

DERECHOS REALES

Jorge Avendaño V.*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

Los derechos reales vienen a ser un numerus clausus de facultades y prerrogativas que relacionan al hombre con las cosas o, en su sentido más amplio, los bienes. Son recogidos por ordenamientos jurídicos desde Roma, y están en constante movilidad. Así, la Comisión de Reforma propone algunas modificaciones al libro de Derechos Reales del Código Civil.

Jorge Avendaño, Presidente actual de la Comisión Reformadora del Código Civil y miembro de dicha comisión desde su fundación en 1994 comenta el proyecto del libro de reales bajo la premisa que las modificaciones se han limitado a las reformas urgentes.

* Abogado. Doctor en Derecho Privado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Presidente de la actual Comisión Reformadora del Código Civil. Socio del Estudio Jorge Avendaño & Forsyth Abogados.

Pienso que las reformas “urgentes” son cosa distinta de las reformas “convenientes”. Nuestra tarea era hacer lo primero. Admito, sin embargo, que en la práctica, lo urgente o necesario tiende a confundirse con lo aconsejable o conveniente.

En este proyecto de Reales hay dos modificaciones que claramente no son urgentes. Son los artículos 882 (prohibición de enajenar o gravar) y los relativos a las hipotecas legales (artículos 1118 al 1121). Todas las demás son en mi concepto necesarias o urgentes. Así, el artículo 923 sobre facultades del propietario, la adquisición por prescripción de un bien común cuando media posesión exclusiva (artículo 950), la preeminencia de la protección registral a la adquisición por prescripción (artículo 952, párrafo 3), las decisiones de los copropietarios cuando no se trata de actos de disposición o gravamen (artículo 971), el pacto de indivisión (artículo 993), la extensión de la hipoteca en cuanto al bien (artículo 1101) y en cuanto al crédito (artículo 1107), la hipoteca de un bien futuro (artículo 1106) y la ejecución de la hipoteca (1118 y siguientes).

No se ha insistido esta vez en la clasificación de bienes en registrados y no registrados porque la ley de la garantía mobiliaria ha derogado los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885, con lo cual el criterio de la movilidad ya está respetado.

“SECCIÓN PRIMERA

Disposiciones generales

Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar.

Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.”

El Código actual establece la prohibición absoluta de pactar la prohibición de enajenar o gravar los bienes.

La razón es que los bienes en general están destinados a circular, que es lo que conviene

a la economía. El derecho de propiedad, por otra parte, atribuye a su titular los derechos de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el bien (ver artículo 923). La facultad de disposición se vería seriamente afectada si pudiese pactarse la prohibición de enajenar o gravar el bien.

El tema es controvertido en la doctrina porque, de otro lado, el propietario, que tiene plenos poderes sobre el bien, debería poder, precisamente en ejercicio de estos poderes y por convenir a su derecho, obligarse a no disponer o gravar el bien.

Sin embargo, en la práctica se ha visto la necesidad de que determinados bienes no se puedan enajenar. Por ejemplo, en algunos proyectos de inversión privada, puede convenir al Estado que los titulares de esos bienes no cambien. Precisamente por esto la Ley General de Sociedades ha establecido en su artículo 101 que se puede establecer la prohibición de enajenar o gravar las acciones de las sociedades pero por un plazo máximo de diez años renovables.

Entre las reformas vigentes del Código Civil se ha incluido una norma semejante. La diferencia radica en que no se ha dicho que los diez años de plazo máximo son renovables. Personalmente opino que este silencio no impide que se celebre un pacto por otros diez años.

“SECCIÓN TERCERA

Derechos reales principales

Título II

Propiedad

Artículo 923.- Noción. Ejercicio.

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

Se ha introducido sólo un cambio: se reemplaza el interés social como regulador del ejercicio de los derechos del propietario, por el bien común. La razón es que en el artículo 70 de la Constitución actual se ha incluido el bien común en vez del

interés social que estaba en anteriores constituciones.

“Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos.

- 1. 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.**
- 2. Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los coposeedores.**
- 3. Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.”**

El primer párrafo es copia textual del actual artículo 950. Los párrafos segundo y tercero son nuevos.

La regla del segundo párrafo tiene como antecedente el artículo 898 del Código de 1936, que se descartó en el Código actual por razones que nunca se explicitaron en la Comisión Reformadora. El fundamento de la norma es que cuando hay coposesión, quien posee no lo hace para sí sino en nombre de todos los coposeedores.

En el tercer párrafo se ha previsto una situación distinta a la del Código actual. El caso es que hay varios copropietarios, pero sólo uno posee en forma exclusiva, es decir, sin reconocer el estado de copropiedad. El Código actual dispone en el artículo 985 que ninguno de los copropietarios puede adquirir por prescripción los bienes comunes, sin admitir excepción alguna. La nueva norma admite la posibilidad de que haya prescripción pero siempre que el poseedor lo sea de modo exclusivo, sin reconocer la copropiedad de los otros copropietarios.

