la imperiosa necesidad de vender su alícuota para cubrir gastos urgentes en la salud de un hijo. En casos como éste, correspondería recurrir al trámite judicial de levantamiento de la indivisión. Sin embargo, ello no resultaría necesario en caso los demás copropietarios hubiesen aceptado la solicitud extrajudicial del condómino en cuestión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo VI
Medianería

Presunción de medianería

Artículo 994.- Las paredes, cercos o zanjas situados entre dos predios se presumen comunes, mientras no se pruebe lo contrario.

Una pared, cerco o zanja se considera medianero, en la medida en que ocupa parte del terreno de un propietario y parte del terreno de otro propietario vecino.

Una pared, cerco o zanja no será medianera si está construido solamente en el terreno de un propietario, por más que limite con el terreno de otro propietario.

En ese sentido, la norma establecida por el artículo 994, en el sentido de que se presumen comunes, salvo que se pruebe lo contrario, lo único que hace es partir de una situación de incertidumbre, presumiéndolos comunes; situación que luego se podrá aclarar, ya sea ratificando su condición de medianero o estableciendo que la construcción se halla enteramente en uno de los inmuebles, lo que llevaría a descartar cualquier medianería.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obtención de medianería

Artículo 995.- Si la pared que separa los predios se ha levantado 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.

En tal caso, puede pedir la supresión de todo lo que sea incompatible con el derecho que le da la medianería.

Este artículo señala que si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del valor actual de la obra del suelo ocupado.

Se parte de la idea de que la medianería resulta útil. No obstante, estimamos que esta norma es atentatoria contra los derechos de quien construyó la pared, el cerco o zanja en su propio terreno.

No olvidemos que, como propietario, podría decidir en el futuro destruir esa edificación o darle un curso distinto, como podría ser en el caso de una zanja.

El hecho de facultar al vecino a que se haga propietario de la mitad del bien, adquiriendo la condición de bien medianero, no sólo violenta el derecho constitucional de propiedad (artículo 2, inciso 16[32]), sino que se trata de una forma inconstitucional de expropiación encubierta.

Decimos esto, en razón a que el artículo 70 de la Constitución Política de 1993, como ya lo hemos expresado, establece que:

> **Artículo 70**.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. 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. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

32 Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)
16. A la propiedad y a la herencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como se puede apreciar, el derecho de propiedad es inviolable y sólo se contempla a la expropiación como única vía de privación forzosa de la propiedad: «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».

Nótese que en el caso del artículo 995 del Código Civil se está facultando al dueño del predio vecino a forzar una venta parcial de su bien, pero no en favor del Estado, ni por medio de una ley expropiatoria habilitante, sino a sola decisión del vecino.

Nunca se ha efectuado un cuestionamiento de orden constitucional al artículo 995, pero su inconstitucionalidad nos parece obvia.

Como también es obvia la inconstitucionalidad de la consecuencia prevista por el segundo párrafo del artículo en cuestión, cuando indica que en tal caso, puede pedir la suspensión de todo lo que sea incompatible con el derecho que le daría la medianería adquirida de la manera prevista en el primer párrafo de la norma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Uso de pared medianera

Artículo 996.- Todo colindante puede colocar tirantes y vigas en la pared medianera, y servirse de ésta sin deteriorarla, pero no puede abrir en ella ventanas o claraboyas.

Esta norma se encarga de regular los usos permitidos y los usos prohibidos con respecto a las paredes medianeras.

Así, considera como usos permitidos el colocar tirantes y vigas en ellas. Estimamos que estas referencias han sido hechas meramente a título de ejemplo, pues podemos imaginar muchas otras más.

Lo propio podemos decir de los usos que se mencionan como prohibidos, a saber, abrir en la pared ventanas o claraboyas. En estos casos, es evidente que se estaría violando la privacidad del vecino y contraviniendo, por lo demás, el Reglamento Nacional de Edificaciones (como ya hemos señalado, antes, y durante mucho tiempo, Reglamento Nacional de Construcciones), Decreto Supremo n.° 011-2006-VIVIENDA.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Construcción de pared medianera

Artículo 997.- Cualquier colindante puede levantar la pared medianera, siendo de su cargo los gastos de la reparación y cualesquiera otros que exigiera la mayor altura.

El artículo 997 está referido a la construcción de la pared medianera, dado que no se puede edificar en parte de un terreno ajeno, pues violaría el derecho de propiedad del vecino, que —claro está— podría asignar a esa porción de terreno los usos que estime conveniente, entre ellos, alguno distinto al de ser pared medianera.

Consideramos que el artículo 997 se refiere a la posibilidad de elevar, aún más, la altura de la pared medianera existente.

En este caso, queda en evidencia que cualquiera de los propietarios colindantes podría elevar la altura de dicha pared. Así, se entiende que serán de cargo suyo los gastos de reparación y cualesquiera otros que exigiera la mayor altura; tal como establece la norma bajo estudio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cargas de la medianería

Artículo 998.- Los colindantes deben contribuir a prorrata para la conservación, reparación o reconstrucción de la pared medianera, a no ser que renuncien a la medianería, hagan o no uso de ella.

Este artículo señala que los colindantes deben contribuir a prorrata para la conservación, reparación o reconstrucción de la pared medianera.

La norma es clara, dado que la pared medianera pertenece, precisamente a los dos propietarios de los predios colindantes, a lo largo de todo el tramo en que tengan esa condición.

Ello significa que serán colindantes por un tramo idéntico en longitud, lo que significa que tendrán que asumir, en un 50% cada uno, los costos de conservación, reparación o reconstrucción de la pared medianera; lo que implica que ambos deberán tener al respecto una permanente política de colaboración y entendimiento en torno a los detalles que implique cada una de las labores señaladas por la propia norma.

La excepción es que renuncien a la medianería, hagan o no uso de ella. Esto significa que el renunciante cede al colindante la porción de terreno y pared medianeros.

Pero mucho cuidado con esto, pues estimamos que el vecino no podría ser obligado a comprar la porción de la medianería a valor actual, en caso el dueño del predio colindante desee renunciar a la condición de medianería en favor de su vecino.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Usufructo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Usufructo

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Noción de usufructo

Artículo 999.- El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno.

Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades.

El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018 a 1020.

El artículo 999 se encarga de establecer en qué consiste el usufructo. Así, señala que el mismo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno.

En otras palabras, el usufructo implica el desenvolvimiento de los atributos del derecho de propiedad, específicamente del uso y el disfrute del bien.

El uso implica que el usufructuario se aproveche del bien, sin que medie el aprovechamiento de sus frutos. Por ejemplo, usar un campo rural, pero no tener derecho a adquirir los frutos que produzcan los árboles que ahí se encuentren. Sería usufructo si ese tercero, no propietario, sí tuviese ese derecho.

En el caso de un inmueble urbano, se podría ceder su uso para que ese tercero no propietario, viva en el inmueble. Si se cediera el usufructo, ello implicaría que tendría derecho a los frutos que el mismo produzca, pudiéndolo arrendar, por citar un ejemplo.

El artículo 999 agrega que el usufructo es temporal. Ello es correcto, porque si no lo fuere y el usufructo fuese eterno, ya prácticamente no existiría línea divisoria entre el derecho de usufructo y el derecho de propiedad, salvo, naturalmente, la facultad de reivindicar el bien, que es inherente al propietario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero sobre la temporalidad del usufructo volveremos al analizar el artículo 1001.

El segundo párrafo del artículo 999 establece que pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades. Esto es lógico, en la medida de que el disfrute del bien pactado entre el propietario y el usufructuario no tiene por qué ser absoluto, es decir sobre todos los provechos y utilidades que genere el bien. Podría estar restringido a algunos de ellos, en la medida de que tal situación convenga al interés de los contratantes.

Un ejemplo sería el de constituir usufructo sobre un predio agrícola, sembrando tomates y espárragos, pero en el que sólo se autorice al usufructuario, el percibir los tomates y no los espárragos, los mismos que seguirán perteneciendo (recayendo en) a la esfera patrimonial del propietario.

El artículo 999 se encarga también de establecer que el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles. Esta especificación resulta necesaria, en la medida de que este derecho real debe recaer sobre bienes que generen frutos (sean de la naturaleza que fueren); y los bienes consumibles, es decir, aquellos que se consumen o deterioran notablemente con el primer uso que se haga de ellos; en razón a lo cual no podrían generar frutos (provechos renovables).

La excepción está dada por el cuasi usufructo, tal como se establece en el tercer párrafo del artículo 999, cuando se hace referencia a los artículos 1018 a 1020. Esta modalidad de usufructo recae sobre dinero (artículo 1018), o sobre créditos (artículo 1019). Pero sobre este tema volveremos más adelante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución del usufructo

Artículo 1000.- El usufructo se puede constituir por:

1.- Ley cuando expresamente lo determina.

2.- Contrato o acto jurídico unilateral.

3.- Testamento.

Esta norma trata acerca de las fuentes que dan origen al usufructo, es decir, a las fuentes que permiten su constitución.

La primera es el usufructo legal, es decir cuando la ley expresamente lo determina (inciso 1). La segunda está dada por los contratos (inciso 2).

Sin duda, los contratos son la mayor fuente generadora de derechos de usufructo; sobre esto no cabe duda.

Pero nótese que el inciso 2 del artículo 1000 del Código Civil también hace referencia al acto jurídico unilateral como fuente generadora del usufructo.

Podríamos imaginar el caso del testamento (acto jurídico unilateral por excelencia), pero el mismo está regulado de manera independiente por el inciso 3; así que nos referiremos al testamento con posterioridad.

Un acto jurídico unilateral puede bastar para constituir usufructo en favor de algún usufructuario (un tercero).

Pero si bien ese acto es válido, aún no será eficaz, en la medida de que resultará necesario que ese tercero acepte convertirse en beneficiario del usufructo (usufructuario) para que el mismo surta efectos. Ello, en la medida de que en el Derecho peruano los actos que estén destinados a beneficiar patrimonialmente a terceros, no surtirán efectos si es que no cuentan con la aprobación de ese tercero. Esta es la regla: la de no poder forzar a ese tercero a recibir una ventaja patrimonial sin su consentimiento.

En último lugar, el artículo 1000 del Código Civil hace referencia al usufructo testamentario (inciso 4).

Imaginamos el caso de un usufructo constituido por testamento. El testador dispone que, durante un período de años, un determinado bien de la futura

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

herencia, estaría afectado en usufructo a favor de un tercero (usufructuario). Es claro que en este caso el bien ya pertenecerá a los herederos del causante (ahora propietarios) desde que se haya producido su muerte, pero considerando la existencia del usufructo constituido por el testador, tales herederos tendrían que respetarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Plazo del usufructo

Artículo 1001.- El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

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

El artículo 1001 establece como regla general que el usufructo es temporal. En otras palabras, no puede ser para siempre. Ya lo hemos señalado. La razón es que si así fuese, el usufructo ya casi sería lo mismo que el derecho de propiedad.

Pero, ¿cuánto puede durar el usufructo?

El artículo 1001 prescribe algunos plazos máximos. Veamos:

a) Usufructo en favor de persona jurídica

El Código Civil establece que el usufructo en favor de persona jurídica no podría pactarse por un plazo mayor a treinta años y que cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

Entendemos que este plazo máximo obedece a que en materia de personas jurídicas y de eventuales negocios, los plazos del usufructo no deberán ser tan largos.

Nótese cómo el plazo máximo de arrendamiento entre particulares (negocio similar al derecho real de usufructo) es de diez años (artículo 1688, primer párrafo) y el plazo máximo del usufructo en favor de personas jurídicas es de treinta años. Este es el modelo que se ha venido empleando en el Perú para el desarrollo inmobiliario en materia de centros comerciales desde la apertura del mercado, a principios de los años noventa del siglo XX.

Es verdad que ha habido y hay críticas a que el Código Civil establezca un plazo máximo para el usufructo, pero ellas no han prosperado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Usufructo de inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas

En estos casos, el usufructo que constituye el Estado (propietario) en favor de estas personas naturales o jurídicas (usufructuarios), podría tener un plazo máximo de noventa y nueve años. La razón de la extensión considerable se basa en el interés del Estado en que estos bienes se puedan poner en valor por la acción de particulares que inviertan en ellos.

c) Los demás usufructos

Para los demás usufructos, el Código Civil no establece un plazo máximo, lo que significa que podrían establecerse por plazos extensos; como podría ser un usufructo vitalicio en favor del propietario, cuyo término de vida se pacte como fin del mismo.

Podría pensarse también en usufructos que duren cien años o más. Ellos no están prohibidos por el artículo 1001, pero la duración de los mismos podría resultar discutible, en la medida de que tales plazos ya pondrían en riesgo el carácter temporal del usufructo. Un usufructo de mil años, por ejemplo, creemos que no sería válido en el Derecho peruano, si es que alguien demandase judicialmente que se declare su nulidad.

Pero, más allá de los plazos establecidos en los literales a) y b) de nuestros comentarios a este artículo, podemos decir que el Código Civil no establece otros plazos máximos para el usufructo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Transferencia o gravamen del usufructo

Artículo 1002.- El usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa.

El artículo 1002 versa sobre la transferencia del usufructo.

Señala que, salvo el usufructo legal, el usufructo puede ser transferido a título oneroso o gratuito o ser gravado, respetándose su duración y siempre que no haya prohibición expresa.

Pero esta norma debe ser vista con cuidado, pues así como ella exceptúa al usufructo legal, también debe señalarse la excepción de todos aquellos usufructos que hubiesen sido constituidos, sea de modo contractual o unilateral, sea *inter vivos* o *mortis causa*, con carácter *intuitu personae*. Y nótese que son la mayoría de ellos. En estos supuestos, no sería fácil que el usufructuario trasmita a un tercero el usufructo, pues requeriría del asentimiento del propietario del bien o constituyente del usufructo, por razones obvias.

En ese orden de ideas, la norma del artículo 1002 sobre la transferencia del usufructo, podría constituir la excepción y la modalidad que exija contar con el asentimiento del propietario, bien podría ser la regla.

La transferencia del usufructo no es cosa menor. Es algo así como la cesión del arrendamiento o del subarrendamiento, para lo cual el Código Civil exige el asentimiento escrito del arrendador (artículo 1692).

Y es que en estos contratos (subarrendamiento, cesión del arrendamiento, cesión del usufructo y subusufructo) resulta fundamental que el propietario del bien en arrendamiento o en usufructo, confíe en las cualidades o condiciones personales de ese tercero que quiere entrar a formar parte de la relación contractual o quiere celebrar un subcontrato, sea con el arrendatario o con el propietario del bien.

Por ello, no estamos de acuerdo con el contenido del artículo 1002 del Código Civil. Creemos que el mismo debió seguir la misma línea que traza el artículo 1692 para el subarrendamiento y la cesión del arrendamiento.

El artículo 1002 señala que la regla es la posibilidad de que se transfiera o grave el usufructo, salvo que haya prohibición expresa. Esa debería ser la regla y no la excepción. Creemos que ello debería ser así, dado el carácter *intuitu personae* del usufructo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Expropiación del bien en usufructo

Artículo 1003.- En caso de expropiación del bien objeto del usufructo, éste recaerá sobre el valor de la expropiación.

En primer lugar, debemos decir que la sumilla consignada por el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, es errónea, pues se consigna "Usufructo del bien expropiado", cuando en realidad el artículo 1003 trata acerca de la expropiación del bien en usufructo; razón por la cual habría que hacer la corrección respectiva.

El artículo 1003 se coloca en el supuesto en que exista un bien sobre el que se haya constituido derecho de usufructo y que, luego, el bien sea objeto de una expropiación. Establece que, en este caso, el usufructo recaerá sobre el valor objeto de la expropiación.

Es necesario señalar que el procedimiento expropiatorio comienza con la ley del Congreso de la República que autorice la expropiación, pero luego se sigue todo un procedimiento regulado por la Ley n.° 27117 y complementado por la Ley n.° 30025, que concluye con el pago del justiprecio.

A efectos del artículo 1007, será importante apreciar el momento en el cual el bien deja de ser propiedad de la persona a quien se expropia.

Esto, pues es a partir del momento en que se le hubiere pagado el justiprecio —y no desde el momento en que el bien ya no es de su propiedad— que se constituirá por ficción de la ley un cuasiusufructo, regulado por los artículos 1018 y siguientes del propio Código.

Ahora bien, nosotros creemos que el momento en que habría que aplicar el artículo 1003 sería aquel en el cual no es que sólo se haya pagado el justiprecio, sino que además el bien ya no sea de propiedad del expropiado. Será recién ahí cuando haya necesidad de aplicar esta ficción, pues el bien habrá pasado a la propiedad del Estado (agente beneficiario de la expropiación, por naturaleza).

En lo personal, no estamos de acuerdo con lo establecido por al artículo 1003. Decimos esto, pues el expropietario ya se vio afectado por la expropiación y ahora, además, se verá perjudicado con la constitución de un cuasiusufructo sobre el justiprecio ya pagado. De ordinario, el expropiado decidirá dar un destino determinado a esos fondos, lo que no se prohíbe en este caso, pero —de alguna manera— será mediatizado por lo que establece la norma bajo comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Usufructo legal sobre productos

Artículo 1004.- Cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

Este artículo se refiere al usufructo legal, que es aquél que corresponde a los padres sobre los bienes de propiedad de sus hijos, que ellos administran (artículo 423, inciso 7, del Código Civil).

Por estos casos, la ley (artículo 1004) se coloca en el supuesto en el cual el usufructo legal recaiga sobre los productos a que se refiere el artículo 894, es decir, sobre los provechos no renovables que se extraen del bien.

La solución legal (artículo 1004) es que los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Régimen de los efectos del usufructo

Artículo 1005.- Los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, no estando previstos en éste, por las disposiciones del presente Título.

Las normas que regulan el usufructo son fundamentalmente dispositivas (no imperativas). Así lo hace el artículo 1005 del Código Civil, cuando señala que los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, no estando previstos en éste, por las disposiciones del presente Título.

Y esto es lógico, en la medida de que serán las partes las que, con mejor criterio, delineen los alcances del usufructo que tengan a bien constituir.

No obstante, siempre es importante que el ordenamiento jurídico establezca una regulación supletoria al respecto, en razón de cubrir aspectos sobre los que no se lleguen a pronunciar los contratantes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Deberes y derechos del usufructuario

Inventario y tasación de bienes por el usufructuario

Artículo 1006.- Al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario.

Lo primero que establece el artículo 1006, a título de regla sobre la materia, es que, al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles.

Pensamos que la norma parte del entendido de que se haya constituido usufructo sobre un inmueble y el mismo comprenda los bienes muebles que se hallan en su interior. En ese caso, los bienes mobiliarios podrían constituir bienes de mediano o gran valor, incluso mayor que el del propio inmueble dado en usufructo. Imaginemos el caso de un inmueble dado en usufructo, que contenga muy valiosos cuadros de pintores famosos. En este caso emblemático, se aprecia cómo resultaría de gran relevancia el hacer inventario y tasación de todos los bienes muebles.

La ley confía esta labor al usufructuario; y deberá hacerlo al momento en que entre en posesión del inmueble que los contiene (valor entendido del artículo 1006).

El artículo 1006 establece una excepción a la obligatoriedad de facción de inventario; y es el caso en el cual el usufructuario hubiese sido expresamente eximido de esa obligación (se entiende, por el propietario); pero ello no bastaría, pues ese propietario no debería tener heredero forzoso. Esto, dado que la exoneración de la facción de inventario podría estar perjudicando los potenciales derechos de ese eventual futuro heredero del propietario. Entendemos plenamente el sentido del precepto.

El requisito del inventario y de la tasación se ve reforzado en caso se trate de un usufructo legal o de uno de naturaleza testamentaria, en cuyo caso la tasación y el inventario serán judiciales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación del usufructuario de prestar garantía

Artículo 1007.- El usufructuario está obligado a prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez, cuando éste encuentre que puede peligrar el derecho del propietario.

En principio, sabemos que el usufructuario contrae con respecto al propietario una obligación de dar, en este caso, restituir el bien.

El artículo 1007 tiene por objeto contemplar aquella situación en la cual esa obligación de restituir el bien con respecto al propietario, corra algún peligro.

Para estos supuestos, la ley (artículo 1007) establece que el usufructuario estaría obligado a prestar la garantía que ordene el juez.

Habrá otros casos en los cuales no exista peligro de restitución, pero el propietario y el usufructuario hayan establecido contractualmente la obligación de constituir garantía para preservar el cumplimiento de la obligación de restitución del bien, lo que incluye restituirlo en las condiciones (estado de conservación) en que se encontraba el bien al momento de la constitución del derecho real de usufructo (argumento de los artículos 1132, 1134 y 1141[33] del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

33 Artículo 1132.- El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.
Artículo 1134.- La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega. El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.
Artículo 1141.- Los gastos de conservación son de cargo del propietario desde que se contrae la obligación hasta que se produce la entrega. Si quien incurre en ellos no es la persona a quien correspondía efectuarlos, el propietario debe reintegrarle lo gastado, más sus intereses.

Explotación del bien

Artículo 1008.- El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada.

El artículo 1362 del Código Civil establece que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Es evidente, entonces, que cuando nos encontramos frente a un usufructo constituido por contrato, esta regla resulta aplicable al caso; pero también lo será —*mutatis mutandis*— para todos los demás usufructos, vale decir, los constituidos por ley, por voluntad unilateral *inter vivos* y por testamento. La buena fe se aplica a todos los ámbitos, no sólo de la contratación, sino de las relaciones jurídicas y el Derecho en general.

El artículo 1008, cuando indica que el usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada, lo que está haciendo es resaltar que se debe hacer del bien un uso relativo a la finalidad normal a la que están destinados bienes similares (en defecto de pacto contractual al respecto), a la par que no abusiva, vale decir, con la intensidad o grado también habituales al caso.

Eso sería muy importante para la preservación del principio de identidad en la restitución del bien que, llegado el momento, deba hacer el usufructuario al propietario.

Lo relativo a la finalidad del bien se inspira en lo prescrito por el artículo 1486 del Código Civil, norma de obligaciones de saneamiento, que establece que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

No se puede devolver un bien con mayor deterioro que aquel que imponga un uso normal del bien. Si el deterioro fuese mayor, el usufructuario deberá repararlo para entregarlo al propietario en las mismas condiciones en que lo recibió.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de modificar el bien usufructuado

Artículo 1009.- El usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.

El artículo 1009 establece que el usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.

Esta norma también tiene que ver con el principio de identidad del pago, habida cuenta de que el bien se devolverá en el mismo estado en que se recibió, sin más desgaste que el derivado de su uso normal.

De ahí que la norma establezca que no deberá hacerse modificaciones sustanciales en el bien. Pero entiéndase que si se hiciera modificaciones de otra intensidad (accesorias, por ejemplo), igualmente el bien deberá ser reparado a efectos de que se devuelva al propietario en las mismas características con que fue recibido al constituirse el usufructo.

En lo que respecta al uso, cuando el artículo 1009 alude a que el usufructuario no deberá hacer variación de su uso, se está refiriendo a que no se le debe destinar a una finalidad distinta de la normal o de la que hubiese sido convenida por las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación del usufructuario de pagar tributos, rentas y pensiones

Artículo 1010.- El usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes.

El artículo 1010 establece que el usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes.

Veamos:

a) Pago de tributos

Entendemos que el precepto debe ser interpretado en absoluta concordancia con las normas tributarias. En ese sentido, el propietario del bien al comienzo del ejercicio fiscal es quien deberá pagar el impuesto predial, en tanto los arbitrios corresponderán al propietario del bien; ello, independientemente de si en la relación contractual se hubiere pactado algo distinto.

b) Pago de rentas vitalicias

Podría ocurrir que el propietario haya constituido con anterioridad al usufructo, alguna o varias rentas vitalicias sobre el inmueble ahora dado en usufructo. En este caso, corresponderá al usufructuario efectuar el pago de dichas rentas vitalicias, lo que hará detrayendo parte de la renta que debe pagar al propietario, si fuese un usufructo a título oneroso; o, simplemente, pagándolas completas, si se tratase de un usufructo a título gratuito.

Naturalmente las rentas vitalicias, sólo serán oponibles al usufructuario si hubiesen sido puestas en su conocimiento por el propietario o si ellas constasen en Registros Públicos.

c) Pensiones de alimentos

Aplicamos a este acápite lo indicado en el literal c).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de subrogación del usufructuario

Artículo 1011.- Si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que ésta devenga, se subroga en el crédito pagado.

El artículo 1011 establece que si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que ésta devenga, se subroga en el crédito pagado.

Si se tratase de un bien hipotecado con anterioridad a la constitución del usufructo, el usufructuario no tendría mucho interés en pagar la deuda del propietario, pues si este último deja de pagar y se ejecuta el bien, pues lo que ocurrirá será que quien lo adquiera en propiedad deberá respetar el plazo de duración del usufructo, en la medida, naturalmente, de que el mismo estuviese inscrito en Registros Públicos.

Si el usufructo hubiese sido constituido con posterioridad a la constitución de la hipoteca, la situación del propietario sería distinta, habida cuenta de que si se ejecutara la hipoteca, el adquiriente no deberá respetar el plazo de duración del usufructo. Ahí, entonces, el usufructuario podría tener interés en pagar las cuotas impagas del propietario (deudor hipotecario).

Se trataría de un tercero que paga con legítimo interés, la deuda de un tercero y que si no pagase podría sufrir consecuencias patrimoniales negativas. Sería aplicable al caso lo dispuesto por el artículo 1260, inciso 2, en el sentido de que la subrogación opera de pleno derecho (subrogación legal) en favor, de quien por tener legítimo interés cumple la obligación.

Es decir que el usufructuario se subrogaría en el lugar del acreedor por tanto pague a ese acreedor (todo o parte) la deuda hipotecaria, que el propietario (deudor hipotecario) debe a su acreedor.

Dada la existencia de las normas generales sobre pago con subrogación, estimamos que resulta necesario el artículo 1011.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Desgaste del bien por disfrute ordinario

Artículo 1012.- El usufructuario no responde del desgaste por el disfrute ordinario.

El artículo 1012 del Código Civil establece que el usufructuario no responde por el desgaste ordinario del bien. Ya nos hemos pronunciado sobre el particular. En buena cuenta, ese desgaste ordinario se considera dentro de los márgenes propios del principio de identidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligación de reparar el bien usufructuado

Artículo 1013.- El usufructuario está obligado a efectuar las reparaciones ordinarias y, si por su culpa se necesitan obras extraordinarias, debe hacerlas a su costo.

El artículo 1013 del Código Civil se refiere a las reparaciones ordinarias y a las obras extraordinarias que se deben realizar en el bien mientras dure el usufructo.

Así, la norma señala que el usufructuario está obligado a hacer todas las reparaciones ordinarias. Nótese que a este respecto, nunca será el propietario quien tenga que realizarlas. Ello es lógico, en razón a que tales reparaciones se derivan del uso normal que el usufructuario hace del bien.

En lo relativo a obras extraordinarias, el artículo 1013 hace una distinción en lo que respecta a aquellas que deban ser realizadas por culpa del usufructuario, caso en el cual será el mismo quien asuma su pago.

A pesar de que la norma no lo dice, resulta lógico que las reparaciones consistentes en obras extraordinarias que obedezcan a la vetustez del bien o a culpa del propietario, deberían ser asumidas, en lo que a su costo se refiere, por el propietario. Esta solución reviste plena lógica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reparaciones ordinarias

Artículo 1014.- Se consideran reparaciones ordinarias las que exijan los desperfectos que procedan del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación.

El propietario puede exigir judicialmente la ejecución de las reparaciones. El pedido se tramita como incidente.

El artículo 1014 establece que se consideran reparaciones ordinarias las que exijan los desperfectos que procedan del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación.

Vemos cómo el concepto de reparaciones ordinarias consignado en el primer párrafo del artículo 1014 coincide con el concepto de mejoras necesarias, que son aquellas introducidas en el bien por el propietario no poseedor. Pero la diferencia es que, en el caso de las mejoras necesarias, ellas deben ser reembolsadas en su valor por el propietario no poseedor, en favor del poseedor no propietario. En cambio, cuando hablamos de las reparaciones ordinarias en el caso del usufructo, ellas deben ser realizadas, pero a la vez costeadas por el usufructuario, sin derecho a reembolso por parte del propietario.

En caso el usufructuario no realizase las referidas reparaciones ordinarias en el bien, el propietario podría exigir judicialmente su ejecución, tramitándose el proceso como incidente.

Y esto es así, por cuanto al propietario le interesa de manera primordial que el bien sea reparado, precisamente para que el bien se mantenga en el estado en que lo entregó al momento de la constitución del usufructo. Ello, para que cuando le sea devuelto se preserve el principio de identidad del pago.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria de las normas sobre mejoras

Artículo 1015.- Las reglas sobre mejoras necesarias, útiles y de recreo establecidas para la posesión se aplican al usufructo.

Si bien es cierto el artículo 1015 establece que las reglas sobre mejoras necesarias, útiles y de recreo establecidas para la posesión se aplican al usufructo, queda en evidencia que habrá una zona de conflicto entre las mejoras necesarias (por definición, reembolsables al propietario) y las reparaciones ordinarias del bien dado en usufructo, las mismas que no gozan del derecho de reembolso y deben ser efectuadas por el usufructuario.

Ello, salvo que interpretáramos la primera parte del artículo 1013, en el sentido de que el usufructuario está obligado a efectuar las reparaciones ordinarias, pero entendiéramos que la ley no se pronuncia sobre quién debe asumir su costo y que sólo lo hace respecto de las obras extraordinarias, cuyo costo corresponderá al usufructuario, en caso ellas obedezcan a culpa suya.

Tema debatible, por cierto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propiedad de frutos pendientes

Artículo 1016.- Pertenecen al usufructuario los frutos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término.

El artículo 1016 establece que pertenecen al usufructuario los frutos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término.

Se trata de una norma de gran contenido práctico, pues el bien estará en posesión del usufructuario al momento en que los referidos frutos estén pendientes de obtención, con lo cual será lógico que los coseche y haga suyos el usufructuario.

Y, lo mismo, con los frutos que se encuentren pendientes de obtención al momento en que el usufructuario ya hubiese devuelto el bien al propietario. En estos casos, tales frutos corresponderán al propietario, que será quien los coseche.

Para finalizar, debemos decir que entendemos por frutos mixtos a aquellos que comparten rasgos característicos de dos clases de frutos. Podrían ser, por ejemplo los frutos de una plantación. Ellos son resultado de plantas o árboles sembrados por los hombres, pero que tienen un proceso evolutivo natural. De ahí que se puedan considerar con la naturaleza de «mixtos».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Oposición del propietario por infracciones del usufructuario

Artículo 1017.- El propietario puede oponerse a todo acto del usufructuario que importe una infracción de los artículos 1008 y 1009 y pedir al juez que regule el uso o explotación. El pedido se tramita como incidente.

El artículo 1017 del Código Civil establece que el propietario puede oponerse a todo acto del usufructuario que importe una infracción de los artículos 1008 y 1009 y pedir al juez que regule el uso o explotación; tramitándose el pedido como incidente.

Como se recuerda, el artículo 1008 establece que el usufructuario debe explotar el bien en la forma normal o acostumbrada; en tanto que el artículo 1009 señala que el usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.

En verdad, creemos que el artículo 1017 no resulta necesario, salvo en lo que respecta a la vía procedimental, lo que bien pudo solucionarse en el propio texto de los artículos 1008 y 1009; ello, en tanto quien goza de un derecho, también goza de los remedios procesales pertinentes para hacer valer ese derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Tercero
Cuasiusufructo

Usufructo de dinero

Artículo 1018.- El usufructo de dinero sólo da derecho a percibir la renta.

El artículo 1018 es la primera de las normas en regular el cuasiusufructo, que es aquel que recae sobre dinero o valores. Este precepto se refiere, concretamente, al usufructo de dinero y establece que el mismo sólo da derecho a percibir la renta.

Entendemos por renta a los intereses que pueda generar dicha suma de dinero. Ello, en virtud de la relación jurídica que se hubiese establecido al respecto.

Además, tratándose de un usufructo, estamos hablando de frutos y siendo una suma de dinero, resultará evidente que el dinero sólo podría generar frutos de la misma especie del capital generador, es decir, en dinero; ello, naturalmente, en la moneda de que se trate.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Usufructo de un crédito

Artículo 1019.- El usufructuario de un crédito tiene las acciones para el cobro de la renta y debe ejercitar las acciones necesarias para que el crédito no se extinga.

El artículo 1019, establece que el usufructuario de un crédito tiene las acciones para el cobro de la renta y debe ejercitar las acciones para que el crédito no se extinga.

El cuasiusufructo también puede recaer sobre un crédito, vale decir, sobre una obligación aún no pagada, pero que es una deuda que genera intereses. En caso la misma no generase intereses, carecería de objeto el cuasiusufructo, pues se entiende que el mismo no comprende el derecho a cobrar el crédito y hacer suyo lo cobrado, pues estaríamos ante una cesión de créditos y no ante un cuasiusufructo.

En ese orden de ideas, el artículo 1019 establece que el usufructuario de un crédito tiene las acciones para el cobro de la renta (intereses).

Asimismo, el artículo 1019 establece al usufructuario un deber de diligencia, habida cuenta de que él es quien viene usufructuando el crédito, vale decir que él tiene sobre el crédito una posesión inmediata (siendo el propietario el poseedor mediato del crédito).

Entonces, deberá tomar las precauciones del caso para que el crédito no se extinga. Esto podría ir de la mano con lo dispuesto por el artículo 1233, norma que establece que la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Pero deberíamos preguntarnos si el usufructuario no sólo deberá tener cuidado en evitar la extinción de la obligación, sino además deberá evitar la prescripción del crédito.

Pensamos que no. Creemos que este deber de diligencia corresponde al acreedor de la obligación, quien no ha hecho cesión del crédito, razón por la cual, al seguir siendo titular del mismo, le corresponde el derecho de exigir su pago, conforme a las reglas generales y, así, evitar la prescripción de la obligación.

No obstante, el texto del artículo 1020, que comentaremos en un instante, parece sugerir lo contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cobro de capital

Artículo 1020.- Si el usufructuario cobra el capital, debe hacerlo conjuntamente con el propietario y en este caso el usufructo recaerá sobre el dinero cobrado.

El artículo 1020 del Código Civil establece que si el usufructuario cobra el capital, debe hacerlo conjuntamente con el propietario y en este caso el usufructo recaerá sobre el dinero cobrado.

Esto significa que el Código Civil de 1984 entendería que el usufructuario de un crédito está facultado para cobrar el propio crédito, a pesar de no haber celebrado una cesión de créditos. Hemos expresado nuestro parecer contrario, al comentar el artículo 1019 precedente. Ello implica, entonces, que el usufructuario también tendrá el deber de diligencia para evitar que el crédito prescriba.

El artículo 1020 señala que si el usufructuario cobra el capital, deberá hacerlo conjuntamente con el propietario y en este caso el usufructo recaería sobre el dinero cobrado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Cuarto
Extinción y modificación del usufructo

Causales de extinción del usufructo

Artículo 1021.- El usufructo se extingue por:

1.- Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo.

2.- Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.

3.- Consolidación.

4.- Muerte o renuncia del usufructuario.

5.- Destrucción o pérdida total del bien.

6.- Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción.

El artículo 1021 se encarga de regular las causales de extinción del usufructo. Las analizaremos en detalle:

a) Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 (inciso 1)

Como se recuerda, el artículo 1001 establece que el usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste.

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

Remitimos al lector a nuestro análisis de la referida norma.

b) Cumplimiento del plazo establecido en el acto constitutivo (inciso 2)

En la mayoría de los casos las partes pactan plazos para el usufructo que constituyen. Si esos plazos fuesen menores que los establecidos como

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

plazos máximos en los supuestos del artículo 1001, regirán los plazos pactados.

Si fuesen mayores a tales plazos, se aplicarán los límites establecidos en el artículo 1001.

Si no hubiese plazo máximo para el supuesto pactado de usufructo (ver nuestros comentarios al artículo 1001), pues regirá el plazo convenido por las partes.

c) Prescripción resultante de no uso del derecho durante cinco años (inciso 2)

Esta causal de prescripción es una de prescripción extintiva, lo que supone la pérdida del derecho para el usufructuario.

En otras palabras, transcurrido este plazo, el propietario volverá a concentrar en él los cuatro atributos del derecho de propiedad sobre el bien, vale decir que recuperará los atributos de uso y disfrute que había cedido al usufructuario, en virtud del usufructo.

La ley no establece un trámite para que se declare dicha prescripción. Entendemos entonces que sería un tema meramente de hechos. No obstante, como es de suponer, el propietario puede no tener el bien en su poder, con lo cual se tendría que seguir, de todas maneras, un proceso declarativo de prescripción ante el Poder Judicial.

d) Consolidación (inciso 3)

La consolidación es estudiada generalmente como un medio extintivo de obligaciones (artículos 1300 y 1301 del Código Civil), en virtud del cual se reúnen en una misma persona las calidades contradictorias de acreedor y deudor.

Pero la consolidación también puede presentarse en el ámbito de los derechos reales, cuando se reúnen en una misma persona todos los atributos del derecho de propiedad, que antes se encontraban dispersos en dos o más sujetos.

Así, se extingue el usufructo en caso el propietario recupere el uso y el disfrute del bien; o en caso el usufructuario adquiera la propiedad del bien materia de usufructo. En cualquiera de estos casos se producirá la consolidación de los atributos de la propiedad en una sola persona y, en tal virtud, se extinguirá el derecho de usufructo. Resulta evidente que el mismo no podrá seguir existiendo en cualquiera de estos supuestos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) Muerte del usufructuario (inciso 4)

Dado que el usufructo tiene carácter *intuitu personae*, cuando se produzca la muerte del usufructuario, el mismo no se transmite a los herederos del usufructuario. El inciso 4 del artículo 1021 del Código Civil, dispone que en este caso se produce la extinción del usufructo.

Nótese que la solución es distinta en el caso del contrato de arrendamiento, pues, como dispone el primer párrafo del artículo 1710, si dos o más herederos del arrendatario usan el bien, y la mitad o el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirlo, continúa el contrato para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros.

f) Renuncia del usufructuario (inciso 4)

Usualmente la renuncia unilateral no basta para que surta efectos con respecto a un acto celebrado de manera bilateral. Esto, porque así resultaría muy fácil desobligarse.