“Artículo 952.- Declaración judicial de prescripción adquisitiva.

- 1. Quien adquiere un bien por prescripción puede entablar juicio para que se le declare propietario.**
- 2. 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.

- 3. No puede hacerse valer la prescripción adquisitiva contra el adquirente de buena fe que se acoge a lo dispuesto en el artículo 2014.”**

Los dos primeros párrafos repiten lo que dispone el Código actual.

El tercer párrafo pretende resolver una antigua discusión sobre quién tiene preferencia: si el que adquiere por prescripción o el que lo hace bajo la protección del Registro. La figura puede ser la siguiente: Juan es propietario de un inmueble, con derecho inscrito. El poseedor es Manuel, quien está próximo a adquirir por prescripción larga. En estas circunstancias, Jorge compra el bien a Juan e inscribe su adquisición. Al mismo tiempo Manuel culmina sus diez años de prescripción. ¿Quién es el propietario del bien, Jorge que adquirió bajo el amparo del artículo 2014 ó Manuel de conformidad con el artículo 950?

“Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios.

Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:

- 1. Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código.**
- 2. Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.”**

No hay justificación en que para arrendar el bien común, darlo en comodato o introducir modificaciones en él, sea preciso el voto unánime de los copropietarios. Este debe reservarse a los casos de disposición y gravamen del bien común. La mayoría absoluta es suficiente para todas las demás decisiones, computándose los votos, al igual que hoy, por el valor de las cuotas.

“Artículo 985.- Imprescriptibilidad.

La acción de partición es imprescriptible.”

La norma proyectada recoge lo que queda de este artículo, luego de haberse trasladado su parte final al artículo 950, tercer párrafo.

“Artículo 993.- Plazo y efectos del pacto de indivisión

- 1. Los copropietarios pueden celebrar pacto de indivisión por un plazo no mayor de diez años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente.**
- 2. El pacto de indivisión que no consigne plazo se presume que es por cuatro años.**
- 3. Para que produzca efecto contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el registro correspondiente.**
- 4. Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo.”**

El primer párrafo de la norma consignada en el proyecto, contiene un cambio con respecto al Código actual. Es el plazo del pacto de indivisión, que puede alcanzar los diez años y no sólo cuatro. Sin embargo, si los copropietarios no hubiesen consignado plazo, se reputará que es de cuatro años.

“Título III

Hipoteca

Capítulo Primero

Disposiciones Generales

Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.”

El cambio que se introduce en este artículo está referido a las partes integrantes y a los accesorios, que por cierto están comprendidos en la hipoteca. Pero con esta aclaración: tanto los actuales como futuros. Esta precisión es del todo pertinente porque con frecuencia la hipoteca asegura la construcción de una casa o edificio. Así, el propietario del terreno solicita un crédito para la construcción sobre dicho terreno. El préstamo queda garantizado con hipoteca pero únicamente del terreno porque la edificación aún no existe. El día de mañana

cuando la edificación exista, la hipoteca la cubrirá también a título de parte integrante.

La regla parece obvia porque la doctrina unánimemente reconoce la extensión de la hipoteca en los términos indicados, pero era oportuno aclararlo porque no han faltado sentencias –incluso una célebre del Tribunal Constitucional– que negaron la extensión del gravamen a la edificación posterior y mandaron, una vez producido el incumplimiento, que se sacara a remate sólo el terreno. ¡Como si esto fuera posible habiendo una fábrica encima! El sustento para tan equivocado fallo fue que conforme al artículo 1106 no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.

“Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro.

La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir.”

Esta prohibición de constituir hipoteca sobre bienes futuros, que no estaba incluida en el Código de 1936, fue, como ya se indicó, el fundamento para considerar que la futura construcción sobre el terreno hipotecado no quedaba comprendida en el gravamen.

En general, la regla actual se ha prestado a discusiones, entre otras cosas porque se discute en doctrina qué es un bien futuro, un bien que no existe o uno que aún no se ha adquirido.

Al elaborar este proyecto de reformas urgentes, se tuvo en cuenta lo que dispone el artículo 1534 a propósito de la venta de un bien futuro: el contrato queda sujeto a la condición suspensiva en que llegue a tener existencia.

“Artículo 1107.- Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito.

La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos que origine la cobranza. El importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.”

La norma actual ha dado lugar a sentencias contradictorias. El tema en debate es el de

los intereses. Lo de las primas de seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio de cobro no ofrece mayor problema. Pero lo de los intereses sí porque el monto de la deuda puede crecer significativamente, en especial si el plazo de la deuda es prolongado.