Sorprende, entonces, que el inciso 4 del artículo 1021 del Código Civil establezca como causal de extinción del usufructo a la renuncia del usufructuario; pero así es.

Pero entendemos que si bien la renuncia extinguirá el usufructo, no libraría al usufructuario renunciante de tener que responder frente al propietario, del pago de las cantidades de dinero pendientes de pago, si fuese el caso y, naturalmente, de los daños y perjuicios que le cause esta renuncia unilateral.

g) Destrucción o pérdida total del bien (inciso 5)

Al igual que comentamos al analizar el artículo 992 del Código Civil, en el inciso 5 del artículo 1021 se están utilizando los términos «destrucción» y «pérdida» como sinónimos. Ellos serían equivalentes al «perecimiento» del inciso 1 del artículo 1137 del Código Civil en el Libro de Derecho de las Obligaciones.

Resulta evidente que si el bien se destruye o pierde en su totalidad, no podría seguir existiendo el derecho de usufructo, pues el mismo existe sobre un bien, no sobre una fracción, independientemente de que se trate de un bien corporal o de uno incorporal.

h) Abuso que el usufructuario haga de su derecho (inciso 6)

El abuso a que se refiere este supuesto, se debe manifestar en cualquiera de estas modalidades:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

h.1) Enajenando los bienes

Si el usufructuario enajenase los bienes sujetos a usufructo, estaría vendiendo bienes ajenos (artículo 1539 del Código Civil); también podría incurrir en delito de estelionato (artículo 197, inciso 4, del Código Penal).

h.2) Deterioro de los bienes

Se entiende que se trata de un deterioro mayor que el derivado del uso normal del bien.

En este caso, asistirá al propietario todo el derecho para evitar que los bienes sigan siendo deteriorados y así se le terminen entregando bienes diferentes a aquéllos que él entregó en usufructo, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 1132 del Código Civil.

h.3) Dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias

Resulta evidente que el descuido en el mantenimiento de los bienes objeto del usufructo, podría terminar conduciendo a su destrucción total o perecimiento. El propietario goza de las acciones para evitarlo.

En todos los supuestos contemplados en el inciso 6 del artículo 1021, será necesario que el juez declare la extinción del usufructo. Cuando en la parte final del inciso 6 se hace referencia a este tema, entendemos que se está haciendo alusión a todo el contenido del inciso 6 y no sólo al último de los supuestos en él contemplados (literal h.3 de nuestros comentarios).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

USUFRUCTO A FAVOR DE VARIAS PERSONAS

Artículo 1022.- El usufructo constituido en favor de varias personas en forma sucesiva se extingue a la muerte de la última.

Si el usufructo fuera constituido en favor de varias personas en forma conjunta, la muerte de alguna de éstas determinará que las demás acrezcan su derecho. Este usufructo también se extingue con la muerte de la última persona.

El artículo 1022 aborda el usufructo sucesorio y el usufructo conjunto.

Veamos.

a) Usufructo sucesorio

El primer párrafo del artículo 1022 señala que el usufructo constituido en favor de varias personas en forma sucesiva se extingue a la muerte de la última.

El caso no ofrece problemas para ser entendido, en la medida de que es totalmente factible constituir usufructo en cabeza de varias personas de manera sucesiva, como si es que se estableciera en favor de tres generaciones, comenzando por el abuelo. Es claro que, muerto el abuelo, pasaría en favor del padre o madre y, muerto el padre o la madre, pasaría en favor del nieto o de la nieta, con cuyo fallecimiento se extinguiría el usufructo.

b) Usufructo conjunto

El segundo párrafo del artículo 1022 establece que si el usufructo fuera constituido en favor de varias personas, en forma conjunta, la muerte de alguna de éstas determinará que las demás acrezcan su derecho.

En principio, se trataría de una obligación indivisible y mancomunada, la que contraen los usufructuarios de manera conjunta con el propietario.

Como se recuerda, la muerte del usufructuario extingue el usufructo, vale decir, que éste no se transmite a sus herederos. De ahí que si muriese uno de los usufructuarios conjuntos, su relación jurídica con el propietario se extinguiría y los demás cousufructuarios acrecerían su participación en el usufructo. Si eran tres, por partes iguales, los dos que sobrevivan pasarían del 33.3% cada uno, al 50% cada uno.

El artículo 1022 concluye señalando que el usufructo conjunto (al igual que el sucesivo) también se extingue con la muerte de la última persona.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Destrucción del bien usufructuado

Artículo 1023.- Si la destrucción del bien ocurre por dolo o culpa de un tercero, el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño.

Si se destruye el bien dado en usufructo, estando asegurado por el constituyente o el usufructuario, el usufructo se transfiere a la indemnización pagada por el asegurador.

El artículo 1023 se refiere a la destrucción del bien sobre el que se ha constituido el usufructo.

Así, en su primer párrafo establece que si la destrucción ocurre por dolo o por culpa de un tercero (se entiende, de alguien distinto al usufructuario y al propietario), el usufructo se transfiere a la indemnización debida por el responsable del daño.

Sería el caso en el cual el bien objeto de usufructo, por ejemplo, un automóvil, se destruya por dolo o culpa de un tercero que, por ejemplo, lo incendie. En este caso ya no habría automóvil sobre el que recaiga el usufructo, pero si es que el expropietario del bien recibiese una indemnización pagada por ese tercero o por una compañía de seguros, entonces, el usufructo se trasladará sobre esa indemnización.

Disentimos de la solución legal. Por lo demás, podría ocurrir que ni el tercero causante del daño, ni la compañía de seguros paguen oportunamente, caso en el cual podrían mediar algunos meses o incluso años para que se restituya el usufructo, tal vez en un contexto en el que carezca de interés para el usufructuario, para el propietario o para ambas partes, lo que crearía inseguridad jurídica acerca de la eventual reaparición o renovación del usufructo ya extinguido con la pérdida del bien.

Pensamos que lo lógico sería suponer extinguido el usufructo con la destrucción del bien y, si las partes, luego de pagar la indemnización, desean constituir uno nuevo sobre tal indemnización (cuasiusufructo), pues se trataría de un nuevo (distinto) usufructo y no de la continuación del anterior.

El segundo párrafo del artículo 1023 señala que si se destruye el bien dado en usufructo, estando asegurado por el constituyente o el usufructuario, el usufructo se transfiere a la indemnización pagada por el asegurador.

No vamos a detenernos en el análisis de este extremo de la norma, pues resultaría innecesario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DESTRUCCIÓN O PÉRDIDA PARCIAL DEL BIEN USUFRUCTUADO

Artículo 1024.- Si el bien sujeto al usufructo se destruye o pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto.

Esta norma se refiere a la destrucción o pérdida del bien usufructuado. Señala que si el bien sujeto al usufructo se destruye o pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto.

La solución de esta norma es lógica, pero debemos aclarar que ella parte del valor entendido de que el bien se destruye o pierde en parte sin culpa ni del usufructuario ni del propietario.

Pero esta solución no es coherente con la del artículo 1023, en la medida de que por la indemnización parcial recibida habría un usufructo constituido sobre ella.

Si la pérdida total del bien se produjese por culpa del usufructuario, la solución debería ser la del 1023; en tanto que si la destrucción o pérdida se hubiese producido por culpa del usufructuario, el usufructo debería seguir recayendo sobre la parte subsistente del bien y sobre el dinero recibido como indemnización.

Pero no estimamos que esta solución sería justa. Creemos que la ley debería dar al propietario la facultad entre dejar sin efecto el usufructo o constituirlo en esos términos; todo ello, naturalmente, además de la indemnización de daños y perjuicios que fuera el caso reclamar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

USUFRUCTO SOBRE FUNDO O EDIFICIO

Artículo 1025.- Si el usufructo se establece sobre un fundo del cual forma parte un edificio que llega a destruirse por vetustez o accidente, el usufructuario tiene derecho a gozar del suelo y de los materiales.

Pero si el usufructo se encuentra establecido solamente sobre un edificio que llega a destruirse, el usufructuario no tiene derecho al suelo ni a los materiales, ni al edificio que el propietario reconstruya a su costa.

El artículo 1025 versa sobre el usufructo sobre fundo o edificio.

Señala que si el usufructo se establece sobre un fundo del cual forma parte un edificio que llega a destruirse por vetustez o accidente, el usufructuario tiene derecho a gozar del suelo y de los materiales.

Entendemos que el Código Civil limita esta solución, en la medida de que aquello que ha sido dado en usufructo, es todo el fundo. Así, la destrucción de un edificio que se encuentre ubicado en ese fundo, en nada perjudicará la subsistencia del usufructo sobre el suelo y los materiales que formaban parte del edificio, con los cuales, se presume, algo podría construir.

El caso contemplado en el segundo párrafo es distinto. En él se señala que si el usufructo se encuentra establecido, solamente, sobre un edificio que llega a destruirse, el usufructuario no tiene derecho al suelo ni a los materiales, ni al edificio que el propietario reconstruya a su costo.

La solución es evidente, pues a diferencia del primer supuesto, aquí el bien objeto del usufructo, se habría destruido, porque representaba el 100% del objeto del usufructo. De ahí que una eventual reconstrucción será irrelevante con respecto a la definitiva extinción del usufructo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Uso y habitación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Uso y habitación

Régimen legal del derecho de uso

Artículo 1026.- El derecho de usar o de servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del Título anterior, en cuanto sean aplicables.

El uso es el derecho real que se constituye sobre un bien no consumible (distinto a una vivienda), que permite usar de él.

La habitación es el derecho real que se constituye sobre una vivienda, que permite servirse de ella.

Refiere el artículo 1026 que el derecho de usar o servirse de un bien no consumible se rige por las disposiciones del Título del usufructo, en cuanto le sean aplicables. Esto significa que los derechos de uso y habitación, como no tienen normas propias (artículos 1026 a 1029), se regirán por los preceptos del usufructo en cuanto sean aplicables.

Aquí resulta necesario efectuar la salvedad en el sentido de que los derechos de uso y habitación no se extienden al disfrute del bien, hecho que marca una sustancial diferencia con respecto al derecho de usufructo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de habitación

Artículo 1027.- Cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

Este precepto señala que cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada, se estima constituido el derecho de habitación.

Nótese cómo el derecho de habitación se restringe únicamente a las viviendas y no a cualquier inmueble destinado a cualquier uso.

El mismo, conforme a lo establecido por el artículo 1027, puede constituirse sobre parte de una vivienda (cualquiera que ella fuera, casa, departamento, cuarto, etc.) o sobre toda ella. Lo importante es la finalidad por la que se constituye este derecho real.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión de los derechos de uso y habitación

Artículo 1028.- Los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

Esta norma señala que los derechos de uso y habitación se extienden a la familia del usuario, salvo disposición distinta.

El precepto bajo comentario parte de la lógica de que quien va a vivir en la casa habitación no necesariamente es sólo el titular del derecho de habitación. Decimos esto, pues podría darse el caso en que sea así, cuando el titular del derecho no tenga familiares que vivan consigo.

Pero como en la mayoría de casos ocurrirá lo contrario, la ley tiene que partir de lo más común, que es precisamente que tenga una familia que viva consigo.

A nuestro entender, no sería necesario especificar en el título constitutivo del derecho real de habitación, cuántas personas forman el núcleo familiar del titular del derecho de habitación. Ahora bien, si se tratara de un número muy apreciable de familiares (por ejemplo: doce hijos, una esposa, una madre, un padre y cuatro miembros del personal de servicio), la cosa cambiaría, pues se trataría de un número muy grande de personas cuyo uso habitual del inmueble podría ocasionarle daños considerables.

Ahí, quien pretende hacerse superficiario del bien, debería poner esa situación en conocimiento del propietario, a efectos de que éste considere si está de acuerdo con ese número de personas y el previsible intenso uso que se hará de su casa habitación. No olvidemos que los contratos deben negociarse de buena fe (argumento del artículo 1362 del Código Civil).

Para terminar, debemos decir que el artículo 1028 del Código Civil es una norma dispositiva, con respecto a la cual cabe pacto distinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter personal de los derechos de uso y habitación

Artículo 1029.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

A diferencia del usufructo (artículo 1002), los derechos de uso y habitación, no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

No nos ocuparemos de la consolidación, pues ya tratamos acerca de ella al estudiar, en nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, el inciso 3 del artículo 1021 del Código Civil.

Entendemos que la norma (el artículo 1029) prohíbe cualquier acto jurídico sobre el uso y la habitación, dado el carácter personalísimo de estos derechos reales. No obstante, el usufructo también lo es y no recibe similar tratamiento al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título V
Superficie

Estudio Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título V
Superficie

Superficie. Noción y plazo

Artículo 1030.- Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Este derecho no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

El derecho de superficie es otro derecho real, e implica la desmembración de algunos atributos de la propiedad.

En virtud del artículo 1030 se establece que por el derecho de superficie, el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.

Un derecho de superficie sobre la superficie del suelo, sería cuando el propietario de un terreno cediese a otro la superficie del mismo para que edifique un centro comercial que sea de propiedad del superficiario, lo explote libremente durante un largo período de tiempo, culminado el cual el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido, reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

Así como el derecho de usufructo ha sido muy útil en el desarrollo de proyectos inmobiliarios en el Perú, también lo ha sido el derecho de superficie. Abundan los ejemplos en los últimos treinta años.

Es claro que en la mayoría de los casos el contrato por el que se constituye el derecho de superficie establecería que el superficiario deberá pagar una renta periódica al propietario del terreno.

Un ejemplo de derecho superficie constituido bajo la superficie del suelo, sería cuando se ceda ésta para la construcción y explotación de una playa de estacionamiento subterránea, como varias que se han construido en Lima en los últimos años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es evidente que el propietario del suelo también podría pactar, simultáneamente, derechos de superficie, sobre y bajo el propio suelo.

El artículo 1030 establece que el derecho de superficie no puede durar más de noventa y nueve años; y que, a su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido, reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

Como podemos apreciar, el plazo máximo que la ley establece para el derecho de superficie es bastante extenso. Ello, en razón a las cuantiosas inversiones que deberá realizar el superficiario en un rubro de negocio como éste, que plantea, por consiguiente, plazos largos para poder recuperar ese capital invertido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución y transmisibilidad

Artículo 1031.- El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es trasmisible, salvo prohibición expresa.

En el SPIJ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se consigna como sumilla de esta norma "Constitución o transmisibilidad". Ella debería corregirse, pues el artículo aborda tanto la constitución como la transmisibilidad.

En primer término, el artículo 1031 aborda las modalidades para constituir el derecho de superficie.

Así, tenemos a los actos *inter vivos*, como es el caso de los contratos, a través de los cuales, por excelencia se constituyen derechos de superficie.

En segundo lugar, tenemos a los testamentos o actos *mortis causa*. En estos casos, naturalmente, para que surta efectos el derecho de superficie, se requerirá el asentimiento del beneficiario o eventual superficiario.

El artículo 1031 establece también que el derecho de superficie es transmisible, salvo prohibición expresa.

Debemos considerar que el derecho de superficie también es de naturaleza *intuitu personae*. Resulta evidente que el propietario del suelo lo celebra teniendo especial consideración sobre las cualidades personales, profesionales o comerciales del superficiario.

Es verdad que la construcción pertenecerá al superficiario por todo el plazo que dure el usufructo; pero no es menos cierto que el propietario del suelo tiene un contrato, muy probablemente de prestaciones recíprocas, celebrado con el superficiario. Y ya sabemos que para la cesión de posición contractual se requiere el asentimiento de la parte cedida (la que permanece en la relación contractual), además, naturalmente, de aquella que cede su lugar (cedente) y de la que ingresa a dicha relación contractual en su reemplazo (cesionario), tal como se deduce del artículo 1435 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión del derecho de superficie

Artículo 1032.- El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización.

Según establece el artículo 1032 del Código Civil, el derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización.

La lógica de esta norma es innegable, pues en todos los casos, las áreas donde se va a construir requieren de otras áreas que sirvan de vías de acceso o de jardines, etc. Lo importante es que ellas constituyan accesorios de la principal (el área o superficie donde se va a construir).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pervivencia del derecho de superficie

Artículo 1033.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido.

El artículo 1033 establece que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido.

La lógica de la norma se basa en que la constitución del derecho de superficie otorga propiedad al superficiario por el tiempo o plazo pactado. Ello implica que el superficiario que destruya lo construido, bien podría volver a levantar otro edificio.

No obstante, muchos contratos a través de los cuales se constituye derecho de superficie, establecen lo contrario, señalando que si el superficiario destruye lo construido, se extingue el derecho de superficie. Ello, en la medida de que lo más probable es que el contrato contemple los detalles y características del bien que se edificará sobre o bajo la superficie. Y esto es lógico, pues al finalizar el contrato, el propietario podrá adquirirlo, reembolsando su valor.

Estos contratos, generalmente de muy apreciable importancia patrimonial, son en extremo precisos, a fin de evitar contingencias fruto de imprevistos. De ahí que —sin duda— se regularía la posibilidad o no de que el superficiario destruya lo construido y vuelva a construir, sea permitiendo, sea prohibiendo esta posibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción del derecho de superficie

Artículo 1034.- La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero.

El artículo 1034 establece que la extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de terceros.

Esta consecuencia es lógica, en tanto y en cuanto la causal de extinción del derecho de superficie se haya establecido en la ley o en el contrato; y, en este mismo último caso, conste en Registros Públicos; además —claro está— de que haya sido correctamente invocada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VI
Servidumbres

Estudio Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
SERVIDUMBRES

SERVIDUMBRE LEGAL Y CONVENCIONAL

Artículo 1035.- La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de alguno de sus derechos.

El artículo 1035, más allá de esbozar un concepto de servidumbre, se encarga de señalar cuáles son sus clases.

Veamos.

a) Concepto

En primer término, la servidumbre consiste en el derecho real por el cual se impone gravámenes sobre un predio (predio sirviente) en beneficio de otro (predio dominante), que den derecho a practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de éste el ejercicio de algunos de sus derechos.

b) Clasificación

b.1) De acuerdo a su origen

b.1.1) Legales

Cuando nace en virtud del mandato de una norma legal.

b.1.2) Convencionales

Cuando nace en virtud de un contrato celebrado entre el propietario del predio sirviente y el propietario del predio dominante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b.2) De acuerdo a su naturaleza

b.2.1) Positivas

Son positivas aquellas servidumbres que otorgan derechos al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente. Por ejemplo, una servidumbre de paso de un predio mediterráneo (predio dominante) sobre otro predio colindante que tiene acceso a una carretera (predio sirviente).

b.2.2) Negativas

Son negativas las servidumbres que impiden al dueño del predio sirviente el ejercicio de alguno de sus derechos. Es el caso de la servidumbre de vista que se constituye sobre las casas de veraneo que se encuentran cerca la playa, cuyos propietarios están impedidos de construir más allá de una determinada altura, para permitir a los propietarios de los predios dominantes (las casas de playa que se hallan ubicadas en la segunda o tercera fila) que tengan la vista requerida con respecto a la playa o al mar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Características de las servidumbres

Artículo 1036.- Las servidumbres son inseparables de ambos predios. Sólo pueden trasmitirse con ellos y subsisten cualquiera sea su propietario.

El artículo 1036 establece que las servidumbres son inseparables de ambos predios; que sólo pueden transmitirse con ellos, subsistiendo cualquiera sea su propietario.

Se trata de una característica peculiar de las servidumbres, las mismas que —como se aprecia— atan el destino del predio dominante con el predio sirviente.

Las servidumbres no se explican sin la indispensable interacción de ambos predios. En razón de esto es que el artículo 1036 establece que las servidumbres sólo pueden transmitirse con los predios correspondientes, no por separado (por más que se trate de un derecho real). Si así fuese, se perdería la interacción entre ambos predios y la necesaria función de utilidad de la propia servidumbre.

Por lo demás, las servidumbres subsistirán cualquiera sea el propietario del predio dominante y cualquiera sea el propietario del predio sirviente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Perpetuidad de la servidumbre

Artículo 1037.- Las servidumbres son perpetuas, salvo disposición legal o pacto contrario.

El artículo 1037 se encarga de abordar la temporalidad de las servidumbres.

En buena cuenta, se trata de otro criterio clasificatorio de las mismas, que las divide en:

a) Perpetuas

Generalmente se tratará de aquellas servidumbres establecidas por la propia ley y que deberán existir para siempre.

b) Temporales

Se tratará de aquellas servidumbres nacidas de la ley o pacto de las partes y en las que se haya establecido una duración temporal de las mismas, a cuyo término final se extinguirá la servidumbre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indivisibilidad de la servidumbre

Artículo 1038.- Las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente.

Esta norma se encarga de establecer el carácter indivisible de la servidumbre.

En otras palabras, por más de que se subdividan el predio dominante y/o el predio sirviente, en favor de una multiplicidad de propietarios, ello no determinará el fraccionamiento de la servidumbre. De esta manera, todos los propietarios del predio sirviente estarán indivisiblemente obligados con respecto a todos los propietarios del predio dominante. Así lo establece el artículo 1038. Pero, en este estado de cosas, cabría preguntarse si se trata o no de una obligación de carácter indivisible (artículos 1175 a 1181).

Creemos que no es una obligación indivisible, en la medida de que a cualquiera de los eventuales futuros propietarios del predio sirviente no se les podría exigir el cumplimiento de la totalidad de la servidumbre, sino sólo de la parte correspondiente a su terreno. Imaginemos el caso de una servidumbre de paso. Aquí, cada propietario debería permitir el paso por la porción de terreno que le pertenece, en favor de los propietarios del predio sirviente. No se les podrá exigir que otorguen facilidades de acceso por porciones de terreno que no son suyas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

División del predio dominante

Artículo 1039.- Si el predio dominante se divide, la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesiten, pero sin exceder el gravamen del predio sirviente.

El artículo 1039 establece que si el predio dominante se divide, la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesiten.

Esta solución no sólo es justa sino ineludible.

Además, la norma señala que no debería excederse el gravamen del predio sirviente. Esto también es evidente, pues aquello que en la servidumbre beneficia al predio dominante, perjudicará al predio sirviente, en idéntica medida. Esa relación de igualdad matemática de la servidumbre, en lo que respecta a ambos predios, es definitiva.

Como resulta evidente, aquí tampoco estaremos ante una obligación indivisible. La lógica es la misma que comentamos con ocasión de nuestro análisis del artículo 1038.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Servidumbres aparentes

Artículo 1040.- Sólo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua durante cinco años con justo título y buena fe o durante diez años sin estos requisitos.

Son aparentes las servidumbres que mediante signos externos revelan de modo permanente el uso que se hace de ellas.

Hemos dicho que las servidumbres pueden nacer de la ley o del contrato, pero en algunos casos nacerán de la fuerza de la costumbre. Esto determinará que sin que la servidumbre haya nacido de fuente legal o convencional, es decir sin que su existencia resulte indispensable para el Derecho, los propietarios de los predios continuos se hayan venido comportando de manera como si existiese una servidumbre, de paso, por citar el ejemplo más recurrido.

Si el propietario del predio sirviente y el del predio dominante se hubiesen comportado pública y reiteradamente como si existiese esa servidumbre, en estos casos la servidumbre se podría adquirir por prescripción, a través de la posesión continua (se entiende, de la servidumbre) durante cinco años, con justo título y buena fe, o durante diez años, sin estos requisitos.

Con justo título y buena fe, sería si el propietario del predio sirviente hubiese permitido el paso del propietario del predio dominante con pleno asentimiento.

Sin justo título y mala fe, sería si no lo hubiese consentido el propietario del predio sirviente, pero ni siquiera lo hubiese advertido. Aquí, es evidente que no habría justo título (pues no hay autorización del dueño del predio sirviente) y existiría mala fe, en la medida de que tal servidumbre carecería de base legal o contractual.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE POR EL USUFRUCTUARIO

Artículo 1041.- El usufructuario puede constituir servidumbres por el plazo del usufructo, con conocimiento del propietario.

El artículo 1041 establece que el usufructuario puede constituir servidumbres por el plazo del usufructo, con conocimiento de propietario.

Esta norma permite la constitución de servidumbres por parte del usufructuario del bien. Esto es lógico, pues será quien use y disfrute del bien por un cierto lapso. Naturalmente, dichas servidumbres tendrán como límite temporal el de la duración del usufructo, pues no podrían comprometer al propietario del bien cuando éste recupere el uso y disfrute del mismo.

A pesar de no decirlo, es valor entendido en el artículo 1041, que se está refiriendo a la posibilidad de que las servidumbres que constituya el usufructuario tengan al predio en cuestión como predio sirviente o predio dominante. En ambos casos, tales servidumbres deberán ser constituidas con conocimiento del propietario. Entendemos que no se exige su autorización porque, al fin y al cabo, no le serán oponibles cuando recupere el uso y disfrute del bien dado en usufructo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Servidumbre de predio sujeto a copropiedad

Artículo 1042.- El predio sujeto a copropiedad sólo puede ser gravado con servidumbres si prestan su asentimiento todos los copropietarios. Si hubiere copropietarios incapaces, se requerirá autorización judicial, observándose las reglas del artículo 987 en cuanto sean aplicables.

El copropietario puede adquirir servidumbres en beneficio del predio común, aunque lo ignoren los demás copropietarios.

El artículo 1042 trata acerca de los requisitos que se necesita para gravar con servidumbre un predio en situación de copropiedad.

Esta norma considera que la constitución de servidumbre es un acto de disposición y no un acto de mera administración del bien. En ese sentido, el artículo 1042 exige el asentimiento unánime de todos los copropietarios. Exige, además, que, si hubiere copropietarios incapaces, se requiere de autorización judicial, observándose las reglas del ya comentado artículo 987, en cuanto sean aplicables. Como se recuerda, este artículo establece que si alguno de los copropietarios es una persona contemplada en los artículos 43 o 44 del Código Civil o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial.

En cambio, el segundo párrafo del artículo 1042 establece que el propietario puede adquirir servidumbres en beneficio del predio común, aunque lo ignoren los demás copropietarios.

La lógica del artículo 1042 es exigir unanimidad de los copropietarios para la constitución de servidumbres en calidad de predio sirviente; pero la constitución de servidumbres en calidad de predio dominante podría hacerse de manera unilateral por cualquier copropietario. Total, ellas sólo beneficiarán a los demás condóminos del predio común.

Se trata de similar lógica de la que sigue el Código Civil de 1984 en materia de obligaciones indivisibles y/o solidarias (artículos 1193, 1194, 1197, 1198 y 1199).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión y condiciones de la servidumbre

Artículo 1043.- La extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este Código.

Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre.

El artículo 1043 trata acerca de la extensión y condiciones de la servidumbre.

Ellas se regirán por lo establecido en su título constitutivo (ley, contrato o acto unilateral). La normativa del Código Civil se aplicará únicamente de manera supletoria.

En lo que respecta a la interpretación acerca de los alcances de la servidumbre, el segundo párrafo del artículo 1043 establece que toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, se interprete en el sentido menos gravoso para el predio sirviente. Aquí se está siguiendo el principio *favor debitoris*, que el Código Civil de 1984 recoge, al igual que el principio contrario, *favor creditoris*, para una serie de supuestos. Además, agrega que esta interpretación no deberá imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre. Sin duda, un límite al criterio interpretativo adoptado, que tiende a evitar excesos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

OBRAS PARA EJERCICIO DE SERVIDUMBRE

Artículo 1044.- A falta de disposición legal o pacto en contrario, el propietario del predio dominante hará a su costo las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre, en el tiempo y forma que sean de menor incomodidad para el propietario del predio sirviente.

El artículo 1044 regula el tema de las obras que se requieran para el ejercicio de la servidumbre. Señala que, a falta de disposición legal o pacto en contrario, es el propietario del predio dominante quien hará, a su costo, las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre.

Esta solución de legislador de 1984 reviste plena lógica, en la medida de que es él, precisamente, el interesado en que se pueda ejercer a plenitud la servidumbre sobre el predio sirviente. El propietario de este último predio no tendrá interés alguno en el ejercicio de la servidumbre, la misma que, más bien, perjudica el pleno ejercicio del derecho de propiedad del predio sirviente por parte de su dueño.

Ahora bien, la norma legal (el artículo 1044) se encarga de precisar que las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre deberán hacerse en el tiempo y en la forma que sean de menor incomodidad para el propietario del predio sirviente.

Esta regla es correcta, en la medida de que ya, de por sí, la servidumbre constituye una carga que va a padecer el propietario del predio sirviente. Si a eso le agregamos que va a tener que soportar las obras de acondicionamiento de la servidumbre, entonces la carga resultará más gravosa.

Además, no olvidemos que esas obras de acondicionamiento, lo más probable, es que no sólo se van a realizar en una oportunidad.

Esto, pues los materiales sufren deterioro con el paso de los años.

Como no podría ser de otra manera, el artículo 1044, bajo comentario, no establece límites al respecto. Los mismos estarían enmarcados por la realidad de cada servidumbre.

Es evidente, también, que en cada acondicionamiento de la servidumbre, el dueño del predio dominante deberá seguir la regla de la parte final del artículo 1044, en el sentido de que el tiempo y forma de esas obras sean de la menor incomodidad para el propietario del predio sirviente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Conservación de la servidumbre

Artículo 1045.- La servidumbre se conserva por el uso de una persona extraña, si lo hace en consideración al predio dominante.

El artículo 1045 establece que la servidumbre se conserva por el uso de una persona extraña, si lo hace en consideración al predio dominante.

El artículo 1050, que veremos más adelante, señala que las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años.

Ello podría dar entender que se trataría del no uso por parte del propietario del predio dominante.

A tal efecto, el artículo 1045 establece que la servidumbre se conserva por el uso de una persona extraña (se entiende ajena al propietario del predio dominante o su entorno familiar que habite con él), con el requisito de que lo haga en consideración al predio dominante. Esto implica que podría tratarse de cualquier persona que haga uso de la servidumbre —por ejemplo, una de paso— pero para favorecer al predio dominante o a sus propietarios, en estricto. Por ejemplo, un médico que vaya a atender a la familia, un proveedor de alimentos, etc.

En estos casos, la servidumbre se conservará y no correrá el riesgo de extinguirse por falta de uso (artículo 1050).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de aumentar el gravamen

Artículo 1046.- El propietario del predio dominante no puede aumentar el gravamen del predio sirviente por hecho o acto propio.

La servidumbre debe comprender solamente lo necesario para que el predio dominante se vea beneficiado con aquello que requiere de manera indispensable del predio sirviente (el paso, por ejemplo).

La servidumbre, entonces, ya es un sacrificio que debe soportar el propietario del predio sirviente, sea convencional y, peor aún, si fuera legal.

Teniendo esto en consideración, queda en evidencia que el propietario del predio dominante, por hecho o acto propio, no puede aumentar el gravamen del predio sirviente.

Si eso se produjera, entraríamos en el terreno del abuso del derecho, es decir, de los actos ilícitos. Y, como todos sabemos, el abuso del derecho está prohibido por la ley.

Así lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, cuando indica que: «La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de impedir el uso de la servidumbre

Artículo 1047.- El propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre. Si por razón de lugar o modo la servidumbre le es incómoda, podrá ser variada si no perjudica su uso.

Así como el artículo 1046 evita que el propietario del predio sirviente abuse del propietario del predio dominante, el artículo 1047 se encarga de impedir lo contrario, es decir, que el propietario del predio sirviente abuse del propietario del predio dominante.

En ese sentido, el artículo 1047 indica que el propietario del predio sirviente no puede impedir el ejercicio o menoscabar el uso de la servidumbre.

El impedimento del uso implicaría que no se permita al propietario del predio dominante hacer uso de la servidumbre. El menoscabo de la servidumbre no implica que no se permita su uso, sino que el mismo no sea pleno, como debería ser, de acuerdo al contrato, a la ley o a cualquier otro acto constitutivo de la servidumbre.

El artículo 1047 agrega que si por razón del lugar o modo la servidumbre le es incómoda, podría ser variada si no perjudica su uso.

Estas variaciones se podrían producir a solicitud del propietario del predio sirviente y deberá probar: i) que la forma de uso actual le viene perjudicando; ii) que exista otra modalidad en que se podría ejercer la servidumbre y que ella le resultaría menos perjudicial u onerosa; iii) que el propietario del predio dominante no se perjudicaría de modo importante con esa variación en el modo de ejercer la servidumbre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

SERVIDUMBRE SOBRE BIEN PROPIO

Artículo 1048.- El propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro.

El artículo 1048 establece que el propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro.

Usualmente, pensamos que el predio dominante y el predio sirviente pertenecen a personas distintas. Ello, por razones obvias, pues en una primera impresión qué sentido tendría el que se constituya servidumbre sobre predios de propiedad de una misma persona.

Pero en realidad, sí tendría sentido, sobre todo cuando el propietario común de ambos predios vaya a ceder (en virtud de cualquier contrato que sirva para ese fin) el uso de uno de los predios a otra persona, conservando la posesión del otro. También tendría sentido cuando el propietario de los predios decida celebrar dos contratos con dos personas distintas, contratos a través de los cuales, cada una de esas personas entrará en posesión de uno de los predios. En estos casos la constitución de servidumbre resultaría necesaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción por destrucción total

Artículo 1049.- Las servidumbres se extinguen por destrucción total, voluntaria o involuntaria, de cualquiera de los edificios, dominante o sirviente, sin mengua de las relativas al suelo. Pero reviven por la reedificación, siempre que pueda hacerse uso de ellas.

El artículo 1049 contempla los supuestos de extinción de las servidumbres por destrucción de los edificios.

El citado precepto establece que las servidumbres se extinguen por: destrucción total de cualquiera de los edificios, dominante o sirviente. Se entiende que esta extinción de la servidumbre se producirá en la medida de que la servidumbre se haya constituido, precisamente, a través de los edificios destruidos.

Naturalmente que si la servidumbre no se limitara a los edificios, sino al suelo o terreno, la servidumbre no se extinguiría, subsistiendo, en la medida que respecta a ese suelo o terreno.

La norma (artículo 1049) señala también que en caso se vuelvan a edificar los edificios, se restablecerán las servidumbres extinguidas. Sin embargo, debemos subrayar que tal restablecimiento se producirá, única y exclusivamente, si tales nuevos edificios pueden cumplir la finalidad de los anteriores (los derruidos), como predio sirviente y predio dominante. Caso contrario, carecería de sentido hablar del restablecimiento de la servidumbre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extinción por falta de uso

Artículo 1050.- Las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años.

La falta de uso por un período de cinco años produce la extinción de las servidumbres.

Independientemente de lo señalado sobre el particular cuando analizamos el artículo 1045, es importante indicar que el Derecho busca que las servidumbres tengan un uso efectivo, pues de lo contrario carecería de sentido el mantenimiento en el tiempo de este derecho el que, al menos en teoría (si no hubiese uso efectivo de la servidumbre), estaría ocasionando limitaciones en un predio en favor de otro, perjudicando, incluso el valor de este último.

En ese sentido, la falta de uso de la servidumbre por el período de cinco años extinguiría la servidumbre. Se trata, obviamente, de una prescripción extintiva de derechos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Servidumbre legal de paso

Artículo 1051.- La servidumbre legal de paso se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a los caminos públicos.

Esta servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio.

El ejemplo por excelencia de servidumbre legal es el de la servidumbre legal de paso. En ese sentido, el artículo 1051 señala que esta servidumbre se establece en beneficio de los predios que no tengan salida a caminos públicos.

Nótese cómo un predio sirviente puede tener servidumbre en favor de más de un predio dominante. Así, también, si ello fuese necesario, un predio dominante podría ser servido por varios predios sirvientes (como ocurriría, por ejemplo, en caso las áreas de acceso o camino de cada predio sirviente no fuesen lo suficientemente anchas como para servir —por sí solas— al predio predominante.

El segundo párrafo del artículo 1051 establece que esta servidumbre cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio.

Esta solución reviste plena lógica, en la medida de que en ambos casos la servidumbre ya no tendría razón para seguir existiendo; pues, si así fuere, existiría causando un perjuicio inútil al propietario del predio sirviente, cuando el propietario del predio dominante ya ha solucionado por sí solo, el problema que originó el surgimiento de la servidumbre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Onerosidad de la servidumbre legal de paso

Artículo 1052.- La servidumbre del artículo 1051 es onerosa. Al valorizársela, deberán tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultaren al propietario del predio sirviente.

Las servidumbres legales son onerosas. El ejemplo lo tenemos con la servidumbre de paso; ello, en la medida de que el artículo 1052, bajo comentario, le asigna este carácter.

La norma señala que al valorizársela, deberían tenerse también en cuenta los daños y perjuicios que resultasen al propietario del predio sirviente.

Pero no se precisa que la valorización sólo va a consistir en esos daños y perjuicios. La servidumbre, fundamentalmente, debe ser valorizada en sí misma. Esto significa que se tendría que hacer una valoración acerca de cuánto costaría en el mercado una prestación de paso de similar carácter. Esa será fundamentalmente la valorización de la servidumbre. A ella se agregará los daños y perjuicios que haya que resarcir, suma que se pagaría a título de indemnización, pero que no constituiría el valor de la propia prestación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SERVIDUMBRE DE PASO GRATUITO

Artículo 1053.- El que adquiere un predio enclavado en otro del enajenante adquiere gratuitamente el derecho al paso.

La servidumbre legal de paso es onerosa, en tanto y en cuanto ninguno de los predios haya estado enclavado al interior del otro, en situación de mediterraneidad, y haya sido adquirido en tal situación.

En este caso de excepción, la servidumbre sería gratuita, dado que el artículo 1053 establece que el que adquiere un predio enclavado en otro del enajenante, adquiere gratuitamente el derecho de paso.

Esta gratuidad se entiende la medida de que es evidente para el Derecho que el precio pactado en la compraventa o las condiciones de la donación misma (por citar dos ejemplos usuales) contemplan, sin necesidad de que se diga algo más, por obvio, el paso por el predio sirviente, de propiedad del enajenante. Esto resulta de evidencia para el Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

AMPLITUD DEL CAMINO EN EL DERECHO DE PASO

Artículo 1054.- La amplitud del camino se fijará según las circunstancias.

Siguiendo con la servidumbre de paso, el artículo 1054 establece que la amplitud del camino se fijará según las circunstancias.

Esta norma resulta, en buena cuenta, innecesaria, dado que la amplitud del camino se entenderá acorde a las actividades que se realicen en el predio dominante, lo que podría llevar a que la amplitud de ese camino varíe desde el ancho para que transiten personas, hasta automóviles, volquetes, camiones, equipo de construcción, etc.