Hay ejecutorias que han dicho que como un requisito de la hipoteca es que ella sea por cantidad determinada o determinable (artículo 1099, inciso 3), los intereses sólo estarán cubiertos hasta el monto de la hipoteca. Se afirma además que el monto del gravamen no puede exceder el importe del capital adeudado porque si así fuera la hipoteca dejaría de ser accesoria, violándose el artículo 1099, inciso 2.

En mi opinión estos argumentos no tienen solidez. No olvidemos que el Código se refiere al monto determinado o determinable. En este último concepto se comprende el importe de los intereses, que se determina en función del tiempo que ha corrido. Sin embargo, para clarificar el asunto y evitar las sentencias contradictorias se ha dicho expresamente que el importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.

“Capítulo Quinto

Hipotecas Legales

Artículo 1118.- Se deroga.

Artículo 1119.- Se deroga.

Artículo 1120.- Se deroga.

Artículo 1121.- Se deroga.”

Se ha considerado conveniente eliminar las hipotecas legales porque en la práctica se las utiliza muy poco. Lo frecuente es que, en los casos del artículo 1118, la hipoteca se pacte. Otra razón para la supresión de estas hipotecas es que, conforme al artículo 1119, ellas se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador. En los hechos ocurre que el acreedor debe estar atento para que esta inscripción de oficio se produzca. Igual podrá estar atento para que se formalice la hipoteca convencional.

“Capítulo Sexto

Ejecución de la Hipoteca

Artículo 1118.- Ejecución de la hipoteca.

1. Si es exigible la obligación garantizada con hipoteca, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los numerales siguientes o en el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de pacto o en la situación prevista en el numeral 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil.
2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del bien afectado en garantía mediante subasta notarial convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo numeral del artículo 153 ni el artículo 156.
3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial.
4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la hipoteca que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del Juez competente, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del Juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El Juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

5. **Una vez iniciada la ejecución, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta en arbitraje o por el Juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, bajo responsabilidad.**
6. **Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y en su caso al constituyente y al representante, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.**
7. **El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones pactadas para la venta por subasta notarial."**

Largo debate ha provocado la eventual ejecución extrajudicial de la hipoteca. El Poder Judicial también se pronunció sobre ello y dijo que dicha venta extra judicial no es posible en razón de lo dispuesto por la parte final del artículo 1097.

Cuando se discutió el Código actual se logró incluir el artículo 1069, que regulaba la ejecución extrajudicial de la prenda. Con posterioridad a ello, se dictó la ley de la garantía mobiliaria, que establece en detalle cómo se venden, sin intervención judicial, los bienes afectos a la garantía.

En este proyecto se incluye la venta extrajudicial del bien hipotecado con una normatividad muy semejante a la de la garantía mobiliaria.

Es interesante señalar que en otros países el bien hipotecado puede venderse extrajudicialmente. Así, en varios Estados de la Unión Europea y en países de América Latina como Argentina, Chile, Panamá, Colombia y México, la introducción de esta

venta sin juez ha acertado significativamente los plazos de cobro de crédito garantizado.

"Artículo 1119.- Venta en caso de hipotecas sucesivas.

Cuando hubiere hipotecas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la hipoteca de primer rango."

Es el caso de que se hayan establecido varias hipotecas sucesivas sobre el mismo bien, pero quien está procediendo a la venta del bien hipotecado no es el primer acreedor sino del segundo en adelante. En este caso la venta debe hacerse de acuerdo a lo pactado por el primer acreedor.

"Artículo 1120.- Modo de entrega del bien hipotecado.

1. **Las partes podrán regular mediante pacto el modo de entrega del bien hipotecado.**
2. **A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente de dicho bien, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien hipotecado.**
3. **El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al Juez competente la entrega del bien hipotecado. El Juez no correrá traslado del pedido de entrega y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El Juez expedirá el mandato de entrega por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada.**

4. **El mandato de entrega se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar.**

La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el numeral anterior deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien hipotecado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente.”

La hipoteca, lo sabemos todos, no despoja al constituyente de la garantía. Este es generalmente el deudor, que es precisamente el incumplidor. En esta norma se regula como entra en posesión el acreedor o el representante encargado de la ejecución del

bien. La regla está también tomada en buena parte de la ley de la garantía mobiliaria.

“Artículo 1121.- Arbitraje.

Las partes pueden someter a arbitraje todas las controversias que se susciten en relación con la hipoteca incluida su ejecución.”

La norma habilita la posibilidad de que las partes sometan a arbitraje todos los conflictos derivados de la hipoteca, incluida su ejecución.

Lima, 7 de octubre de 2011

Jorge Avendaño V.