Esto sería muy relativo e, incluso, podría variar temporalmente, pues no siempre se desarrollarán en el predio dominante idénticas actividades.

Es claro, también, que, si se tratase de una servidumbre de paso de carácter oneroso, la contraprestación variará de acuerdo a la amplitud del camino requerido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Cuarta
Derechos reales de garantía

Estudio Mario Castillo Freyre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
PRENDA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Prenda

Este Título, que comprendía cuatro capítulos, y los artículos 1055 a 1090, fue derogado por la sexta disposición final de la Ley n.° 28677, publicada el 1 de marzo de 2006 y que entró en vigencia a los noventa días de la publicación de la citada ley.

Se trataba de la primera Ley de la Garantía Mobiliaria, que pretendió sustituir a la prenda por otra garantía, con el nombre indicado. En razón de la derogatoria de las normas sobre prenda en Derechos Reales, no vamos a comentarlas. Sólo diremos que, al no estar prohibida, la prenda ha quedado como una garantía atípica y de gran presencia en nuestro país. Remitimos al lector a nuestros libros sobre la referida garantía mobiliaria.[34]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

34 Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria*. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2006; y Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria* (segunda edición). Instituto Pacífico. Lima, 2017.

Título II
Anticresis

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
ANTICRESIS

DEFINICIÓN DE ANTICRESIS

Artículo 1091.- Por la anticresis se entrega un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

El artículo 1091 se encarga de regular el concepto de la anticresis.

La anticresis es un derecho real de garantía, consistente en la entrega de un inmueble en garantía de una deuda, concediendo al acreedor el derecho de explotarlo y percibir sus frutos.

Resulta evidente que la anticresis es inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que le otorga la seguridad jurídica para que ella pueda ser oponible a terceros.

Siempre hemos creído que la anticresis constituye una garantía idónea para cubrir el cumplimiento de una obligación. Al fin y al cabo, el inmueble (de propiedad del deudor o de un tercero que acepte constituir la garantía en favor del deudor) estará en poder del acreedor, quien tendría derecho a explotarlo y percibir sus frutos.

No obstante, este derecho real de garantía no es de uso frecuente en Lima y en la costa peruana. Fundamentalmente se emplea en las ciudades de la sierra, como es el caso de Arequipa, Cusco y otras.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Formalidades

Artículo 1092.- El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte.

La anticresis es un derecho real que se constituirá a través de una formalidad, pues el artículo 1092 del Código Civil establece que el mismo se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, lo que lo hace, incluso, uno de formalidad solemne. Así, sin escritura pública no existiría anticresis.

Además, son requisitos de la escritura pública, que en ella: i) se exprese la renta del inmueble; y ii) el interés que se pacta.

El pactar renta e intereses resulta muy importante, en la medida de que ello se va a relacionar con la manera como se paga la deuda al acreedor garantizado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IMPUTACIÓN DE LA RENTA DEL INMUEBLE

Artículo 1093.- La renta del inmueble se aplica al pago de los intereses y gastos, y el saldo al capital.

Este artículo trata acerca de la imputación del pago de la renta en el caso de la anticresis.

Se entiende que la renta que se pacta por el inmueble, es una que se devengará en detrimento del propietario del inmueble y en favor del acreedor anticrético. Esa renta, apenas se devengue, se considerará como un pago que hace el deudor (propietario del bien) en favor del acreedor anticrético, y la misma se irá aplicando al pago de los intereses y gastos de la obligación, y el saldo —si lo hubiere— al capital.

De este modo, el acreedor anticrético, al aprovecharse del bien dado en garantía, está viendo satisfecho su crédito.

Se entenderá, también, que cualquier otro ingreso que perciba el acreedor anticrético por efectos del uso y explotación del inmueble, servirá para ir pagando paulatinamente la obligación que tiene para con él el deudor anticrético.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obligaciones del acreedor anticrético

Artículo 1094.- Las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta.

El artículo 1094 establece que las obligaciones del acreedor son las mismas del arrendatario, excepto la de pagar la renta.

A este respecto, recomiendo al lector la consulta de otra obra de mi autoría.[35]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

35 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo II, pp. 267 a 288.

Retención del inmueble por otra deuda

Artículo 1095.- El acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho.

Conforme al artículo 1123, que estudiaremos más adelante, por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

El artículo 1095, propio de la anticresis, establece que el acreedor no puede retener el inmueble por otra deuda, si no se le concedió este derecho.

En principio, el 1095 resultaría innecesario, en la medida de que cualquier deuda que no tenga relación con la garantía anticrética estaría excluida del derecho de retención, en virtud de la parte final del artículo 1095, antes citado.

No obstante, estimamos pertinente la aclaración hecha en el artículo 1095, pues la tentación podría ser muy grande en el acreedor, para retener el bien entregado para garantizar otra obligación. No olvidemos que el bien entregado en anticresis reviste contractualmente diversas características que no son susceptibles de ser replicadas para garantizar cualquier otra obligación; y, menos aún, para ejercer sobre ese bien entregado en esas condiciones especiales, derecho de retención alguno. Todo ello, claro está, salvo que se haya concedido este derecho al acreedor anticrético, sea en la escritura pública de constitución de la anticresis, sea en acto posterior.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

Normas supletorias aplicables

Artículo 1096.- Son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda en lo que no se opongan a las consignadas en este Título.

El artículo 1096 establece que son aplicables a la anticresis las reglas establecidas para la prenda, en lo que no se opongan a las consignadas en este Título.

Como hemos señalado en su oportunidad, todo el Título I de esta Sección Cuarta, Derechos Reales de Garantía, relativo la prenda, fue derogado en el año 2006 por la primera Ley de la Garantía Mobiliaria.

Y, entonces, el artículo 1096, ha quedado vacío de contenido, a menos que se haga una interpretación histórica de las normas sobre prenda aplicables a la anticresis, lo que no estaría mal, por cierto, en la medida de que se trataría de complementar y conocer a cabalidad el contenido normativo (jurídico y no necesariamente legal) de la anticresis.

Veamos.

El artículo 1055 establecía que la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física, para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Esta norma no era aplicable a la anticresis, pues ésta se constituye sobre un inmueble (artículo 1091).

El artículo 1056 señalaba que: «La prenda es indivisible y garantiza la obligación mientras no se cumpla íntegramente, aun cuando dicha obligación o el bien prendado sean divisibles. Cuando se han dado en prenda varios bienes no se puede desafectar ninguno sin pagar el total de la obligación, salvo pacto distinto».

Pensamos que el principio del artículo 1056 es aplicable a la anticresis.

El artículo 1057 establecía que: «La prenda se extiende a todos los accesorios del bien. Los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, salvo pacto distinto».

Entendemos que la anticresis también se extiende a todos los accesorios del bien. Creemos que los frutos y aumentos del bien deberían corresponder al acreedor anticrético, pues son el equivalente a los intereses, naturalmente, salvo pacto distinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1058 establecía los requisitos de validez de la prenda:

> **Artículo 1058**.- Son requisitos para la validez de la prenda:
>
> 1.- Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente.
>
> 2.- Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059.

Entendemos que el inciso 1 era aplicable a la anticresis, pues ésta debe ser hecha por el propietario del bien o por alguien autorizado para ello. Sobre la entrega física o jurídica al acreedor o la persona designada por éste o a la que señalen las partes, que estaba contenida en el inciso 2, pensamos que esta norma no resulta incompatible, sería más bien complementaria con lo dispuesto para la anticresis en los artículos 1091 y 1092.

De otro lado, el artículo 1059 establecía que: «Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el Registro respectivo».

Pensamos que podría pactarse una anticresis que deje el bien en poder del deudor, pero en donde se establezca los usos a los que sería destinado y que todo aquello que se recaude del bien, será destinado al pago de la deuda garantizada.

El artículo 1060 establecía que: «Un bien puede ser gravado con prenda en garantía de varios créditos y en favor de varias personas sucesivamente, con aviso a los acreedores que ya tienen la misma garantía».

No vemos inconveniente teórico, en que un mismo bien garantice, a través de la anticresis, varios créditos en favor de varias personas sucesivamente.

Claro está que la entrega real del bien sólo podría ser efectuada a uno de ellos, en tanto los demás aceptaran una entrega ficta. Pero, eso sí, los frutos y provechos del bien servirían para pagar todas las deudas garantizadas, en el orden prelatorio correspondiente.

El artículo 1061 señalaba que: «La prenda no surte efecto contra tercero si no consta en documento de fecha cierta, salvo lo dispuesto en la última parte del artículo 1059».

Por supuesto que si una anticresis sólo consta en escritura pública y no hubiese sido inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, habrá problemas para oponerla *erga omnes*. No obstante, bastaría con la escritura pública

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

para que pueda ser opuesta a terceros, en lo que respecta a su existencia y alcances, dentro de un supuesto en concreto.

El artículo 1062 señalaba que: «El documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado».

Como sabemos, para la anticresis tenemos una norma especial, el artículo 1092, que indica que: «El contrato se otorgará por escritura pública, bajo sanción de nulidad, expresando la renta del inmueble y el interés que se pacte».

El artículo 1063 establecía que: «La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta».

En anticresis no existe norma equivalente, razón por la cual pensamos que el principio que contenía el derogado artículo 1063 devendría en aplicable a la prenda.

El artículo 1064 establecía que: «El acreedor o el tercero que recibe la prenda tiene la calidad de depositario».

Estimamos que el acreedor anticrético podría considerarse como depositario del bien, en el sentido de que debe cuidar de él; pero, a diferencia del depositario, tiene derecho a aprovecharse del mismo.

El artículo 1065 señalaba que: «Las prendas legales se rigen por las disposiciones de este Título y por los artículos 1118 a 1120, y sólo proceden respecto de bienes muebles susceptibles de inscripción».

La anticresis, dadas sus peculiares características, no contempla la figura de las «anticresis legales», a diferencia de la hipoteca, con las «hipotecas legales» (artículos 1118 a 1121).

El artículo 1066 establecía que: «Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario».

Entendemos que este principio sí resultaría aplicable a la anticresis. También se aplica con las hipotecas. La excepción (con matices) está dada por la Ley de la Garantía Mobiliaria.

El artículo 1067 señalaba que: «La prenda confiere al acreedor el derecho a retener el bien. El tercer adquirente no puede exigir su restitución ni su entrega si antes no han sido íntegramente pagados el capital e intereses y reembolsados los gastos relativos a la deuda y a la conservación del bien».

Consideramos que el principio es plenamente aplicable a la anticresis.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1068 establecía lo siguiente:

> **Artículo 1068**.- El derecho del acreedor prendario, en relación al bien, es preferente al de los demás acreedores.
>
> La preferencia subsiste sólo en tanto el bien dado en prenda permanezca en posesión del acreedor o del tercero designado por las partes, o cuando se trate de prenda inscrita.
>
> Esta preferencia no rige tratándose del acreedor por el saldo del precio de venta, cuando este derecho aparece inscrito en el Registro correspondiente con anterioridad a la prenda.

Nos parece que los principios que contenía la norma citada serían aplicables a la anticresis.

El artículo 1069 señalaba que: «Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago».

En la medida en que hubiera habido un pacto de estas características, serían aplicables a la anticresis los principios que contenía la norma derogada.

El artículo 1070 indicaba que: «El acreedor que ha perdido involuntariamente la posesión del bien recibido en prenda, puede ejercer, además de las acciones de defensa de la posesión, la acción reivindicatoria si ella corresponde al constituyente».

Pensamos que este principio es totalmente aplicable a la anticresis.

El artículo 1071 prescribía que: «Si el deudor no entrega el bien ofrecido en prenda o el que debe sustituirlo conforme al artículo 1072, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido».

No encontramos argumentos que impidan aplicar a la anticresis los principios que contenía este artículo 1071.

El artículo 1072 señalaba lo siguiente:

> **Artículo 1072**.- Si resulta no ser del constituyente el bien dado en prenda, el acreedor tiene derecho a que se le entregue otro equivalente.
>
> Tiene el mismo derecho cuando ha sido engañado sobre la prenda o cuando ésta es insuficiente por culpa del deudor o por vicio del bien.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Creemos que estos principios podrían ser aplicables a la anticresis.

El artículo 1073 indicaba lo siguiente: «Puede sustituirse una prenda por otra, comprobando judicialmente la necesidad y la equivalencia de la garantía. El ejercicio de este derecho corresponde a cualquiera de las partes y se tramita de acuerdo a las reglas del juicio de menor cuantía».

No vemos obstáculo para aplicar este principio a la anticresis, actualizando, naturalmente, la vía procedimental.

El artículo 1074 establecía que: «Cuando el bien dado en prenda se deteriora hasta temerse que será insuficiente para garantizar la deuda, el acreedor, con aviso previo al constituyente, puede pedir autorización judicial para vender el bien, a menos que el deudor o el constituyente ofrezca otra garantía que el juez considere satisfactoria».

Estimamos que estos principios podrían ser aplicables a la anticresis. La lógica de la norma lo permitiría.

El artículo 1075, por su parte, señalaba que: «El acreedor está obligado a cuidar la prenda con la diligencia ordinaria requerida».

Este principio resulta de entera aplicación a la anticresis.

El artículo 1076, en tanto, establecía lo siguiente:

> **Artículo 1076**.- El acreedor no puede usar el bien sin el consentimiento del constituyente.
>
> Si hay abuso del bien prendado, tanto el deudor como el constituyente, si son distintos, pueden pedir que sea puesto en poder de un tercero.

El primer párrafo del 1076 recogía un principio no aplicable a la anticresis, en la medida de que en ésta, el acreedor tiene la facultad de usar el bien en su provecho.

El segundo párrafo, en cambio, sería de aplicación, por razones obvias.

El artículo 1077, señalaba que: «Si se da en prenda un bien fructífero, el acreedor, salvo pacto contrario o disposición especial de la ley, tiene la facultad de hacer suyos los frutos imputándolos primero a los intereses y gastos y después al capital».

El artículo citado concuerda con el artículo 1093, propio de la anticresis, norma aplicable a este derecho real de garantía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1078, por su parte, establecía lo siguiente:

> **Artículo 1078**.- Si se ha entregado en prenda un bien que por su naturaleza está destinado a ser explotado económicamente, quien lo guarda debe cuidar que sea explotado, con conocimiento del propietario. Los frutos de esta explotación pertenecen al propietario, pero el acreedor puede aplicarlos a la amortización de intereses, gastos y, si alcanza, a la del capital.
>
> El propietario puede oponerse a la explotación por el depositario, si importa riesgo para el bien.
>
> Toda cuestión relacionada con la explotación del bien prendado se tramita como incidente.

Este artículo no tendría principios aplicables a la anticresis, en la medida de que este derecho real de garantía es, precisamente, uno que recae sobre un bien del que sacará provecho el acreedor anticrético.

El artículo 1079 establecía lo siguiente:

> **Artículo 1079**.- El depositario que abusa de la prenda es responsable de la pérdida o deterioro, aun por caso fortuito o fuerza mayor, salvo que demuestre que la pérdida o deterioro se habrían producido aun cuando no hubiese abusado del bien prendado.
>
> Si el bien prendado se deteriora, procede la designación de un nuevo depositario.

Los principios que contenía esta norma serían aplicables a la anticresis, en la medida de que en ella el acreedor podría ser considerado como depositario del bien. Este sería entregado, poseído y aprovechado por el acreedor anticrético. En ese orden de ideas, el acreedor anticrético está prohibido de abusar del bien.

El artículo 1080, por su parte, establecía que: «El que guarda el bien prendado está obligado a devolverlo cuando se cumpla la obligación y queden satisfechos los gastos de conservación, bajo responsabilidad».

En razón a lo expresado cuando vimos el artículo 1079, el principio contenido en el artículo 1080 también resultaría aplicable a la anticresis.

El artículo 1081 señalaba que: «Si se pierde la prenda por culpa del depositario, éste debe sustituirla por otra de la misma especie y calidad, o pagar su valor actual, a elección del acreedor».

En la anticresis, si el bien se perdiese en poder del acreedor anticrético, éste deberá pagar su valor actual al deudor, deduciendo la suma adeudada por éste.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 1082, por su parte, señalaba que: «Cuando la pérdida se produce por causas no imputables al depositario, ocurrida después de cumplida la obligación principal, aquél pagará el valor actual de la prenda si no tuvo motivo para demorar su devolución, salvo que pruebe que se habría perdido por la misma causa, de haber estado en poder de quien debía recibirla».

Si el bien se perdiera por culpa del exacreedor anticrético, luego de pagada la deuda, se habría producido uno de los supuestos del artículo 1137, por lo cual el exacreedor anticrético no podría devolver el bien en las mismas condiciones o, simplemente, no podría devolverlo, razón por la cual serían de aplicación al caso los incisos 1 o 2 del artículo 1138 del Código Civil. No olvidemos que, en este caso el exacreedor anticrético es un deudor del exdeudor anticrético, pues debe restituir la posesión del bien sobre el que se constituyó la anticresis.

Por otra parte, el artículo 1083 del Código Civil establecía que: «Es aplicable a la prenda lo dispuesto en los artículos 1115 y 1116». Las normas de referencia corresponden a la hipoteca.

El artículo 1115 señala que: «El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.- La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el Registro», precepto plenamente aplicable a la anticresis.

En tanto el artículo 1116 establece que: «El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente».

Pensamos que los principios de esta norma también resultarían aplicables a la anticresis. La lógica es la misma en los tres tipos de garantías reales.

Por su parte, el artículo 1084 establecía lo siguiente:

> **Artículo 1084**.- Sólo pueden darse en prenda créditos que consten de documento, el mismo que debe ser entregado al acreedor o, de mediar acuerdo entre las partes, ser confiado a un tercero o depositado en institución de crédito.
>
> El asentimiento del constituyente es irrevocable y el deudor debe ser notificado.

Esta norma, como vemos, se refería a la prenda sobre créditos, razón por la cual no era aplicable a la anticresis, que versa sobre inmuebles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo propio podemos decir del derogado artículo 1085: «Si sobre un crédito existen varios derechos de prenda, tendrá prelación aquel cuyo derecho preceda al de los demás».

Y del artículo 1086: «El acreedor prendario está obligado a cobrar los intereses del crédito u otras prestaciones periódicas, imputando su monto primero a los intereses y gastos, de ser el caso, y luego al capital. El acreedor prendario está obligado, bajo responsabilidad, a realizar los actos de conservación del crédito recibido en prenda».

El derogado artículo 1087 regulaba la prenda sobre títulos valores: «Si la prenda consiste en títulos valores, éstos deben ser entregados. Cuando se trata de títulos a la orden y nominativos, debe observarse la ley de la materia», razón por la cual no se aplicaba a la anticresis.

Tampoco era aplicable el derogado artículo 1088, relativo a prenda sobre créditos de sumas de dinero: «Cuando la prenda consiste en créditos de sumas de dinero, el acreedor prendario tiene derecho a cobrar el capital e intereses y debe ejercitar las acciones necesarias para que el crédito no se extinga. Si el acreedor cobra los intereses o el capital, debe depositarlos en una institución de crédito».

De igual manera, no era aplicable a la prenda el derogado artículo 1089, relativo a la prenda de dinero: «La prenda de dinero da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo al dinero prendado».

Finalmente, debemos decir que el derogado artículo 1090 regulaba lo relativo a las causales de extinción de la prenda. Al no existir una norma similar en anticresis, creemos que tales causales de extinción resultarían de aplicación a este derecho real de garantía. Veamos:

Artículo 1090.-La prenda se acaba por:

1.- Extinción de la obligación que garantiza.

2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.

3.- Renuncia del acreedor.

4.- Destrucción total del bien.

5.- Expropiación.

6.- Consolidación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Hipoteca

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Hipoteca

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Noción de hipoteca

Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

El artículo 1097 recoge el concepto de hipoteca, garantía que recae sobre bien inmueble, rasgo que la distingue de la prenda y la garantía mobiliaria y que la asemeja a la anticresis.

Por lo demás, el primer párrafo del artículo 1097 se encarga de subrayar que ella se puede constituir en garantía del cumplimiento de cualquier obligación (en lo que se asemeja a las demás garantías reales), propia o de un tercero (en lo que también se parece a las demás).

La primera diferencia con la anticresis, radica en que la hipoteca no determina la desposesión del bien, pues éste seguirá en poder del deudor o del tercero que, eventualmente, fuese propietario del bien, quien continuará usufructuando del mismo.

Si se puede decir de esta forma, el deudor hipotecario, si fuese dueño del bien, recaudaría los provechos del bien para poder pagar la deuda a su acreedor; mientras que, en la anticresis, al estar el bien en posesión y disfrute del acreedor, eso hará que éste se cobre con aquellos provechos obtenidos directamente del bien.

Pero, a pesar de que la hipoteca no implica desposesión del bien, el artículo 1097 en su segundo párrafo, establece que la hipoteca otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto es así, en razón a que el acreedor debe contar con las armas suficientes como para cobrarse la deuda.

La persecución implica que poco importará si el deudor (propietario del bien hipotecado) o el tercero que hubiere constituido garantía sobre el bien, lo hubiera vendido o transferido a un tercero.

En el caso de la hipoteca, el bien hipotecado responderá por la deuda que garantiza. Por eso es una garantía real y no personal. Importa el bien para responder por la deuda, más allá de quién sea su titular.

Cuando el segundo párrafo del artículo 1097 hace alusión a la preferencia, está refiriéndose a que el acreedor hipotecario podría tener preferencia para cobrar frente a un acreedor quirografario (es decir, sobre aquél cuyo crédito no tiene garantía real). No obstante, el Derecho peruano es muy complejo a este respecto. Hay otros créditos de carácter preferente en relación a las garantías reales, como es el caso de las deudas laborales o las deudas tributarias.

Cuando el segundo párrafo del artículo 1097 se refiere a que el acreedor tiene el derecho a la venta judicial del bien hipotecado, está haciendo alusión al mecanismo de ejecución de la hipoteca.

Este mecanismo, necesariamente es el judicial, a diferencia de lo que ocurre con la garantía mobiliaria, en el que se introdujo el mecanismo de venta extrajudicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Formalidad de la hipoteca

Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

El artículo 1098 trata acerca de la formalidad de la hipoteca.

Establece que ella se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

No cabe duda de que, de esta manera, se está haciendo alusión al contrato en virtud del cual se constituye la hipoteca, el mismo que no tendrá validez alguna si no se formaliza por escritura pública. En otras palabras, este contrato no tendría validez hasta que las partes suscriban la escritura pública correspondiente.

Pero debemos distinguir lo que es la validez del contrato de hipoteca, de lo que es la validez del derecho real de hipoteca, el mismo que requiere de manera indispensable el ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, tal como veremos en el inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil.

Esto significa que si ya se firmó la escritura pública de hipoteca, la parte interesada (el acreedor hipotecario) podría tramitar su inscripción registral de modo unilateral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Requisitos de validez de la hipoteca

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.

2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El artículo 1099 establece cuáles son los requisitos de validez de la hipoteca (se entiende como derecho real de garantía y no como contrato).

Lo veremos en el orden establecido por la ley.

a) Que afecte el bien el propietario o quien está autorizado para ese efecto conforme a la ley (inciso 1)

Tratándose de un gravamen, de un derecho real de garantía de un crédito, ya sea propio o ajeno, resultaría imposible que el Derecho otorgara validez a una hipoteca constituida sobre bien ajeno. Las hipotecas se constituyen sobre bienes propios.

Además, el garantizar créditos y responder por ellos, significa que el acreedor podría llegar a ejecutar la hipoteca, lo que implicaría su remate judicial, el mismo que implicaría, nada más y nada menos, que la pérdida del derecho de propiedad sobre el bien. Ante esa posibilidad, es obvio que sólo cabe que el propietario afecte el inmueble en garantía hipotecaria.

Cuando la parte final del inciso 1 del artículo 1099 hace referencia a «o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley», entendemos que alude a la persona que cuente con poder especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156, precepto que establece que: «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».

Un poder general no bastaría para hipotecar el bien del poderdante o representado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2)

b.1) Obligación determinada

Se trata de aquellas obligaciones que se encuentran detalladas o especificadas de modo que no quepa duda de las características de la obligación. Por ejemplo, «la obligación contraída por el deudor Y frente al banco Z, con fecha 12 de enero 2020, por un capital de 60,000.00 Soles y con una tasa de interés efectiva 12% anual».

Aquí no habría duda alguna sobre la deuda que garantizará la hipoteca.

b.2) Obligación determinable

Se trata de aquellas obligaciones que no están detalladas en el título constitutivo de la obligación, pero se establecen referencias suficientes para su ulterior identificación. Por ejemplo: «la deuda que X ha contraído con el banco Y con fecha 12 de enero 2020, para la compra de dos camiones».

En este caso, se contará con los elementos suficientes de referencia, como para identificar la obligación y conocer el monto a que asciende la obligación que se garantiza con la hipoteca.

Pensamos que también podría, dentro del concepto de «obligación determinable», estarse haciendo referencia a obligaciones futuras, es decir, a deudas aún no contraídas, pero que se detallen lo suficiente en el contrato, como para conocer cuáles serán esas deudas, una vez se constituyan.

c) Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable (inciso 3)

c.1) Gravamen de cantidad determinada

Gravamen de cantidad determinada es aquel en que se detalla la cifra del gravamen con absoluta exactitud. Por ejemplo, que «la hipoteca garantiza un máximo de US$ 200,000.00».

c.2) Gravamen de cantidad determinable

Gravamen de cantidad determinable es aquel en el cual no se señala el monto exacto del mismo, pero se establecen los datos para poderlo conocer a través de operaciones matemáticas. Sería el caso en el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cual se indicara que la hipoteca responde hasta por la suma de US$ 200,000.00 más los intereses en tasa TAMEX, comprendidos entre el 2 de enero de 2020 y el 2 de enero de 2023.

Al momento de constituir la obligación no se conoce el monto total del gravamen, ni tampoco se podría conocer, en la medida de que la TAMEX se va construyendo (configurando) con el paso del tiempo. Sólo se conocerá la cifra, entonces, al finalizar el período de tiempo señalado.

d) Que se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble (inciso 3)

Hemos señalado en nuestros comentarios al artículo 1098, que para la validez del contrato de hipoteca, se requiere que el mismo se constituya por escritura pública.

Sin embargo, para la constitución del derecho real de hipoteca que ese contrato origina, se requiere que la hipoteca esté escrita en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Nótese que no sólo se exige la inscripción como requisito de oponibilidad del derecho real, sino como requisito para su validez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter inmobiliario de la hipoteca

Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.

El artículo 1100 establece que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles determinados.

Esto resulta natural, en la medida de que la ley quiere que estemos frente a una garantía seria (como serio debe ser todo en el Derecho —aunque no siempre lo es, lamentablemente—).

En otras palabras, al momento de la constitución de la hipoteca, debe especificarse con todo detalle el bien sobre el que recaiga la hipoteca.

No cabe hipoteca sobre bienes determinables, es decir, aquellos que no estén determinados al momento del nacimiento de la obligación, pero que están especificados, al menos en especie y cantidad (argumento del artículo 1142 del Código Civil).

Tampoco cabría constituir hipoteca sobre bienes fungibles, aunque, dada la naturaleza de los inmuebles, sería mucho más difícil intentar constituir hipoteca sobre alguno que revista la condición de fungible.

Resulta discutible la hipoteca sobre bienes futuros. El artículo 1106 la prohíbe; sin embargo, nosotros podríamos estar de acuerdo con la posibilidad de hipotecar un bien futuro, como ocurriría con «el departamento 501 del edificio X que se empezará a construir próximamente y que hoy se encuentra en planos». Pero, al fin y al cabo, ella está prohibida en nuestro Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión de la hipoteca

Artículo 1101.- 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.

El artículo 1101 se refiere a la extensión de la hipoteca; señalando que ella 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.

Veamos en detalle cuál es la extensión de la hipoteca.

a) A todas las partes integrantes del bien

De conformidad con el artículo 887 del Código Civil, ya estudiado, es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. La norma agrega que las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

Remitimos al lector a nuestros comentarios sobre la referida norma.

En razón a lo ahí expuesto, queda claro que carecería de sentido y hasta de objeto el constituir hipoteca sobre un bien y no incluir sus partes integrantes.

b) A todos los accesorios del bien

En principio, conforme al artículo 888 del Código Civil, son accesorios los bienes que sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. Esto fue desarrollado por nosotros en detalle cuando analizamos la referida norma y, por ello, remitimos al lector a lo expuesto en esa oportunidad.

La hipoteca se extiende a todos los accesorios del bien. Pero entendemos que ellos habrían tenido que estar detallados en la escritura pública de constitución de la hipoteca, para que quede constancia de que los mismos son —precisamente— accesorios del bien hipotecado. De lo contrario, no habría certeza de ello y, por tanto, resultaría difícil conocer —a este respecto— cuáles son los verdaderos alcances de la hipoteca.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Al importe de las indemnizaciones de los seguros

En caso el bien hipotecado sufriese algún siniestro (incendio, sismo, robo, etc.) que estuviese cubierto por un seguro, entonces, la hipoteca se extenderá a la indemnización recibida. ¿Por qué? Simple, porque con la producción del siniestro, el bien sufrió un daño, luego del cual, obviamente, vale menos. Entonces, si el propietario del bien hipotecado recibiese una indemnización de una aseguradora, la hipoteca se extenderá también a esa suma de dinero. Ello, a pesar de que dicha suma es un bien mueble, lo que no importará, pues entiende que lo principal sigue siendo el bien inmueble y la indemnización complementa o reintegra su valor.

d) Al importe de la indemnización por expropiación

Cabe la posibilidad de que el bien sobre el que recae la garantía hipotecaria sea expropiado. La hipoteca no implica manto alguno de indemnidad frente a una expropiación, pues ella es prerrogativa del Estado, en los términos y dentro de los alcances del artículo 70 de la Constitución Política del Perú.

Si el bien hipotecado fuese expropiado, el Estado pagará una indemnización que cubra su valor y los daños y perjuicios causados por efecto de la expropiación. Ello significa que el gravamen hipotecario se extenderá hasta que se pague el monto indemnizatorio al propietario afectado por la medida. A partir de ese momento, la hipoteca dejará de centrarse en el inmueble y pasará a recaer sobre la suma de dinero antes señalada. En efecto, se trataría de una hipoteca que recaiga sobre dinero, pero, al fin y al cabo, es una ficción (de las que abundan en el Derecho) y ella tiene por objeto proteger al acreedor hipotecario. De lo contrario, quedaría sin garantía alguna por efecto de la expropiación, lo que sería muy injusto para el acreedor.

Todo lo expresado en el artículo 1101 es, como lo señala la parte final de la propia norma, salvo pacto distinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indivisibilidad de la hipoteca

Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.

Cabe la posibilidad de que el bien hipotecado se subdivida con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

También podría ocurrir que la hipoteca se haya constituido no sobre uno, sino sobre diversos bienes inmuebles y que con posterioridad a la constitución de la hipoteca, o se subdividan los bienes o cambien de titulares.

Lo que señala el artículo 1102 cuando expresa que la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados, es que las subdivisiones o incluso los cambios de titularidad de algunos bienes, son actos que resultarán absolutamente irrelevantes en materia de hipoteca.

Se trata, pues, de una garantía real de carácter indivisible, situación que refuerza su solidez y permitirá que el acreedor hipotecario pueda hacer efectivo su crédito, ejecutando esa garantía.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

HIPOTECA SOBRE UN CONJUNTO DE BIENES QUE CONFORMAN UNA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA

Artículo 1103.- Los contratantes pueden considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí.

El artículo 1103 del Código Civil establece que los contratantes pueden considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí.

Se ha expuesto que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles, pero también podría recaer sobre un conjunto de bienes (muebles e inmuebles), que constituyan una explotación económica en su conjunto, en tanto tales bienes estén unidos o sean dependientes entre sí.

Un ejemplo, sería el de la constitución de una hipoteca sobre un ingenio azucarero. De esta forma, la hipoteca no sólo recaería sobre el terreno y las edificaciones o pabellones del ingenio, sino también sobre todos los bienes muebles e incluso inmuebles que estén afectados a esa explotación económica.

No obstante, hay que tener en cuenta que los bienes a que hace referencia el artículo 1103, podrían calzar perfectamente como partes integrantes y, sobre todo, accesorias, conforme a los parámetros y reglas estudiados en su oportunidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Garantía de obligación futura o eventual

Artículo 1104.- La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual.

El artículo 1104 establece que la hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual.

Veamos.

a) Obligación futura

Obligación futura es aquella que aún no ha sido contraída al momento de la constitución de la hipoteca.

Podría constituirse hipoteca sobre una obligación futura, en la medida de que ella sea determinada o determinable.

b) Obligación eventual

Obligación eventual es aquella de cuya existencia, actual o futura, no se tiene certeza. Si es actual, porque a lo mejor ella ha nacido de un acto sobre cuya nulidad se está discutiendo en los tribunales de justicia. Si es futura, porque no se sabe si, finalmente, ella existirá o no.

Entonces se podría decir que toda obligación futura es eventual, en la medida de que nadie es dueño del futuro y, por tanto, nadie podría asegurar, al 100%, que en el futuro nacerá tal o cual obligación.

El sentido de garantizar, con una hipoteca, una obligación futura o eventual, se basa en la idea de prever la creación de nuevas obligaciones, pero no preocuparse por la constitución de nuevas garantías en el futuro. Así, esas nuevas o eventuales obligaciones ya estarían cubiertas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

HIPOTECA SUJETA A MODALIDAD

Artículo 1105.- La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.

El artículo 1105 establece que la hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.

a) Hipoteca condicionada

La condición, como sabemos, puede ser suspensiva o resolutoria.

a.1) Hipoteca sujeta a condición suspensiva

Esto implica que la hipoteca sólo surtirá efectos a partir del momento en que se produzca la condición.

a.2) Hipoteca sujeta a condición resolutoria

Esto implica que la hipoteca será válida y eficaz desde su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble y dejará de surtir efectos desde el momento en que se produzca la mencionada condición resolutoria.

b) Hipoteca sujeta a plazo

b.1) A plazo suspensivo

La hipoteca será válida desde su constitución, pero recién cobrará eficacia desde el momento en que se establezca el inicio del plazo suspensivo.

b.2) A plazo resolutorio

La hipoteca será válida y eficaz desde su inscripción en el Registro y dejará de serlo cuando se produzca el término final del plazo resolutorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b.3) A plazo determinado

Es aquel en el cual se ha pactado el término inicial y el término final, vencido el cual el acto (en este caso, la hipoteca) deja de surtir efectos.

b.4) A plazo determinable

En esta modalidad, el término inicial de la hipoteca se halla establecido, pero el término final dependerá de un evento futuro, pero de ocurrencia cierta, como sería el de la muerte de una persona (por ejemplo, el deudor), momento en el cual dejará de surtir efectos la hipoteca.

b.5) Plazo indeterminado

Es la hipoteca usual, es decir, aquella en la que se ha pactado el término inicial (su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble), pero no tiene término final. Esta hipoteca cubrirá, por siempre, el pago de la deuda garantizada (hasta que se pague o hasta que se ejecute la garantía, claro está).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prohibición de hipotecar bienes futuros

Artículo 1106.- No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.

El artículo 1106 prohíbe constituir hipoteca sobre bienes futuros.

Ya hemos expresado nuestra opinión contraria a esta norma, pues en el plano teórico nada impediría hacerlo.

Entendemos que la lógica del legislador de 1984 ha partido de considerar que se trataría de una garantía aleatoria, en la medida de que, al recaer sobre un bien futuro, no se tendría certeza de que el mismo llegue, siquiera, a tener existencia.

Pero, al fin y al cabo, estaríamos ante un riesgo que asumiría el acreedor de manera consciente, y formaría parte de la libertad contractual o de configuración interna.

Es evidente que si fuese válida, ella se constituiría también por escritura pública y sólo sería válida como garantía real cuando se pudiese inscribir y realmente se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que —claro está— no podría ocurrir acto seguido de la celebración del contrato de hipoteca por escritura pública.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cobertura de la hipoteca

Artículo 1107.- La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio.

El artículo 1107 trata acerca de la cobertura de la hipoteca. Veamos los rubros incluidos por ella:

a) El capital

Se entiende que, primordialmente, la hipoteca cubre el capital, es decir, el principal de la deuda garantizada. Ello es lógico.

b) Los intereses que devengue el capital

Los intereses son el costo del dinero o los frutos que genera el capital. Ellos también están cubiertos por la hipoteca.

c) Las primas del seguro pagadas por el acreedor

La norma se refiere a aquellas primas de seguro que hayan sido pagadas y contraídas por el acreedor. Ellas también están cubiertas por la hipoteca, en caso, cuando corresponda, no le sean reembolsadas por el deudor.

d) Las costas del juicio

Se refiere a los gastos en que tuviera que incurrir el acreedor para cobrar al deudor la obligación, en caso tuviese que recurrir a los tribunales de justicia para tal efecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Garantía de títulos transmisibles

Artículo 1108.- La escritura de constitución de hipoteca para garantizar títulos trasmisibles por endoso o al portador, consignará, además de las circunstancias propias de la constitución de hipoteca, las relativas al número y valor de los títulos que se emitan y que garanticen la hipoteca; la serie o series a que correspondan; la fecha o fechas de la emisión; el plazo y forma en que deben ser amortizados; la designación de un fideicomisario; y las demás que sirvan para determinar las condiciones de dichos títulos.

Este artículo se refiere a la hipoteca constituida para garantizar títulos trasmisibles por endoso o al portador. En este caso, la norma establece diversos requisitos de carácter taxativo y de cumplimiento obligatorio, los mismos que debe contener la escritura pública, además de los propios de constitución de cualquier hipoteca.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hipoteca varios inmuebles

Artículo 1109.- El acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o sólo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Sin embargo, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.

El artículo 1109 regula la hipoteca que recaiga sobre varios inmuebles (más de uno). Para estos efectos, la norma establece que el acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podría, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o sólo a uno. Se entiende, por lo demás, que también cabe la posibilidad de que persiga algunos y no todos los bienes hipotecados.

Esta norma sigue la lógica de las obligaciones indivisibles, en donde el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución total de la obligación indivisible (argumento del artículo 1176 del Código Civil).

El artículo 1109 agrega que para esa persecución de los inmuebles resultará irrelevante si los mismos hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas. No obstante, para efectos de su ejecución y cobro de la deuda, habrá que tener en consideración el rango de las hipotecas.

El artículo 1109 concluye señalando que el juez podría, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados. Esta situación podría obedecer, por ejemplo, a razones humanitarias, las mismas que, por ejemplo, podrían conducir al juez a ordenar que en último lugar se ejecute el bien que constituye la casa habitación del deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cumplimiento anticipado de la obligación

Artículo 1110.- Si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

La regla en Derecho es que los plazos se deben cumplir. Es el caso de las obligaciones con plazo suspensivo pactado para el pago (como ocurre, en realidad, con la mayoría de las obligaciones).

Pero el artículo 1110 contempla un caso excepcional de ejecución de la garantía hipotecaria y, por tanto, de cobro de la obligación.

Para estos efectos, los bienes tendrían que haberse perdido o deteriorado (preferiríamos emplear —para estos efectos— las acepciones del artículo 1137 del Código Civil), de modo que resulten insuficientes para garantizar el cumplimiento de la obligación.

En estos casos, el acreedor podría pedir el cumplimiento de la obligación (el pago) aunque no esté vencido el plazo, salvo que el deudor lo garantice a satisfacción del acreedor. Este ofrecimiento de nueva o nuevas garantías, obviamente no se limita a la hipoteca. Se extiende a cualquier garantía real o personal que decida o esté en capacidad de ofrecer constituir.

Es evidente que en caso de discrepancia en torno a la suficiencia de tales garantías ofrecidas, resolverá el juez.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nulidad del pacto comisorio

Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

El artículo 1111 considera nulo el pacto comisorio, es decir, aquél por el cual en caso de no cumplirse la obligación, el acreedor adquiera la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca; siendo nulo todo pacto en contrario.

Mucho se ha escrito en doctrina acerca del pacto comisorio. En materia de garantías y, especialmente, en sede de hipoteca, la doctrina tradicional ha sido siempre renuente a este pacto, prefiriendo que, ante la falta de pago del deudor, el acreedor tenga que recurrir al mecanismo judicial de ejecución de la garantía, el mismo que pasará por un remate público.

En lo personal, siempre he estado en el sector de la doctrina tradicional; pero creo que este remate público podría contemplarse en la ley que se haga de manera extrajudicial, con presencia y supervisión de un notario público. Esto aligeraría el procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria, descongestionaría los tribunales y, a la vez, otorgaría la seguridad jurídica necesaria para que no se abuse de los derechos del deudor hipotecario o del dueño del bien hipotecado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Rango de las hipotecas

Preferencia de hipotecas

Artículo 1112.- Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango.

El artículo 1112 se refiere a la preferencia de las hipotecas. Establece que ellas tendrían preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango.

En caso el bien en cuestión solamente esté gravado con una hipoteca, no se presentará la situación que contempla el artículo 1112. Esta norma se refiere a cuando sobre el bien han recaído dos o más hipotecas. Para estos casos, el rango (preferencia para su ejecución y cobro del crédito) lo da su antigüedad. La más antigua será la de primer rango, la segunda, de segundo rango y así sucesivamente.

La fecha que prima para estos efectos es la fecha de registro.

El artículo 1112 concluye haciendo la salvedad respecto a cuando se ceda el rango. Este pacto tendría que ser celebrado entre dos o más acreedores (obviamente de diferentes rangos), a efectos de ceder el rango por parte de quien tiene rango preferente, en favor de quien no lo tiene con respecto a él. Esto significará que el orden de prioridades para la ejecución de las hipotecas será alterado contractualmente.

Cabría preguntarse si un acreedor hipotecario de primer rango, por ejemplo, seguido de otros dos acreedores de la misma naturaleza, podría ceder su rango a un acreedor quirografario, de cuarto rango. Consideramos que sí. Estimamos que no habría problema teórico al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hipotecas ulteriores

Artículo 1113.- No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas.

El artículo 1113 prohíbe renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas.

Esta norma concuerda con lo dispuesto por el artículo 882, en el sentido de que no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Como ya hemos explicado, lo que ocurre es que la ley prefiere que los bienes sean útiles para el comercio y, no sólo con su transferencia, sino también con la posibilidad de gravarlos para garantizar obligaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cesión de rango preferente

Artículo 1114.- El acreedor preferente puede ceder su rango a otro acreedor hipotecario. Para que la cesión produzca efecto contra el deudor se requiere que éste la acepte o que le sea comunicada fehacientemente.

Ya hemos tratado, con ocasión de nuestro análisis del artículo 1112, el tema de la cesión de rango preferente, razón por la cual remitimos al lector a lo ahí expresado. Sólo debemos agregar que el artículo 1114 señala que para que la cesión produzca efecto contra el deudor, se requiere que éste la acepte o que le sea comunicada de modo fehaciente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Tercero
Reducción de la hipoteca

Reducción del monto de la hipoteca

Artículo 1115.- El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.

La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el Registro.

El artículo 1115 establece que el monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.

Ello es evidente, en la medida en que podría ya haberse pagado parte de la deuda y el deudor o el propietario del bien hipotecado podría necesitar liberar parte del valor del bien para poder gravarlo con otra hipoteca y así obtener una garantía adicional que le permita acceder a un nuevo crédito.

El segundo párrafo del artículo 1115 señala algo que resulta evidente, cuando dice que la reducción sólo tendría efecto frente a un tercero después de su inscripción en el Registro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reducción judicial del monto de la hipoteca

Artículo 1116.- El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente.

Ya expresamos que el artículo 1115 permite que acreedor y deudor pacten la reducción del monto de la hipoteca.

Señalamos un ejemplo para ilustrar el tema. Y es justamente ese ejemplo el que ilustraría el que el deudor tuviese que recurrir a los tribunales de justicia para obligar al acreedor a la reducción de la hipoteca, tal como lo establece el artículo 1116 del Código Civil. El supuesto contemplado por esta norma es aquel en el cual hubiere disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Cuarto
Efectos de la hipoteca frente a terceros

Acción personal y acción real del acreedor

Artículo 1117.- El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de 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 se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley.

El artículo 1117 del Código Civil señala que: «El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de 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 se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley».

El análisis del tema lo haremos de modo esquemático. Veamos:

a) Si el deudor fuese propietario del bien hipotecado

En este caso, el acreedor podría iniciar una pretensión personal contra el deudor; prescindiendo de su condición de acreedor hipotecario.

- Pero lo más lógico es que inicie una pretensión real, tendiente a ejecutar la garantía hipotecaria, a efectos de cobrar su crédito.

b) Si el deudor no fuese propietario del bien hipotecado

En este caso el acreedor podría dirigirse, si así lo estimara, contra el deudor a través de una pretensión personal.

Así también, podría dirigirse contra el bien del tercero, garante hipotecario (pretensión real).

Asimismo, podría dirigirse, a la vez, contra el deudor (pretensión personal) y contra el tercero propietario del bien hipotecado (pretensión real).

Nótese cómo el artículo 1117 del Código Civil establece que el ejercicio de estas acciones no es excluyente y que el acreedor podría ejercerlas de manera sucesiva o conjunta, hasta cobrar el íntegro del crédito impago.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Quinto
Hipotecas legales

Hipotecas legales

Artículo 1118.- Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1.- La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.

2.- La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.

3.- La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.

Las hipotecas son, generalmente convencionales, pactadas entre el deudor, el propietario del bien (que usualmente será el mismo deudor) y el acreedor.

No obstante, existe otro grupo de hipotecas nacidas en virtud de la ley. Son las hipotecas legales, cuyo tratamiento se da entre los artículos 1118 y 1121 del Código Civil.

La primera de las normas citadas establece cuáles son las hipotecas legales que regula la ley civil.

Veamos:

a) La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente (inciso 1)

Es el típico caso en el cual al momento de celebración del contrato y hasta la suscripción de la escritura pública, sólo se hubiere pagado una parte del precio (cualquiera que ella fuese). En este caso, cuando el registrador inscriba el contrato de compraventa, también tendría —obligatoriamente— que inscribir la hipoteca legal por el saldo, en favor del vendedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) La del inmueble enajenado cuando su precio haya sido pagado con dinero de un tercero (inciso 1)

En este caso, la hipoteca legal se inscribirá en favor de ese tercero por la suma que le sea adeudada (todo o parte del precio). Nótese que ello sólo se podrá hacer si consta en el título constitutivo de la hipoteca que el inmueble se ha adquirido con dinero de tercero.

c) La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle (inciso 2)

No cabe duda de que esta deuda, en cualquiera de las modalidades contempladas por el inciso 2 del artículo 1118, tendría directa relación con el inmueble mismo, razón por la cual la ley (Código Civil) estima que debería constituirse automáticamente una hipoteca legal.

d) De los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios (inciso 3)

Queda muy clara la prioridad que otorga el Derecho a deudas de esa naturaleza. Ello, pues la partición de los bienes no siempre se podría hacer dividiendo tantos bienes por tantos copropietarios, sin que quede pendiente el pago de alguna obligación.

En la mayoría de los casos quedará un saldo por pagar por parte de uno o varios de los copropietarios a otros, en función de los valores pactados.

Para concluir, debemos precisar que la parte introductoria del artículo 1118 se encarga de precisar que otras leyes pueden establecer más hipotecas legales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Constitución e inscripción de hipoteca legal

Artículo 1119.- Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.

En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el Registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción.

Este artículo se encarga de establecer la manera en que se inscriben las hipotecas legales en el Registro. Así, la norma hace una distinción entre las hipotecas legales nacidas del artículo 1118 y aquellas otras nacidas de fuente legal distinta.

Para el primer supuesto señala que tales hipotecas se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del legislador, de manera simultánea con los contratos de los cuales emanan.

El primer párrafo del artículo 1119 indica que: «Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan».

La ley entiende, entonces, que tales hipotecas deben ser inscritas de oficio por el registrador, apenas las advierta. Además, establece que ellas se constituyen de pleno derecho (acto constitutivo, el contrato), pero serán válidas como derecho real, apenas se inscriban en el Registro. Este es el mismo esquema que, como hemos visto, sigue la ley en todos los casos de hipotecas.

Para las hipotecas legales que no surjan del Código Civil, sino de leyes especiales, el segundo párrafo del artículo 1119 establece que el derecho del acreedor (a que se constituya la futura hipoteca) surge de la inscripción de las hipotecas legales en el Registro. En otras palabras, parecería que la validez del derecho de crédito y de la hipoteca se unen en un mismo momento. Pero ello no es así, pues el propio segundo párrafo del artículo 1119 se encarga de señalar que las personas en cuyo favor se reconoce dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción; en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

razón a que el título constitutivo de las hipotecas legales será —siempre— la ley. En ese sentido, el acreedor beneficiado con su surgimiento siempre podrá exigir su inscripción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Renuncia y cesión de rango

Artículo 1120.- Las hipotecas legales son renunciables y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.

La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente.

El artículo 1120 establece el carácter renunciable de las hipotecas legales. Ello nos parece correcto, en la medida de que se trata de derechos de orden patrimonial y el Código Civil de 1984 asume la tesis de que tales derechos son renunciables. El caso de las hipotecas legales no tendría por qué ser la excepción.

Además, se establece la posibilidad de que el titular ceda su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales. Este tema ya ha sido desarrollado por nosotros, con ocasión del análisis del artículo 1114 del Código Civil.

El artículo 1120 indica, además, que la renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente. Interesante precisión, en la medida de que la renuncia, en sí misma, no tiene un tratamiento orgánico en el Código Civil, sobre todo en el Derecho de Obligaciones, que es donde podría encontrarse regulado. No obstante, la doctrina considera que la renuncia es un acto de naturaleza unilateral, y que para ser válida y eficaz no requiere de la aceptación de ninguna otra persona. Es el caso de la renuncia a la herencia (sí regulada por el Código Civil en los artículos 674 a 680) y de la renuncia al cobro de una deuda, materia no regulada por el Código Civil, pero que, obviamente, parte de una decisión unilateral. Para no cobrar una deuda, sólo se requiere que el acreedor no la cobre. Otro caso es que, al no tratarse de un acto bilateral, como sí es la condonación, el deudor tendría derecho a forzar el pago, cuando ello sea posible, a través de la consignación.

La renuncia a una hipoteca legal es válida desde que se produzca; y eficaz desde que se comunique a los eventuales interesados.

El mismo tratamiento otorga el artículo 1120 a la cesión de rango.

Pero la cesión no es un acto unilateral (a pesar de que lo dice el segundo párrafo del artículo 1120). La cesión del rango es una cesión de derechos y, por tanto, se trata de un acto, en principio, bilateral, conforme a lo establecido

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por el segundo párrafo del artículo 1206, pudiendo ser también trilateral. Para tal efecto, remitimos al lector a lo desarrollado junto con el profesor Felipe Osterling Parodi.[36]

Sí estamos de acuerdo, en cambio, con el extremo del segundo párrafo del artículo 1120, en el sentido de que tanto la renuncia al rango de la hipoteca, como la cesión del mismo podrían hacerse con antelación a la constitución de la hipoteca legal. Se trataría de la renuncia o de la cesión de un derecho futuro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

36 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, volumen II, pp. 669 a 722.

Normas aplicables a la hipoteca legal

Artículo 1121.- Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables.

Las hipotecas legales sólo tienen regulación propia en los artículos 1118 a 1121. De ahí que se justifique plenamente lo establecido en el artículo 1121, en el sentido de que las reglas de los artículos 1097 a 1117 (relativos a las hipotecas convencionales) y 1122, referido a la extinción de la hipoteca, rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables.

Esto es lógico, en tanto y en cuanto las hipotecas legales son tan hipotecas como las hipotecas convencionales; y, en tal sentido, ellas se distinguen fundamentalmente en lo que respecta a la fuente que les da origen. Es de evidencia que lo relativo a este tema no será común, como sí lo será todo lo demás.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Causas de extinción de la hipoteca

Artículo 1122.- La hipoteca se acaba por:

1.- Extinción de la obligación que garantiza.

2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.

3.- Renuncia escrita del acreedor.

4.- Destrucción total del inmueble.

5.- Consolidación.

El artículo 1122 se encarga de regular los casos de extinción de la hipoteca.

Veamos:

a) Extinción de la obligación que garantiza (inciso 1)

Es evidente que la hipoteca, como derecho real de garantía, que es, no puede existir sin el derecho principal al que acompaña, en este caso, una o más obligaciones que está destinada a garantizar. Así, cuando se extinga la obligación, se extinguirá la hipoteca. Si la hipoteca garantiza varias obligaciones, pues aquella se extinguirá al haberse extinguido todas las obligaciones garantizadas.

La extinción de una obligación puede derivarse del pago o por haber sido extinguida a través de cualquier otro medio extintivo de las obligaciones, tanto típico como atípico.

Por lo demás, una obligación también se extinguiría en la medida en que fuese declarada nula por los tribunales de justicia.

b) Anulación de dicha obligación (inciso 2)

El acto jurídico que da nacimiento a las obligaciones garantizadas con la hipoteca se puede anular por vicios de la voluntad (artículos 201 a 218, como son el error, el dolo, la violencia y la intimidación), así como por simulación relativa (artículo 191) y por haber sido celebrado por un incapaz relativo (artículo 227).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La anulabilidad, una vez declarada, hace que el acto se considere como que nunca fue válido, es decir, como que siempre fue nulo. Si se anulara el contrato del cual nacía la obligación garantizada, entonces, evidentemente, se extinguirá la hipoteca (lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

c) Rescisión de dicha obligación (inciso 2)

La rescisión es una figura exclusivamente regulada en materia contractual.

Señala el artículo 1370 que: «La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo».

La regulación prosigue en el artículo 1372, que establece lo siguiente:

> Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.
>
> La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.
>
> Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento.
>
> En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.

Son contados los casos de rescisión contemplados en el Código Civil de 1984. El primero es el de la lesión (artículos 1447 a 1456). El segundo es la venta del bien ajeno (artículos 1539 a 1541), el tercero, la compraventa sobre medida (artículos 1574 y 1579).

Ellos tienen en común el que cuando la rescisión se declare judicialmente, el contrato devendría en ineficaz.

En ese sentido, ante la ineficacia del contrato de donde emane la obligación principal garantizada con una hipoteca que garantice cualquier obligación nacida de él, la hipoteca debería devenir en ineficaz. De ahí que el artículo 1122 la considere extinguida.

d) Resolución de dicha obligación (inciso 2)

La resolución es también una figura típicamente contractual. El Código Civil de 1984 la regula en su artículo 1371, en el que señala que: «La

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración».

El tratamiento se complementa en el 1372, antes transcrito.

La resolución, cuando ella es declarada, tiene como consecuencia el hacer cesar los efectos de la relación contractual. En tal sentido, carecería de objeto que la hipoteca que garantice una obligación nacida del contrato ya resuelto, siga existiendo; de ahí que el artículo 1122, inciso 2, la considere extinguida.

e) Nulidad de la obligación que garantiza

Si bien es cierto el inciso 2 del artículo 1122 no contempla este supuesto como causal de extinción de las hipotecas, entendemos que se trata del supuesto por excelencia.

De ahí que, si un acto del cual emanase una obligación garantizada con hipoteca, fuese declarado nulo, la referida hipoteca también lo sería.

f) Renuncia escrita del acreedor (inciso 3)

Entendemos que la renuncia escrita del acreedor, comunicada al deudor, extinguiría la hipoteca. Pero si el bien hipotecado fuese de un tercero, ¿bastaría con la renuncia a favor de ese tercero; o sería necesaria la aceptación del deudor?

Creemos que sería necesaria la aceptación del deudor, pues a él también le interesa que su deuda tenga cobertura suficiente, en caso no pueda pagar en el momento debido. Tema discutible, por cierto.

g) Destrucción total del inmueble (inciso 4)

Los derechos reales de garantía, como ya lo hemos expresado en este trabajo, requieren de la existencia de un bien al cual afectar, precisamente, en garantía. Si el bien se destruyese, resulta evidente que la hipoteca se extinguiría (lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

En la medida de que la destrucción no fuese total, sino parcial, la hipoteca subsistirá y el deudor estaría obligado a ofrecer otro bien en garantía, en sustitución del primero.

h) Consolidación (inciso 5)

Como sabemos, la consolidación en Derecho de Obligaciones es la reunión, en una misma persona, de las calidades contradictorias de acreedor y deudor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En materia de hipoteca, se producirá consolidación en la medida de que se reúnan en una misma persona las calidades de acreedor y deudor propietario del bien hipotecado. Si el bien perteneciese a un tercero, la consolidación de la hipoteca se daría si se reuniesen en una misma persona el acreedor y el tercero, propietario del bien hipotecado. Es claro que en este último caso no habría consolidación de la obligación, pero sí de la hipoteca.

El ejemplo por antonomasia de la consolidación es el derivado de la sucesión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Derecho de retención

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Derecho de retención

Derecho de retención

Artículo 1123.- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

Este artículo brinda el concepto del derecho de retención. Así, establece que: «Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene».

El derecho de retención, así definido, se convierte en una especie de garantía atípica, pues no se trata de una garantía preconstituida o, si se quiere, constituida de manera bilateral entre deudor y acreedor para el cumplimiento de la obligación, sino de una garantía que la propia ley faculta al acreedor a constituir para asegurar el pago del deudor, naturalmente, si el crédito no estuviese suficientemente garantizado.

El supuesto fundamental para que se permita al acreedor retener un bien del deudor, es que haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

Por ejemplo, que el propietario de una obra retenga algunos implementos de la persona que viene realizando labores de carpintería en la misma, precisamente, porque no le ha cumplido con entregar las últimas puertas de madera que se comprometió a hacer y colocar en la obra. Debemos subrayar que los implementos retenidos no deberían ser indispensables para la elaboración de las referidas puertas, pues de lo contrario sería un absurdo retenerlos. Sí procedería el derecho de retención, por ejemplo, con respecto a la bicicleta de propiedad del carpintero, que ha dejado en la obra.

Cuando la ley establece que tiene que haber relación entre la obligación impaga y el bien retenido, entendemos, pues, que alguna relación debe haber, aunque no sea directa. Decimos esto, pues, si la relación fuese directa, sólo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cabría hablar de la retención de los materiales de trabajo que el carpintero debía emplear para hacer las puertas.

Ahora bien, no siempre habrá tanta relación entre la obligación impaga y el bien que se retenga, pero alguna, aunque fuera indirecta, debe haber. Decimos esto, porque de lo contrario sería muy difícil de ejercer el derecho de retención.

El artículo 1123 señala también que el derecho de retención procede también en los casos que establece la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bienes no susceptibles de retención

Artículo 1124.- La retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.

El artículo 1124 señala que la retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.

En buena cuenta, la retención no procede cuando un tercero tenga sobre ellos un derecho de crédito. Entendemos que si fuere el caso y ya se hubiese producido la retención de los bienes por parte del acreedor impago, entonces, el eventual acreedor depositario o el eventual acreedor del bien, deberán demostrar verosímilmente su condición de acreedores. Para tal efecto resultaría necesario un contrato simple, en el que se hubiere legalizado la fecha por un notario público. O, mejor aún, un contrato por escritura pública en el que conste el crédito consistente en la entrega del bien.

La ley prefiere a estos acreedores por tener títulos de fecha más antigua que el momento en que el acreedor en cuestión hubiera decidido ejercer el derecho de retención; y, siguiendo la lógica que emplea el propio Código Civil en otros ámbitos similares, prevalecería el instrumento de fecha cierta más antigua (argumento de los artículos 1135 y 1136).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indivisibilidad del derecho de retención

Artículo 1125.- El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

El derecho de retención, al igual que la prenda (que sigue presentando abundante existencia práctica en el Perú), la anticresis y la hipoteca, tiene carácter indivisible. Como señala el artículo 1125 del Código Civil, puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

Sobre este tema no vamos a abundar, pues ya ha sido objeto de tratamiento en otros extremos de esta obra.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LÍMITE Y CESE DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Artículo 1126.- La retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza.

Este artículo establece los límites del derecho de retención. El tema es muy simple. Si con el derecho de retención el acreedor busca garantizar el crédito, es evidente que no podrá retener bienes de su deudor por un valor que exceda lo debido. Ello carecería de sentido y de justicia.

En el mismo orden de ideas, la retención de tales bienes debería cesar al momento en el cual el acreedor ya haya visto satisfecha la obligación. De lo contrario, estaría incurriendo en una retención indebida, vale decir, en un abuso del derecho, acto ilícito e indemnizable, por cierto.

Lo propio se aplica cuando el deudor ya hubiese garantizado la obligación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ejercicio judicial y extrajudicial de la retención

Artículo 1127.- El derecho de retención se ejercita:

1.- Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que se cumpla la obligación por la cual se invoca.

2.- Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

El artículo 1127 establece las clases de derecho de retención: extrajudicial y judicial.

Veamos:

a) Extrajudicial

Se ejerce rehusando la entrega del bien y conservándolo hasta que se cumpla la obligación por la cual se invoca.

Como puede apreciarse, el derecho de retención tiene carácter unilateral. El acreedor impago y no garantizado lo puede ejercer por sí solo. Basta esto para que el ejercicio del derecho de retención sea válido. Pero para que surta efectos contra el deudor, habrá que poner en su conocimiento cuándo el bien ha sido retenido o, en su defecto, cuándo ese deudor reclame al acreedor la devolución del bien.

b) Judicial

Esta forma de ejercer el derecho de retención debe hacerse a título de excepción procesal, la misma que estará destinada a oponerse a la pretensión tendiente a conseguir la entrega del bien.

En estos casos, el demandante podrá pedir al juez que autorice que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inscripción o anotación preventiva del derecho de retención

Artículo 1128.- Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Respecto a los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

El artículo 1128 tiene por finalidad regular el ejercicio del derecho de retención respecto a inmuebles.

El primer párrafo establece que para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble. Es evidente que tal inscripción se debería originar en una escritura pública otorgada por quien ejerce el derecho de retención, a través de la cual especifique el fundamento fáctico y jurídico del mismo, así como el detalle del inmueble sobre el cual ejerce este derecho de retención.

El segundo párrafo del artículo 1128 establece que sólo se puede ejercer el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Pero ¿qué pasa con respecto al adquirente a título oneroso que no tenga registrado su derecho? Pues, es claro que contra él no se podrá ejercer el derecho de retención (argumento del segundo párrafo del artículo bajo comentario).

El artículo 1128 concluye con una disposición destinada a proteger al acreedor que haya ejercido el derecho de retención, pero se trata de inmuebles no inscritos. En este caso, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Embargo y remate del bien hipotecado

Artículo 1129.- El derecho de retención no impide el embargo y el remate del bien, pero el adquirente no puede retirarlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta, en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que pueda existir.

El artículo 1129 regula los alcances del derecho de retención.

Especifica que el hecho de que un bien del deudor esté retenido por un acreedor, no lo hace inmune a las acciones que puedan interponer otros acreedores de ese mismo deudor.

Así, la norma establece que el derecho de retención no impide el embargo y remate del bien (por parte, obviamente, de esos otros acreedores del mismo deudor).

No obstante, esto no significa que el derecho de retención resulte inútil, pues el adquirente (en remate público) del bien retenido no puede retirarlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta, en lo que sea necesario para cubrir su crédito, naturalmente, salvo la preferencia hipotecaria que pueda existir.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nulidad del pacto comisorio

> **Artículo 1130**.- Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario.

Este artículo fue modificado por la tercera disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo n.° 1400, publicado el 10 de septiembre de 2018, que recién entrará en vigencia a partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM, lo que, a la fecha en que he concluido la elaboración de este libro, todavía no ha ocurrido. El nuevo texto de la norma, entonces, será el siguiente:

> **Artículo 1130**.- Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario, con excepción de los casos de adjudicación del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria.

El artículo 1130 establece que aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido; siendo nulo el pacto en contrario. La modificación introducida por el Derecho Legislativo n.° 1400, exceptúa los casos de adjudicación del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria. Pero, como hemos señalado, esta ley aún no entra en vigencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación del derecho de retención

Artículo 1131.- Las reglas de este Título son aplicables a todos los casos en que la ley reconozca el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales.

Puede ocurrir que el derecho de retención no nazca en virtud el Código Civil, sino de alguna ley especial, caso en el cual las reglas del Código Civil sobre la materia serían aplicables supletoriamente; ello, pues debería tenerse en cuenta, primero, lo dispuesto en las normas especiales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía citada

Arias-Schreiber Pezet, Max. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Elvira Martínez Coco, y Ángela Arias-Schreiber Montero. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. San Jerónimo Ediciones. Lima, 1998, tomo II.

Cantuarias Salaverry, Fernando. «Retracto: réquiem de un derecho económico y social». En *Thémis* n.° 24, segunda época. Lima, 1992.

Castillo Freyre, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Volumen XIII de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1992.

Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998.

Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Volumen XVIII de la *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.

Castillo Freyre, Mario. *Tratado de la venta*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Palestra Editores. Lima, 2010.

Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo II.

Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Cuatro temas de hoy*. Derecho & Sociedad Asociación Civil. Lima, 2004.

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004; y ulteriores ediciones.

Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria*. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2006.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Castillo Freyre, Mario y Verónica Rosas Berastain. *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria* (segunda edición). Instituto Pacífico. Lima, 2017.

Comisión Revisora del Código Civil peruano. Bigio Chrem, Jack. *Exposición de Motivos de la Comisión Revisora del Código Civil. Derecho de retracto.*

De la Puente y Lavalle, Manuel. En: Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Compraventa.* Okura Editores. Lima, 1985.

Maisch von Humboldt, Lucrecia. En: Revoredo Marsano, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios. Exposición de Motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil.* Okura Editores. Lima, 1985, volumen V.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de las Obligaciones* (primera edición). Volumen XVI de la *Biblioteca Para leer el Código Civil.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994 - 2003.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones.* Thomson Reuters. Lima, 2014.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

Palabras liminares 7

LIBRO V
DERECHOS REALES

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Concepto 13
Restricciones a la disposición o gravamen 15
Propiedad rústica 17
Propiedades incorporales 18

SECCIÓN SEGUNDA

BIENES

TÍTULO I

CLASES DE BIENES

Bienes inmuebles 23
Bienes muebles 26

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II

Partes integrantes y accesorios

Partes integrantes. Concepto 31
Bienes accesorios. Concepto 33
Condición de partes integrantes o bienes accesorios 37

Título III

Frutos y productos

Frutos. Concepto 41
Clases de frutos 42
Pertenencia de los frutos 46
Cómputo de frutos industriales o civiles 48
Productos. Concepto 49
Disposiciones sobre frutos y productos 50

Sección Tercera

Derechos reales principales

Título I

Posesión

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Posesión. Concepto 57
Servidor de la posesión 59

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Adición del plazo posesorio 60
Coposesión 61

Capítulo Segundo
Adquisición y conservación de la posesión

Adquisición de la posesión 63
Tradición 64
Sucedáneos de la tradición 65
Tradición documental 68
Conservación de la posesión 70

Capítulo Tercero
Clases de posesión y sus efectos

Clases de posesión 71
Posesión ilegítima de buena fe 73
Duración de la buena fe 74
Posesión de buena fe y frutos 75
Responsabilidad del poseedor de mala fe 76
Posesión de mala fe y restitución de frutos 78
Posesión precaria 79

Capítulo Cuarto
Presunciones legales

Presunción de propiedad 81
Presunción de posesión de accesorios 83
Presunción de buena fe del poseedor 84
Presunción de posesión continua 85

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Quinto
Mejoras

Mejoras. Clases 86
Derecho al valor o al retiro de las mejoras 89
Derecho de retención 94
Prescripción de la acción de reembolso 95

Capítulo Sexto
Defensa posesoria

Defensa posesoria extrajudicial 96
Defensa posesoria judicial 99

Capítulo Séptimo
Extinción de la posesión

Causales de extinción de la posesión 100

Título II
Propiedad

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Propiedad. Concepto 105
Ejercicio abusivo del derecho de propiedad 107
Restricciones legales 108
Restricciones convencionales 109
Acción reivindicatoria 110
Régimen legal de la expropiación 111

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Adquisición de la propiedad

Subcapítulo I
Apropiación

Apropiación de cosas libres 112
Apropiación por caza y pesca 114
Caza y pesca en propiedad ajena 116
Hallazgo de objetos perdidos 118
Pago de gastos y gratificación por el hallazgo 121
Búsqueda de tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado 123
División del tesoro encontrado en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado 125
Protección del Patrimonio Cultural de la Nación 126

Subcapítulo II
Especificación y mezcla

Adquisición por especificación y mezcla 127

Subcapítulo III
Accesión

Accesión. Concepto 130
Accesión por aluvión 131
Accesión por avulsión 132
Edificación de buena fe en terreno ajeno 134
Propietario del suelo que obra de mala fe 136
Edificación de mala fe en terreno ajeno 137
Invasión del suelo colindante 139
Edificación o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas 141
Accesión natural 143

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Subcapítulo IV
Transmisión de la propiedad

Transferencia de propiedad de bien mueble 145
Adquisición a *non dominus* de bien mueble 147
Transferencia de propiedad de bien inmueble 149

Subcapítulo V
Prescripción adquisitiva

Prescripción adquisitiva de bien inmueble. Requisitos 150
Prescripción adquisitiva de bien mueble. Requisitos 154
Declaración judicial de prescripción adquisitiva 155
Interrupción del término de prescripción 156

Capítulo Tercero
Propiedad predial

Subcapítulo I
Disposiciones generales

Extensión del derecho de propiedad 158
Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo 160
Acciones por obra que amenaza ruina 161
Régimen de la propiedad predial 162
Régimen de la propiedad horizontal 163

Subcapítulo II
Limitaciones por razón de vecindad

Actos para evitar peligros de propiedades vecinas 164
Paso de materiales de construcción por predio ajeno 165
Límites a la explotación industrial del predio 166
Prohibición de abrir o cavar pozos que dañen propiedades vecinas 168

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Obras y depósitos nocivos y peligrosos 169
Paso de aguas por predio vecino 170

Subcapítulo III
Derechos del propietario

Derecho a cercar un predio 171
Obligación de deslinde y amojonamiento 172
Derecho al corte de ramas y raíces invasoras del predio 173

Capítulo Cuarto
Extinción de la propiedad

Extinción de la propiedad. Causales 174

Capítulo Quinto
Copropiedad

Subcapítulo I
Disposiciones generales

Copropiedad. Concepto 177
Presunción de igualdad de cuotas 179
Decisiones sobre el bien común 180
Régimen aplicable a la administración judicial de los bienes comunes 185
Administración del bien común por uno de los copropietarios 186

Subcapítulo II
Derechos y obligaciones de los copropietarios

Derecho de uso del bien común 188
Indemnización por uso total o parcial del bien 191
Derecho de disfrute 193
Disposición de la cuota ideal y sus frutos 194

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos de propiedad exclusiva 195
Reivindicación y defensa del bien común 196
Mejoras necesarias y útiles en la copropiedad 197
Gastos de conservación y cargas del bien común 198
Saneamiento por evicción del bien común 200

Subcapítulo III
Partición

Noción de partición 202
Obligatoriedad de la partición 204
Imprescriptibilidad de la acción de partición 206
Partición convencional 207
Partición convencional especial 209
Partición de bienes indivisibles 212
Derecho de preferencia del copropietario 213
Lesión en la partición 219
Diferimiento o suspensión de la partición 220

Subcapítulo IV
Extinción de la copropiedad

Causales de extinción de la copropiedad 221

Subcapítulo V
Pacto de indivisión

Plazo y efectos del pacto de indivisión 223

Subcapítulo VI
Medianería

Presunción de medianería 225
Obtención de medianería 226

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Uso de pared medianera 228
Construcción de pared medianera 229
Cargas de la medianería 230

Título III

Usufructo

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Noción de usufructo 233
Constitución del usufructo 235
Plazo del usufructo 237
Transferencia o gravamen del usufructo 239
Expropiación del bien en usufructo 240
Usufructo legal sobre productos 241
Régimen de los efectos del usufructo 242

Capítulo Segundo
Deberes y derechos del usufructuario

Inventario y tasación de bienes por el usufructuario 243
Obligación del usufructuario de prestar garantía 244
Explotación del bien 245
Prohibición de modificar el bien usufructuado 246
Obligación del usufructuario de pagar tributos, rentas y pensiones 247
Derecho de subrogación del usufructuario 248
Desgaste del bien por disfrute ordinario 249
Obligación de reparar el bien usufructuado 250
Reparaciones ordinarias 251
Aplicación supletoria de las normas sobre mejoras 252

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Propiedad de frutos pendientes 253
Oposición del propietario por infracciones del usufructuario 254

Capítulo Tercero
Cuasiusufructo

Usufructo de dinero 255
Usufructo de un crédito 256
Cobro de capital 257

Capítulo Cuarto
Extinción y modificación del usufructo

Causales de extinción del usufructo 258
Usufructo a favor de varias personas 262
Destrucción del bien usufructuado 263
Destrucción o pérdida parcial del bien usufructuado 264
Usufructo sobre fundo o edificio 265

Título IV
Uso y habitación

Régimen legal del derecho de uso 269
Derecho de habitación 270
Extensión de los derechos de uso y habitación 271
Carácter personal de los derechos de uso y habitación 272

Título V
Superficie

Superficie. Noción y plazo 275
Constitución y transmisibilidad 277

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Extensión del derecho de superficie 278
Pervivencia del derecho de superficie 279
Extinción del derecho de superficie 280

Título VI

Servidumbres

Servidumbre legal y convencional 283
Características de las servidumbres 285
Perpetuidad de la servidumbre 286
Indivisibilidad de la servidumbre 287
División del predio dominante 288
Servidumbres aparentes 289
Constitución de servidumbre por el usufructuario 290
Servidumbre de predio sujeto a copropiedad 291
Extensión y condiciones de la servidumbre 292
Obras para ejercicio de servidumbre 293
Conservación de la servidumbre 294
Prohibición de aumentar el gravamen 295
Prohibición de impedir el uso de la servidumbre 296
Servidumbre sobre bien propio 297
Extinción por destrucción total 298
Extinción por falta de uso 299
Servidumbre legal de paso 300
Onerosidad de la servidumbre legal de paso 301
Servidumbre de paso gratuito 302
Amplitud del camino en el derecho de paso 303

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Cuarta

Derechos reales de garantía

Título I

Prenda

Prenda 309

Título II

Anticresis

Definición de anticresis 313
Formalidades 314
Imputación de la renta del inmueble 315
Obligaciones del acreedor anticrético 316
Retención del inmueble por otra deuda 317
Normas supletorias aplicables 318

Título III

Hipoteca

Capítulo Primero
Disposiciones generales

Noción de hipoteca 329
Formalidad de la hipoteca 331
Requisitos de validez de la hipoteca 332
Carácter inmobiliario de la hipoteca 335
Extensión de la hipoteca 336
Indivisibilidad de la hipoteca 338

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Hipoteca sobre un conjunto de bienes que conforman una explotación económica 339
Garantía de obligación futura o eventual 340
Hipoteca sujeta a modalidad 341
Prohibición de hipotecar bienes futuros 343
Cobertura de la hipoteca 344
Garantía de títulos transmisibles 345
Hipoteca varios inmuebles 346
Cumplimiento anticipado de la obligación 347
Nulidad del pacto comisorio 348

Capítulo Segundo
Rango de las hipotecas

Preferencia de hipotecas 349
Hipotecas ulteriores 350
Cesión de rango preferente 351

Capítulo Tercero
Reducción de la hipoteca

Reducción del monto de la hipoteca 352
Reducción judicial del monto de la hipoteca 353

Capítulo Cuarto
Efectos de la hipoteca frente a terceros

Acción personal y acción real del acreedor 354

Capítulo Quinto
Hipotecas legales

Hipotecas legales 355
Constitución e inscripción de hipoteca legal 357

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Renuncia y cesión de rango 359
Normas aplicables a la hipoteca legal 361
Causas de extinción de la hipoteca 362

Título IV

Derecho de retención

Derecho de retención 369
Bienes no susceptibles de retención 371
Indivisibilidad del derecho de retención 372
Límite y cese del derecho de retención 373
Ejercicio judicial y extrajudicial de la retención 374
Inscripción o anotación preventiva del derecho de retención 375
Embargo y remate del bien hipotecado 376
Nulidad del pacto comisorio 377
Aplicación del derecho de retención 378

Bibliografía citada 381

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE