



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y ACCESO AL CRÉDITO HIPOTECARIO EN
EL PREDIO SAN ANTONIO - ZONA REGISTRAL X DE CUSCO**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

PRESENTADO POR:

BACH. WILFREDO CONCHA CAMACHO

ASESOR:

DR. ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA

CUSCO – PERÚ

2019



DEDICATORIA

*A Zoila y Wilfredo, lo aciertos son suyos; los errores
son míos.*



RESUMEN

La presente tesis “El Régimen de Copropiedad y Acceso al Crédito Hipotecario en el Predio San Antonio – Zona Registral X de Cusco” ha tenido como objetivo general determinar de qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos. El acceso al crédito demostró ser una de las principales causas de la mejora de la calidad de vida de las personas, convirtiéndose así el crédito con garantía hipotecaria en una de las mejores armas para el desarrollo de las personas. Esto se debe en gran medida a los beneficios que trae el mismo, como es el acceso a montos altos de crédito, tasas de interés bajas y apertura de líneas de crédito paralelo, entre muchos otros. Pero estos grandes beneficios no sé vienen presentando entre los copropietarios del Predio San Antonio, inscrito en la Zona X de registros públicos. Esta ha sido una tesis con enfoque cualitativo documental, porque basará sus conclusiones en el análisis y argumentación a partir de la información documental que se recabe, con un tipo de estudio dogmático exploratorio, porque el estudio busca establecer si existe colisión entre el régimen de copropiedad y el sistema financiero con él acceso a la hipoteca. La conclusión a la que esta tesis arribó fue que, el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos, viéndose esto reflejado en la calidad de vida de los habitantes de esta zona.

PALABRAS CLAVE: Régimen de copropiedad, Hipoteca, Sistema Financiero.



ABSTRACT

In this thesis "The Co-Ownership Regime and Access to Mortgage Credit in the Property San Antonio - Registry Area X of Cusco" has as its general objective to determine how the co-ownership regime and the financial system limit access to the mortgage by the co-owners of the San Antonio property, registered in Zone X of Public Registries. The access to credit proved to be one of the main causes of the improvement of the quality of life of the people, being this way, the access to the credit with mortgage guarantee one of the best weapons for the development of the people. This is largely due to the benefits it brings, such as access to high amounts of credit, low interest rates and opening parallel credit lines, among many others. But these great benefits I do not know are presented among the co-owners of the San Antonio Property, registered in Zone X of public records. It has also been a thesis with qualitative documentary approach, because it will base its conclusions on the analysis and argumentation from the documentary information that is collected, with a type of exploratory dogmatic study, because the study seeks to establish if there is a collision between the regime of co-ownership and the financial system with it access to the mortgage. The conclusion reached by this thesis was that the co-ownership regime and the financial system limit access to the mortgage by the co-owners of the San Antonio property, registered in Zone X of Public Registries. And this is reflected in the quality of life of the inhabitants of this area.

Keywords: Co-ownership regime, Mortgage, Financial System.



ÍNDICE

DEDICATORIA ii

RESUMEN iii

ABSTRACT iv

INTRODUCCIÓN 8

CAPITULO I 11

1. EL PROBLEMA Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN 11

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 11

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA 18

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 19

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN..... 20

1.5. METODOLOGÍA APLICADA AL ESTUDIO..... 23

1.5.1 Unidad de análisis temático 23

1.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN..... 24

1.7. HIPÓTESIS DE TRABAJO..... 24

1.8. CATEGORÍAS DE ESTUDIO 24

CAPITULO II..... 26

SUBCAPITULO I..... 26

2.1. LA COPROPIEDAD 26

2.1.1. DEFINICIÓN 26

2.1.2. COMUNIDAD 29

2.1.3. LA CUOTA IDEAL COMO ELEMENTO TIPIFICANTE DE LA COPROPIEDAD..... 39

2.1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA COPROPIEDAD..... 41

2.1.5. FUENTES DE LA COPROPIEDAD..... 44

2.1.6. CLASES DE COPROPIEDAD..... 45

2.1.7. DERECHOS DE LOS COPROPIETARIOS 47

2.1.8. OBLIGACIONES DE LOS COPROPIETARIOS..... 58

2.1.9. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES 64



2.1.10..... PARTICIÓN
67

2.1.11..... MEDIANERIA
72

SUBCAPITULO II 75

2.2. EL SISTEMA FINANCIERO 75

2.2.1. CONCEPTO..... 75

2.2.2. TIPOS DE EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO..... 77

2.2.3. CRÉDITO..... 82

2.2.4. GARANTÍA 86

2.2.5. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA 91

2.2.6. INSTITUCIONES SUPERVISORAS DEL SISTEMA FINANCIERO 93

SUBCAPITULO III 98

2.3 HIPOTECA..... 98

2.3.1 DEFINICION 98

2.3.2. ANTECEDENTES 101

2.3.3. ACCESORIO. 110

2.3.4. INDIVISIBLE. 112

2.3.5. ESPECIAL. 115

2.3.6. CLASES DE HIPOTECAS..... 117

2.3.7. REQUISITOS..... 118

2.3.8. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA 124

2.2.9. PERSUCIÓN..... 129

2.2.10. PREFERENCIA 131

2.2.11. VENTA JUDICIAL 133

2.2.12. EXTINCIÓN 136

CAPÍTULO III..... 140

3. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS 140

3.1 EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU REPERCUCION SOBRE EL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO, INSCRITO EN LA ZONA X DE REGISTROS PÚBLICOS..... 140

3.2 EL SISTEMA FINANCIERO COMO LÍMITE AL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO, INSCRITO EN LA ZONA X DE REGISTROS PÚBLICOS 148



3.3 VENTAJAS DERIVADAS DEL ACCESO A CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA EN COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO..... 150

3.4 PERCEPCIÓN DE ALGUNOS EXPERTOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU REPERCUCION SOBRE EL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS..... 152

3.5 LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN QUE SE PUEDEN IMPLEMENTAR PARA POSIBILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO EN SISTEMA FINANCIERO 165

CONCLUSIONES..... 168

RECOMENDACIONES 171

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 173

ANEXOS 173



INTRODUCCIÓN

El acceso al crédito en el mundo de hoy es vital para el crecimiento y desarrollo de las personas y de la sociedad. Existen innumerables estudios que reflejan el impacto positivo del crédito en la calidad de vida de las personas. Siendo así, el crédito con garantía hipotecaria, se convierte en una opción de desarrollo inmejorable para las personas, ya que ofrece la posibilidad de acceder a montos altos de financiamiento a tasas de interés sumamente bajas a comparación de muchos otros tipos de crédito. Todo esto gracias a la constitución de una garantía hipotecaria sobre un bien inmueble de tu propiedad.

Sin embargo, a pesar de los beneficios que ofrece el crédito con garantía hipotecaria, existen muchas personas que no pueden acceder a ellos, como es el caso de los copropietarios del Predio San Antonio de la Zona Registral X.

El Cusco es una zona que se encuentra en un proceso de desarrollo económico, por ello se requiere más posibilidades de financiamiento. Además, se cuenta con un gran punto en favor de estos fines, como es el alto valor de la propiedad inmueble. Es así como, dado los precios de los terrenos en Cusco, se podría acceder a créditos con garantía hipotecaria, que beneficiarían a los habitantes; los habitantes del predio San Antonio no son la excepción, más aun al estar ubicados en una zona que tiene alto desarrollo demográfico.



El trabajo de Hernando de Soto en *El Otro Sendero* (1986) y *El Misterio del Capital* (2000), demostró que uno de los fines máximos de la formalización son reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida del poblador. La teoría de la formalización indica que una de las maneras fundamentales de lograrlo es facilitar el acceso al crédito y disminuir el costo del mismo. Estas ideas de Hernando de Soto fueron recogidas por instituciones como el Banco Mundial, como ejemplo de políticas públicas de desarrollo de una población. La idea revolucionaria fue la capitalización de la propiedad como fuente de desarrollo.

Pese a todo lo expuesto anteriormente, se observa que los pobladores del Predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos, no logran disfrutar de los beneficios, así como tampoco al acceso del crédito con garantía hipotecaria. Bajo este punto, la investigación busca determinar de qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.

De esta manera, en el primer capítulo, se plantea la descripción, formulación del problema, así como, los objetivos de la investigación, la justificación, la metodología aplicada, la unidad de análisis, técnicas e instrumentos utilizados, hipótesis del trabajo y las categorías de estudio.

El segundo capítulo trata sobre el desarrollo de las categorías de estudio, enfocandonos en el estudio de la copropiedad, el sistema financiero y la hipoteca.



En el capítulo tercero se hace una presentación de los resultados arrojados luego del estudio de los temas.

Finalmente cerramos este trabajo presentando las conclusiones a las que se han arribado, así como, unas recomendaciones.



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA Y MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código Civil Peruano estipula en su artículo 1097, que por medio de la hipoteca se genera que un inmueble sea la garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. Es así que la hipoteca es una garantía real, que tiene como fin principal, ser fuente de crédito para los fines que vea por conveniente el acreedor.

La importancia de tener fuentes de crédito y financiamiento son muchas, pero entre las principales está el desarrollo económico y, como no, el bienestar individual. El crédito es importante, también, porque facilita, en un momento dado, el tener liquidez para poder comprar, hacer pagos, o algún tipo de inversión, adquisición de activo fijo, etc. El crédito no sólo ayuda en muchos aspectos al desarrollo de los proyectos de las personas, sino que, además, aporta a la confianza en el sistema financiero de un país, evitando que el tejido financiero del mismo se rompa y, sobre todo, invita a la inversión de todo tipo de capitales extranjeros en



el país. Además, el crédito – sobre todo el hipotecario- es de beneficio para las dos partes -acreedor y deudor- ya que, si bien el deudor se beneficia con financiamiento a tasas de interés bajo, los bancos, también van a recibir el dinero que han prestado con unos intereses que benefician a la propia entidad financiera. Es por eso que el crédito es un elemento importante que está dentro de la economía de un país y que es necesario y esencial, para que el propio país tenga solvencia, capacidad empresarial y apoyo social necesario para dar estabilidad a una sociedad, a una economía y al propio país. Cuando el acceso al crédito y financiamiento es limitado, también se restringe las posibilidades de crecimiento económico y desarrollo de una zona y con esto se frena del desarrollo de una sociedad.

La hipoteca es la garantía real más conocida y utilizada. Las estadísticas de la Superintendencia de Registros Públicos (SUNARP) nos muestran que existe un aumento en las inscripciones de hipotecas en el Perú, lo cual demuestra su creciente demanda en el mercado peruano. En estadísticas de la misma institución, indican que el 2005 se inscribieron 51 617 hipotecas, mientras que el 2017 se inscribieron 92 305 hipotecas en todo el Perú. Esto quiere decir que en doce años aumentaron en 40 688 las hipotecas inscritas en todo el Perú. Y, se espera que para el 2018 estas aumenten a más; como lo señala la Oficina de Comunicaciones de la SUNARP en un comunicado de prensa del 17 de agosto del 2018, en el cual detallan que la inscripción de hipotecas creció 7.56% al pasar de 53 034 en los primeros siete meses del año pasado (2017) versus las 57 047 inscritas en similar periodo del presente año (2018). Esto demuestra que los peruanos están



recurriendo más a la hipoteca -como garantía real- para por financiar los proyectos que tengan.

Esta realidad no es ajena al Cusco, donde el 2005 se inscribieron 1090 hipotecas, mientras que el año 2017 se inscribieron 1254 hipotecas; teniendo como pico alto el año 2012 con 1617 hipotecas inscritas. Los propietarios de inmuebles en Cusco están haciendo más uso de la hipoteca, pero aún estamos muy lejos de regiones como Arequipa que registran en el 2017 unas 5 017 hipotecas inscritas, o Lima que cuenta con 55 999 hipotecas inscritas en el 2018; cabe resaltar que Lima equivale a más del 60% de hipotecas inscritas en todo el Perú. Es también importante señalar que las regiones que tienen menor cantidad de hipotecas inscritas –Huancavelica, Cerro de Pasco, Tumbes, Madre de Dios- son menos desarrolladas que las que ubican los primeros lugares – Lima, La Libertad Arequipa- esto demuestra la clara relación entre el crédito, acceso al financiamiento, y el desarrollo de una zona.

Luego de toda la data expuesta, es innegable que la hipoteca es -y se espera que sea- la garantía real más utilizada en el Cusco. Sin embargo, vemos que esto no ha alcanzado a beneficiar a todos los habitantes de la región Cusco, sobre todo aquellas que se encuentran viviendo en un régimen de copropiedad, esto nos lleva a pensar que existe algún tipo de relación entre régimen de copropiedad en el que viven muchas personas y el acceso a la hipoteca, y esta situación hace que no logren hacer uso de su derecho como garantía real, por el hecho de ser propietarios de derechos y acciones, y no de una fracción material, individualizada y



determinada. Teniendo en cuenta, también, el papel preponderante que tiene el sistema financiero en la relación hipoteca y régimen de copropiedad.

El artículo 969 del Código Civil Peruano define que existe copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas, esto quiere decir que ninguno ejerce la propiedad sobre una parte material del bien, sino que cada uno tiene derechos proporcionales, una cuota, sobre todo. “Cada uno de los copropietarios tienen derechos individuales sobre su cuota, pueden disponer de ellas, pero para enajenar, gravar o arrendar el bien común se requiere que todos los copropietarios estén de acuerdo. Hay, si se quiere, concurrencia de derechos sobre el bien. Cada copropietario tiene un derecho pleno, pero limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia del derecho de los demás copropietarios” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 93). La cuota ideal o porcentaje es la proporción o medida de esa concurrencia de derechos que tienen los copropietarios sobre un objeto determinado.

Esta situación de copropiedad en la que viven los habitantes del predio San Antonio, ubicado en el distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, inscrito en la Partida Electrónica número 02066165 del Registro de Predios, de la sede Cusco, de la Zona Registral X de Superintendencia de Registros Públicos. En la partida corren inscritos más de un centenar de copropietarios, eso quiere decir que, más de un centenar de personas viven en el predio San Antonio. Que tiene una extensión superficial de 300.50 hectáreas. La partida electrónica del predio tiene hasta el 26 de octubre del 2018, 966 asientos



sobre diferentes actos, pero en ninguno de ellos corre inscrita un crédito con garantía hipotecaria a favor de una institución del sistema financiero.

Es así como ninguno de los copropietarios tiene un crédito con garantía hipotecaria, y con esto los pobladores de San Antonio pierden una opción de financiar sus proyectos con tasas de interés bajas como te ofrece la hipoteca a comparación con otros créditos o préstamos, y sobre todo el acceso a los beneficios que brinda el acceso al sistema financiero; como es la apertura de líneas de crédito paralelas. Cabe precisar que muchos de los créditos son requeridos para financiar la construcción de una vivienda, y al no acceder al crédito para financiar este proyecto de construcción, muchos optan por la auto construcción, una opción sumamente peligrosa, como ya lo vimos en el norte del país durante el fenómeno del niño que azotó al Perú en el 2017. La auto construcción es además la forma de construcción más común en el Perú, como lo indica la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO), llegando a un 70%, construcciones sin asesoramiento de un profesional. CAPECO también informa que la auto construcción es 40% más caro. Pese a todo ello muchas personas siguen recurriendo a esta opción por no tener acceso al crédito para una construcción planificada y asesorada.

También, se pone en análisis el papel que cumple el sistema financiero en el no acceso a la hipoteca de parte de los copropietarios del predio San Antonio. Puesto que si bien el régimen de copropiedad hace que las personas sean dueñas de derechos de acciones – no de fracciones materiales – estas tienen un valor real importante en referencia al predio, pero para el sistema financiero esto no es



garantía suficiente para utilizarlo en la hipoteca. Esto nos obliga a pensar que el problema es también los criterios que tiene el sistema financiero a la hora de la hipoteca. Radicando ahí también parte del problema sobre las limitaciones al acceso de la hipoteca de parte de los copropietarios del predio San Antonio.

Es así que, el régimen de copropiedad como los criterios que tiene el sistema financiero son limitantes para los copropietarios del San Antonio a la hora de acceder a una hipoteca; siendo esta nuestra hipótesis del trabajo. Y, lo que produce este problema en los copropietarios es que no puedan capitalizar su propiedad. Lo cual limita su desarrollo económico y social, postergando su bienestar individual.

El problema de no acceder a la hipoteca trae consigo muchos otros problemas preocupantes para los habitantes del predio San Antonio, siendo uno de los más preocupantes la auto construcción en la zona, que puede traer tragedias para los habitantes, en caso de fenómenos naturales, al no contar estas construcciones con el asesoramiento profesional pertinente. También, el no acceder a créditos con tasas de interés bajo y la apertura de líneas de crédito paralelo, así como los demás beneficios del acceso al sistema financiero.

La inquietud temática de la investigación es analizar la problemática en la que se encuentran las personas que viven en un régimen copropiedad a la hora de querer acceder a un crédito con una garantía hipotecaria para financiar sus proyectos; consideramos para este estudio a los copropietarios del predio San Antonio



inscritos en la Partida Electrónica número 02066165 del Registro de Predios, de la sede Cusco, de la Zona Registral X de Superintendencia de Registros Públicos así como proponer alternativas coherentes de solución en este tema.

Estos problemas no solo se vienen suscitando en la zona de San Antonio, sino en muchas otras partes de la región de Cusco, pero ejemplificarlo en esta zona servirá para otras investigaciones posteriores. También para un mayor conocimiento del problema de parte del ámbito académico de la ciudad del Cusco.

Son estas las consideraciones que motivan el presente proyecto de tesis.



1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema principal

¿De qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

1.2.2. Problemas secundarios

1° ¿De qué manera el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

2° ¿De qué manera el sistema financiero limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

3° ¿Cuáles son las ventajas derivadas del acceso a créditos con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio?

4° ¿Qué lineamientos de solución se pueden implementar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en el Sistema Financiero?



1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo general

Determinar de qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.

1.3.2. Objetivos específicos

1° Determinar de qué manera el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.

2° Determinar de qué manera el sistema financiero limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.

3° Determinar cuáles son las ventajas derivadas del acceso a créditos con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio

4° Establecer posibles lineamientos de solución que se pueden implementar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en Sistema Financiero.



1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se justifica con las siguientes razones:

a) **Conveniencia**

La presente investigación es conveniente porque servirá para determinar de qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.

b) **Relevancia Social**

Ayudará a conocer la problemática en la que viven los propietarios de cuotas ideales a la hora de querer recurrir a un crédito con garantía hipotecaria para financiar sus proyectos, así como también para estudiar el problema que viene azotando a muchas personas que viven en el régimen de copropiedad a la hora de querer entrar al sistema financiero haciendo uso de sus derechos de copropiedad como garantía para créditos. Y, utilizar a los copropietarios del predio San Antonio como población de estudio, ayudará a visibilizar el problema de estos, y a la par, ser un buen ejemplo del problema.

De igual forma será importante toda la data que se logre recabar sobre el tema, respecto a los copropietarios del predio San Antonio, para futuras investigaciones,



como también para las instituciones estatales interesadas en el tema, para elaborar luego futuros proyectos y/o programas sociales para los pobladores de la zona.

También las conclusiones y recomendaciones servirán de mucho para el Sistema Financiero, que con esta investigación tendrá data para poder generar un producto financiero para los propietarios de derechos y acciones; y así poder cumplir con uno de los fines del Sistema Financiero: la inclusión financiera.

c) Implicancias Prácticas

De igual manera se pretende determinar cuáles son las ventajas del acceso al crédito con garantía hipotecaria, para así también determinar cómo se ven afectados los copropietarios del predio San Antonio al no poder acceder a estos tipos de créditos. También servirá para identificar los factores que toman en consideración las entidades del Sistema Financiero a la hora de presentarles una solicitud de hipoteca en derechos y acciones.

Por ultimo servirá para poder ensayar posibles soluciones a la situación problemática.

d) Valor Teórico

El estudio permitirá contar con un estudio ordenado y sistematizado sobre las limitaciones que genera el régimen de copropiedad y el Sistema Financiero, a la



hora de querer acceder a una hipoteca de parte de los copropietarios del predio San Antonio inscritos en la Partida Electrónica número 02066165 del Registro de Predios, de la sede Cusco, de la Zona Registral X de Superintendencia de Registros Públicos; lo que será un aporte para estudios futuros sobre la hipoteca y copropiedad, no solo para carreras, sino para todas la ramas afines al derecho (economía, sociología, antropología, etc.).

e) Utilidad metodológica

Los resultados del presente trabajo de investigación pueden aportar información, ya que el sistema objeto de estudio contiene aspectos cuestionables que necesitan modificación para no afectar ningún derecho y lograr un satisfactorio disfrute de los derechos de propiedad.

1.5. METODOLOGÍA APLICADA AL ESTUDIO

TABLA N° 01

Enfoque de investigación	Cualitativo documental: Porque basará sus conclusiones en el análisis y argumentación a partir de la información documental que se recabe.
Tipo investigación jurídica	Dogmático exploratorio: Porque el estudio busca establecer si existe colisión entre el régimen de copropiedad y el sistema financiero con el acceso a la hipoteca. (Según la clasificación del Dr. Jorge Witker).

Fuente: Elaboración propia.

1.5.1 Unidad de análisis temático

Unidad de análisis temático referida fundamentalmente al régimen de copropiedad, el sistema financiero y la hipoteca.



1.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

a. TÉCNICAS

1. Análisis documental (Revisión de fuentes de información).
2. Entrevista.

b. INSTRUMENTOS

1. Ficha de análisis documental.
2. Preguntas estructuradas.

1.7. HIPÓTESIS DE TRABAJO

El régimen de copropiedad y el sistema financiero limitan de manera relativa el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Público

1.8. CATEGORÍAS DE ESTUDIO

En nuestro estudio, de acuerdo a la naturaleza del enfoque, nuestras categorías son las siguientes:

TABLA N° 02

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1°: Régimen de copropiedad.	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Naturaleza jurídica- Características- Efectos jurídicos- Marco jurídico
Categoría 2°: Hipoteca.	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Requisitos- Garantías reales- Efectos
Categoría 3: Sistema Financiero	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Historia- Sistema Financiero en el Perú- Legislación

Fuente: Elaboración propia.



CAPITULO II

SUBCAPITULO I

2.1.LA COPROPIEDAD

2.1.1. DEFINICIÓN

Cuando se revisa en el Código Civil peruano en el Capítulo V del Libro de Derechos Reales que nos habla sobre el instituto jurídico de la copropiedad, se encuentra que el legislador en el artículo 969 no define la copropiedad, sino solo explica cuando existe esta. Y, existe copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas, esto quiere decir que ninguno ejerce la propiedad sobre una parte material del bien, sino que cada uno tiene derechos proporcionales, una cuota, sobre todo.

Cada uno de los copropietarios tienen derechos individuales sobre su cuota, pueden disponer de ellas, pero para enajenar, gravar o arrendar el bien común se requiere que todos los copropietarios estén de acuerdo. Hay, si se quiere, concurrencia de derechos sobre el bien. Cada copropietario tiene un derecho



pleno, pero limitado en cuanto a su ejercicio por la existencia del derecho de los demás copropietarios. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 93).

Esto hace de la cuota ideal o porcentaje el elemento típico dentro de la copropiedad. La cuota ideal la proporción o medida de esa concurrencia de derechos que tienen los copropietarios sobre un objeto determinado. El tema de la cuota ideal se desarrollará de una forma más amplia más adelante.

Ya que nuestros legisladores no definen el concepto de copropiedad, y solo se refieren a cuando nos encontramos frente a ella, es necesario recurrir a la doctrina para una definición conceptual de este instituto. La copropiedad es definida como el tipo más común de comunidad. Y, la comunidad es la atribución conjunta de la titularidad de un derecho.

Es así que el legislador peruano constituye la copropiedad bajo el esquema de la comunidad ordinaria o romana, toda vez que la pertenencia del bien se encuentra constituida y asignada por cuotas ideales a dos o más personas. Esto quiere decir que el legislador deja constancia que estamos en la presencia del elemento individual típico de una construcción con bases en el esquema romano de comunidad. “Cuando se piensa en comunidad se piensa también en copropiedad, la copropiedad como tipo de comunidad. Comunidad y copropiedad se encuentran en relación género y especie. Hay comunidad cuando un bien pertenece a dos o más personas” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 93).



Sobre el tema La Cruz Berdejo (2012) nos dice que la mayoría de códigos civiles regulan la comunidad de derechos sobre bienes a través de su especie más importante: la propiedad de varios titulares sobre una misma cosa o copropiedad. (p. 156). Esto nos indica que la copropiedad es un tipo de comunidad, que se viene presentando en diferentes sistemas jurídicos, pero de diferente forma en cada uno de ellos. Motivo por el cual merece desarrollo aparte en este proyecto.

Regresando a la definición de la copropiedad en la doctrina, la que da Moises Arata, es la que mejor describe la copropiedad:

La copropiedad es un derecho real autónomo sobre bien propio que pertenece a dos a más personas de manera indivisa (sin partes materiales) y mediante la asignación de cuotas ideales que representan la participación de cada quien en la cotitularidad del mismo, en el que coexisten dos tipos de esferas de actuación, unas atribuidas de manera individual a cada copropietario y otras de manera colectiva, es decir, con referencia a todos los copropietarios a los cuales se entienden vinculados en su actividad por la concurrencia con los demás o por las decisiones unánimes o, por lo menos, mayoritarias del conjunto, siendo el parámetro ordinario de esa concurrencia y de esas decisiones el valor de participación que a cada quien correspondan. (Arata Solis, 2009, págs. 18-19).



2.1.2. COMUNIDAD

La copropiedad es un tipo de comunidad. Comunidad y copropiedad se encuentra relacionados. “Hay comunidad cuando un bien pertenece a dos o más personas. Ejemplos de comunidad son los bienes sociales en el matrimonio o de los bienes de un edificio destinados al uso y disfrute de todos los dueños del departamento” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 93)

Nuestro sistema normativo no ha previsto una regulación exclusiva a lo que es la comunidad, como si sucede en otros países, es por eso también que el concepto de comunidad lo sacamos de la doctrina. Esta nos dice que se entiende que hay comunidad cuando existe una atribución conjunta de la titularidad de un derecho o que respecto de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones se establezca una suerte de amalgamiento jurídico para determinados fines.

Para Arata Solis (2009): “solo tendrá sentido hablar respecto de situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial, específicamente derechos y deberes tanto reales (copropiedad, coposesión, cargas, etc.) como personales (crédito o débito), bien sea que aquellos sean considerados singularmente o conformado una universalidad jurídica (patrimonio)” (pág. 11).

En este sentido, autores como Beltrán de Heredia (1954) han señalado que el ámbito de aplicación del concepto comunidad “es, estrictamente, el de los derechos reales, porque son los únicos derechos subjetivos de carácter absolutos, exclusivo, en los que no es posible, por su propia naturaleza, ni la gradación, ni la



conurrencia; son, por tanto, los únicos susceptibles de ser tenidos en común” (pág. 29). Cabe señalar que esta posición ya se encuentra superada, ya que, en el ejemplo de una comunidad surgida por el un causante, la masa hereditaria (comunidad) no solo son derechos reales, sino también de derechos de crédito como obligación para terceros.

Ahora bien, entrando a una clasificación por la cantidad de objetos que se encuentran en comunidad, encontramos dos tipos:

- a. Cuando la situación de comunidad o titularidad conjunta tiene por objeto un solo derecho o un solo deber aquella se define como singular.
- b. Cuando el objeto de la comunidad lo constituye una masa patrimonial, aquella se califica como universal. En este supuesto la titularidad atribuida a cada comunero se verificará respecto de cada elemento componente del patrimonio, es decir, sobre el bloque de los activos que estará constituido, de ser el caso, por créditos o los derechos sobre los bienes corpóreos e incorpóreos o por ambos; y, sobre el bloque de deudas o pasivo, así tenemos, por ejemplo, la situación de comunidad derivada de la transmisión mortis causa en la que los herederos no solamente serán cotitulares de los derechos de créditos y reales que integran la masa hereditaria sino, también, de las deudas que hubiera dejado el causante mientras la herencia permanezca indivisa.



La característica principal de la comunidad la unidad de objeto, es decir, el hecho de que todos los comuneros ostentan una sola e idéntica titularidad sobre uno o más objetos inmediatos –un derecho real o crediticio, unas obligaciones o una universalidad- lo que, a su vez, implica que la titularidad de cada integrante de la comunidad. Así es como la comunidad se constituye una indivisión en virtud de la cual cada comunero tiene sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de los partes derechos de idéntica naturaleza jurídica o, mejor, un solo derecho.

Ya conociendo un poco más de la comunidad es importante detenerse en la gran problemática de que encierra la situación de una comunidad, que es expresada por el Arata de la siguiente forma:

La problemática que se cierne en torno a la situación de comunidad radica en la forma en la que el ordenamiento jurídico organiza la atribución de la titularidad que ostentan, simultáneamente, varios sujetos, tanto en lo que refiere al propio objeto inmediato (derechos prestaciones), como con respecto a su incidencia de dicha titularidad sobre el objeto mediato (bienes en sentido estricto y las actividades u omisiones prestacionales). Conforme con ello, a diferencia de lo que ocurre con la situación de titularidad correspondiente a un solo sujeto, la situación de comunidad o titularidad conjunta supondrá la configuración de una estructura interna de organización, prevista para regular el ejercicio de las potestades y facultades que confiere el derecho en situación de comunidad; la concurrencia de los comuneros para la formación de una voluntad conjunta como



presupuestos para la eficacia de los actos administración y de disposición que se practica sobre el bien o derecho que es objeto de la comunidad; la configuración de un régimen de participación respecto de los provechos y cargas relativas a los bienes sobre los que se ostenta un titularidad conjunta; la organización de un régimen de responsabilidad interna o entre los comuneros y uno de responsabilidad externa o de la comunidad respecto de terceros; la configuración de una normativa destinada a reglar la división de la comunidad; etc. (Arata Solis, 2009, págs. 12 -13)

En la legislación comparada, España, si tiene regulado lo que concierne a la comunidad, en su artículo 392 del código civil español. Esta no dice que hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece proindiviso a varias personas. Se entiende la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho en cosa ajena, pues, por definición, el derecho en cosa ajena no es objeto de propiedad.

Cuando se habla de comunidad, muchos tienden a confundirlo con lo que es la sociedad. Es por eso que la distinción del profesor La Cruz es importante:

La comunidad no es una sociedad. La sociedad, por expreso designio de las partes, está destinada a lo obtención de ganancias, mientras que la comunidad se forma, muchas veces sin contrato, entre personas que tienen unos bienes y pretenden conservarlos y disfrutarlos de la mejor manera posible, pero no dedicarse al tráfico. En la sociedad civil los socios, mientras el comunero no tiene ningún deber de contribuir personalmente a la administración o



conservación de los bienes. La cuestión de la distinción entre comunidad y sociedad es importante porque las reglas aplicables a o uno son distintas a la otra. (La Cruz Berdejo, 2012, pág. 155)

Para entender mejor lo concerniente a la comunidad, vale la pena detenerse en las dos formas en las cuales se ha organizado lo concerniente a la comunidad. Históricamente la comunidad de bienes se ha organizado de dos maneras: la comunidad romana (cuotas) y la comunidad germánica (mano en común).

Respecto a este tema Moisés Arata comenta lo siguiente:

Las formas de comunidad de las que nos habla comúnmente la doctrina no deben, por consiguiente, ser consideradas como esquemas pre constituidos e inmutables que son importados de manera mecánica por los ordenamientos jurídicos contemporáneos, porque, en realidad, de lo que estamos hablando es simplemente, de dos formas paradigmáticas, distintas y contrapuestas para la elaboración y explicación del funcionamiento de la mencionada estructura interna de organización, los cuales responden a determinadas concepciones económicas, sociales, culturales y, en suma, a distintas concepciones del mundo, siendo tales modelos tomados por los sistemas jurídicos tributarios de la tradición romana-germánica para esquematizar unas situaciones de comunidad bajo parámetros de uno u otro paradigma, lo que no obsta para advertir las manifiestas diferencias que puedan existir entre el paradigma utilizado y la construcción jurídica efectivamente realizada y vivenciada por cada sistema jurídico. (Arata Solis, 2009, pág. 14)



Haciendo todo esto que las diferencias entre el sistema de comunidad romano con la germánica, radican, fundamentalmente, en la forma en que ORGANIZAN LA TITULARIDAD DEL OBJETO INMEDIATO, esto es, del derecho o patrimonio del que se trate; mas no en lo que se refiere a la organización del ejercicio de la titularidad sobre el objeto mediato, esto es, sobre los bienes y actividades prestacionales correspondientes.

Para comprender mejor cada una de las formas de comunidad, nos detendremos a detallar cada una de ellas.

2.1.2.1.Comunidad Romana.

La opinión de los autores Avendaño, respecto a la comunidad romana es la siguiente:

La comunidad romana parte de una concepción individualista del mundo en la que el individuo es el centro. Se reconoce el derecho exclusivo del individuo a través de la cuota. La comunidad es transitoria porque es vista como algo desventajoso o ineficiente y de allí que siempre se puede terminar con ella a través de la partición. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 94)



Esta visión de la comunidad romana, hacen que esta sea vista como desventajosa en la vida práctica y transitoria, por sus lógicos efectos económicos negativos en la vida de las personas que en ella se encuentren, ahí radica la importancia de ponerle fin a este régimen. Pero en la misma línea de pensamiento de los autores Avendaño, el Arata opina:

Conforme a lo señalado, la configuración del modelo de comunidad romana u ordinaria responderá a una concepción individualista del mundo, en la cual la preminencia se concede al derecho del individuo, lo que determinará que la situación de comunidad sea reputada como antijurídica y antieconómica, como un estado transitorio e incidental y de desventaja. (Arata Solis, 2009, pág. 14)

El esquema romano de la comunidad se entiende que existe una titularidad sobre el bien y el patrimonio y, conformando la misma y a la paralela existe, una titularidad individual que pertenece a cada uno de los comuneros sobre una alícuota o cuota ideal que queda configurada como un bien en sí mismo que se integrara al patrimonio de cada comunero, respecto al cual se le reconocerán atributos exclusivos, como los de gravar disponer; se reconoce igualmente el derecho de los acreedores individuales de los comuneros de afectar y realizar la cuota y, finalmente. Es toda esa esfera de individualidad que existe en sistema de comunidad romano lo que faculta que un comunero pueda pedir la división del bien común a efectos de que, precisamente, alcanzar la materialización de la cuota. A decir del Arata Solis (2009): “Puede decirse que es tal el individualismo de la construcción



romana que es capaz de crear algo individual dentro de lo común –la cuota- y justificar, en razón de lo individual, la existencia de lo común” (pág. 15).

En lo que respecta a la positivización en el ordenamiento nacional sobre la comunidad romana, podemos afirmar que la copropiedad, así como la denominada comunidad hereditaria, responden a las notas propias del esquema romano de comunidad. Esto nos dice que el instituto jurídico de la copropiedad en el Perú bebe de la comunidad romana, haciendo de la copropiedad en el Perú un sistema temporal y desventajoso, que está en constante búsqueda de la materialización de su cuota, para así estar frente a la propiedad, haciendo esto que las personas puedan empezar a tener una posición ventajosa frente al objeto mediato, y así puedan aprovecharlo mejor.

2.1.2.2. Comunidad Germánica.

La opinión de los doctores Avendaño, respecto a la comunidad germánica es la siguiente:

La comunidad germánica, por su lado, parte de una concepción colectivista del mundo, predominando el derecho de grupo. No se reconoce el derecho exclusivo del individuo, manifestado a través de cuotas. La comunidad es vista como una situación permanente, y hasta beneficiosa, por lo que no se reconoce el derecho



individual a terminar con ella. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 94)

La opinión de los Avendaño va en relación en como la doctrina ve a la comunidad germánica, que tiene una colectivista o comunitaria del mundo en la que la cotitularidad se verificará respecto de personas unidad, fundamentalmente, por vínculos de parentesco, vecindad u otros similares. Y en opinión de Arata Solís (2009): “la situación de comunidad constituirá, en el modelo germánico, una forma idónea para propender a la conservación de los bienes al interior de dicha actividad, de allí que sea concebida con una situación permanente estable” (pág. 15).

El modelo germánico de comunidad la titularidad del derecho no será asignada en cuotas ideales entre los comuneros, sino que ellos constituirán una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes, siendo aquella la que ostenta la titularidad de los poderes jurídicos. Las consecuencias inmediatas de esa construcción colectiva respecto a dicha titularidad son las siguientes según Hedemann (1955): “1. nadie puede disponer libremente de su parte.; 2. ° nadie puede exigir libremente la división” (pág. 265).

Respecto a la organización del ejercicio del derecho sobre el bien o actividades prestacionales de las que se trata, se ha dicho que mientras la comunidad romana se halla organizada de un modo marcadamente individualista, en la comunidad germánica es precisa, en el principio, para todas las actuaciones, formación de una voluntad común.



En lo que respecta a la positivización en el ordenamiento jurídico nacional, la vemos la comunidad germánica en el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales al que ordinariamente que dan sujetos los cónyuges en lo que respecta a sus intereses pecuniarios.

Esto lo detallan mejor los doctores Avendaño de la siguiente forma:

En el Perú no está regulada la comunidad germánica. Sin embargo, la comunidad de bienes que existe en el matrimonio se asimila a la comunidad en mano común. La sociedad de gananciales es consecuencia del matrimonio, el cual es visto como algo estable. Respecto de los bienes sociales, los conyugues no tienen derechos individuales, expresado a través de medidas de valor o cuotas, sino que tienen derecho en común. De lo anterior deriva que ningún de los conyugues puede disponer de su derecho sobre los bienes sociales. Es cierto que el matrimonio puede terminar y con ello culminaría también el régimen de sociedad de gananciales, pero ello es entendido como recurso final y excepcional. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 94)

2.1.3. LA CUOTA IDEAL COMO ELEMENTO TIPIFICANTE DE LA COPROPIEDAD

El elemento tipificante de la copropiedad es la existencia de cuotas ideales, estas son, participaciones cuantificadas y abstractas a favor de cada uno de los cotitulares. En el código civil en el artículo 970 busca establecer mediante este mecanismo cuantificar la participación de cada quien y, también, señalar la función de la cuota durante la vigencia de la situación de copropiedad. Sobre esto último, es de advertir que lo establecido por el código en dicho artículo revela una visión parcial del tema.

José Luis La Cruz, nos dice sobre la cuota:

El codueño o copropietario, en el modelo del código civil, tiene una participación alícuota sobre la propiedad de la cosa, expresada en números. O sea: el derecho del titular copropietario se cuantifica a través de una cuota, expresión numérica de contenido de su participación: la mitad, un quinto, o un milésimo. La cuota da la medida del derecho en todos los aspectos en el aprovechamiento económico de la cosa es cuantificable: si el edificio de oficinas se vende, se incendia o se alquila, el partícipe tendrá derecho a la mitad, o al quinto, o al milésimo del precio, o de la indemnización pagada por la compañía aseguradora, o de la renta mensual líquida. (La Cruz Berdejo, 2012, pág. 156).



Para Moisés Arata las cuotas ideales tienen cuatro funciones y estas son las siguientes:

- Como parámetro para medir la participación de cada copropietario, durante la vigencia de la copropiedad, en todos aquellos beneficios y cargas cuantificables que para ellos pudieran reportar bienes comunes. Esta se encuentra detallada en el artículo 970 del código civil.
- Medida que permite cuantificar el poder de voto que cada copropietario corresponde en la toma de decisiones sobre la gestión de los bienes comunes.
- Objeto mediato de negocios de disposición o gravamen. La construcción individualista romana, como es la copropiedad tiene como una de sus notas distintivas, la de atribuir al sujeto, aun dentro de lo común, algo exclusivamente suyo, como es la cuota ideal, lo que la lleva a identificar en ella a un derecho distinto y autónomo respecto del derecho que tiene todos en conjunto sobre el bien en común. Es así que la cuota tiene un carácter negociable, un objeto incorpóreo susceptible de intercambio o gravamen. Todo esto regulado por el artículo 977 del código civil, cuando señala que cada copropietario puede disponer de su cuota ideal. Puede también gravarlos.



- Cuantía en la que resuelven la participación de cada copropietario al momento de la extinción de la copropiedad, sea por partición o por otro medio contemplado por el código civil. Esta función esta formulada en el artículo 983 del código civil, sobre la cual Arata Solis (2009) dice: “con referencia a la partición, establece que lo que existe es una permuta de derechos entre los copropietarios, de forma tal que cada quien cede sus derechos sobre un bien a cambio de los que recibe sobre todo otro bien” (pág. 44).

2.1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA COPROPIEDAD

La doctrina señala como características de la copropiedad las siguientes:

- Pluralidad de sujetos. – Al ser la copropiedad un tipo de comunidad, solo existe cuando dos o más sujetos concurren en la titularidad de un derecho de propiedad, como lo detalla artículo 969 del código civil. “La pluralidad de sujetos se manifiesta como la concurrencia tanto de personas naturales como colectivas o inmaterial sin que ello implique la constitución de una identidad dotada de una personalidad jurídica distinta a la de los copropietarios” (Arata Solis, 2009, pág. 19).
- Unidad de objeto. - Se da esta cuando la titularidad conjunta recae sobre un mismo e idéntico derecho, cuando todos los



copropietarios son, contemporáneamente, titulares de un derecho o cuando varios los que, de manera conjunta, ostentan la titularidad de una masa patrimonial. Sobre el tema Peña Bernaldo de Quiros, (1999) dice: “En este sentido, se ha expresado para que haya comunidad, esta debe recaer sobre un mismo derecho” (pág. 483). La unidad de objeto de ser entendida como la existencia de un mismo derecho e idéntico derecho que confiere a varios titulares el dominio de un bien corporal o incorporal.

Esto, también, nos lleva a una existencia de misma relación jurídica, esto quiere decir la presencia de titularidades de idéntico contenido cualitativo.

- Ausencia de una parte material. - Esta característica es consecuencia lógica de la unidad de objeto, a decir de Arata Solís, (2009): “el hecho de que el bien o los bienes puestos en situaciones de copropiedad no se encuentren divididos en partes individualizadas respecto de las cuales puede decirse que le corresponda a cada titular un derecho de dominio exclusivo” (pág. 20). Es por eso que ninguno de los copropietarios puede circunscribir el ejercicio de su derecho a una parte físicamente individualizada, sino que el mismo se da todas y a cada una de las partes de la cosa en común.



- Asignación de cuotas ideales. – Esta es una característica, exclusiva, del modelo de la comunidad romana, porque se sustenta sobre el individualismo, esto es, lograr identificar dentro de lo plural algo exclusivamente individual: la cuota ideal, es abstracto que grafica el quantum de la participación de cada quien en la comunidad y que tiene trascendencia por el individuo al que se le asigne no solo como medida de sus beneficios y cargas, por su poder de voto y de su participación en la liquidación de la comunidad. Según Arata Solis (2009): “En última instancia, en el sustento final de la destrucción de la propia comunidad porque se entiende que tras la facultad de pedir la partición se encuentra una suerte de derecho del individuo de materializar su participación ideal o abstracta, de forma tal que este interés individual es puesto por encima de cualquier eventual interés colectivo en mantener la situación de cotitularidad, salvo que el interés colectivo se haya traducido, por mandato de la ley o por la voluntad de las partes, en un situación de indivisión permanente o temporal” (pág. 21). Se dice, en ese sentido, que cada condómino tiene atribuida una fracción aritmética de la cosa común que se incorpora a su patrimonio como entidad autónoma mientras dura la indivisión.



2.1.5. FUENTES DE LA COPROPIEDAD

Cuando nos referiremos a las fuentes de la copropiedad, hablamos de cómo se origina, para lo cual tomaremos en cuenta las formas de originarla, recogidas en el código civil, y se abordará también, la clasificación de fuentes que utiliza el Dr. Moisés Arata en su libro *La Copropiedad en el Derecho Peruano* (2009):

- La voluntad de las partes. – Se origina copropiedad por la voluntad de los propios interesados cuando varias personas adquieren en común la propiedad de un bien, como sucedería si uno o más bienes son vendidos o donados a por lo menos dos personas. Esto se aumenta con el tráfico jurídico, cuando el propietario de una cuota no vende o dona todo su porcentaje, y solo da una de la misma o un tercero, originado a una relación de copropiedad con él, así aumentando la cantidad de copropietarios sobre el bien.
- Un acto de última voluntad. – Este es el caso específico que se da en la sucesión testamentaria; el testador en un acto de liberalidad ha decidido, a título de legado y de manera conjunta, dejar la titularidad a favor de dos o más personas uno o más bienes, o una parte de ellos.
- Por mandato de ley. - Se refiere a todos aquellos casos en los cuales la cotitularidad de un bien, se fundamente en una figura propuesta por



el legislador, es decir, que cuando se cumplan ciertos requisitos nos encontramos con la figura planteada por el legislador. “Se trata de figuras de comunidad en las que la relación de coparticipación no ha sido querida por los coparticipantes, también se le denomina con el nombre de comunidad incidental” (Arata Solis, 2009, pág. 31). Uno ejemplo de este caso es el de la medianería.

- La prescripción adquisitiva. – Este necesita que previamente haya existido una coposesión de un bien, y que esta, también, haya sido prolongada en el tiempo por el plazo establecido por la ley y con las características o condiciones que ella exige, según se trate de la prescripción corta u ordinaria o de la prescripción larga extraordinaria, esto produce una copropiedad, mediante una sentencia judicial. Esta se da precisamente porque los coposedores deciden invocar este modo de adquirir, y así pasar de poseionarios a copropietarios.

2.1.6. CLASES DE COPROPIEDAD

Desde la legislación y la doctrina se pueden distinguir dos clases de copropiedad, y estas son:

- La copropiedad ordinaria, común o sin indivisión forzosa. - Es aquella en la que cualquiera de los copropietarios se encuentra facultado para pedir la partición y, por consiguiente, con su sola y unilateral voluntad



lograr ponerle fin al derecho real que veníamos estudiando, en el entendido de que nadie puede ser forzado a permanecer bajo la situación de la indivisión. En los artículos 969 al 992 del código civil, trasciende es lo que considera Arata Solis (2009) sobre la ideal del legislador sobre la copropiedad: “la percepción del legislador de considerarla como una situación transitoria, antieconómica y generadora de conflictos, respecto de las cuales lo que corresponde es arribar mecanismos que permitan o conduzcan a su extinción, los cuales alcanzan su más alta perfección a través de la denominada pretensión de partición, entendida como el derecho individual de cada copropietario mediante un pedido de conversión de sus cuota ideal o abstracta en bienes concretos que correspondan al valor de su participación” (pág. 33).

- La copropiedad con indivisión forzosa. – Al respecto Arata Solís (2009) dice: “Corresponde a todas aquellas situaciones en las que, por mandato del legislador o por voluntad de los propios interesados, se ha decidido eliminar el carácter provisorio de la situación mediante la prohibición, temporal o permanente, del ejercicio del derecho a pedir la partición” (pág. 33). Esto quiere decir que los copropietarios se ven obligados a mantenerse en una situación de indivisión, ya que no optar por la facultad de pedir la partición. Este es el caso que contempla el artículo 993 del Código Civil, este es el pacto de indivisión, otro ejemplo es el de la medianería, que está regulado en los artículos 994 del código civil.



2.1.7. DERECHOS DE LOS COPROPIETARIOS

El código civil regula los derechos de los copropietarios, estos son: los derechos de uso del bien común, regulados en los artículos 974 y 975; el derecho de disfrute en el artículo 976; el derecho de disposición de la cuota ideal en el artículo 977; el derecho a reivindicar y defender el bien común en el artículo 979; el derecho de preferencia en el artículo 989; y el derecho de retracto en el artículo 1599, inciso 2.

2.1.7.1. Uso.

El artículo 974 del código civil estipula que cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común, siempre que no se altere su destino ni se perjudique el interés de los demás. El derecho a usar el bien responde a todos los copropietarios. En caso de no ponerse de acuerdo, el juez regula su uso.

Lo anterior expone que la copropiedad entrega la facultad de uso del bien conjunto a todos los copropietarios. Facultad con la de disposición que son de contenido típico de un derecho. Al respecto dice Arata Solis (2009): “En efecto, sea que la titularidad de la cosa corresponda a un solo sujeto o a varios, el contenido perceptible de la facultad de usar un bien tendrá por preferencia siempre el empleo material del mismo para determinada finalidad que no implique la obtención de renta” (pág. 55).



Respecto a las limitaciones al uso del bien en copropiedad, el artículo 974 establece como limitaciones al uso, que este no debe alterar el destino del bien; y el que no perjudique el interés de los demás copropietarios. Así también lo establece Moisés Arata:

A través de la consagración de limitaciones legales al ejercicio de la facultad de usar el bien común, el ordenamiento persigue establecer un nivel primario de organización y protecciones de intereses de los copropietarios no solamente en orden a la conservación del mismo sino, también, respecto de la posibilidad de servirse del bien en condiciones que les garantiza una utilidad efectiva. (Arata Solis, 2009, pág. 58)

Cuando se habla de limitaciones es importante citar lo que establecen los autores Avendaño:

El derecho de uso está subordinado a dos condiciones: que no se altere el destino del bien y que no se perjudique el interés de los demás copropietarios. El destino del bien depende, en primer lugar, de la voluntad de las partes. A falta de acuerdo, el destino es determinado por la naturaleza del bien o por el uso que se le haya estado dando. Con respecto al interés de los copropietarios, como quiera que el derecho de uso corresponde a todos los copropietarios, debe ser ejercido de forma tal que no se perjudique el derecho que tienen todos los copropietarios. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 98)

Ante el punto expuesto por los doctores Avendaño, el artículo 975 señala que el copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarlos en las proporciones que les corresponda. Esto hace referencia al copropietario que hace uso exclusivo del bien, sin tener en cuenta a los otros copropietarios, tiene que indemnizar a los demás copropietarios en el porcentaje que cada uno tenga. Uso exclusivo se presenta, por ejemplo, cuando el copropietario que se sirve del bien no deja que los demás lo usen. Se causa un daño a los copropietarios que usan el bien por lo que debe indemnizarlos.

2.1.7.2. Disfrute.

Cuando se habla del disfrute de los copropietarios sobre el bien es preciso lo que establece Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017): “El derecho a los provechos, al igual que el de uso, está referido al bien, no a la cuota. Si el bien produce frutos, ellos corresponden proporcionalmente a todos los copropietarios” (pág. 97). Acá la aclaración de los doctores Avendaño es pertinente, ya que establece que el disfrute es una son derechos sobre el bien, como en la comunidad germánica, y no sobre la cuota, produciendo esto que es indiferente quien hace producir frutos, pues el derecho de disfrutar, los beneficios económicos, corresponde a todos los copropietarios.

Vale la pena señalar que los gastos hechos para hacer producir el fruto tienen que ser reembolsados al copropietario que hizo los gastos para producir el bien. Pero los frutos, beneficios económicos, corresponden a todos los copropietarios, también



proporcionalmente, por más que estos hayan sido producidos gracias al esfuerzo de un solo copropietario.

Cuando se habla de la facultad de disfrute, en una situación de copropiedad, es pertinente citar a Arata Solís:

La facultad de disfrute a la que hemos definido como aquella que permite realizar con el bien una actividad que conducente a obtener una plusvalía, requiere de un mayor desarrollo para entender el verdadero sentido y amplitud de la misma, para la cual es preciso advertir que dicha facultad se despliega en dos momentos : el primero, constituido por aquellos actos materiales o jurídicos que puede realizar el sujeto en virtud de la titularidad del derecho que ostentan y que se dirige a combinar el capital con el trabajo propio o de terceros, para la obtención de la mayor utilidad posible derivada de la explotación económica de los bienes de capital, es decir, la obtención de bienes de capital circulante. El segundo momento está constituido por la percepción y el consumo de los bienes obtenidos o, lo que es lo mismo, de los rendimientos. (Arata Solis, 2009, pág. 79)

Es así que la facultad de disfrute, que está contemplada en el código civil, consta de dos actos, tanto material y jurídicos, que permiten al copropietario la explotación y beneficio económicos.



2.1.7.3. Disposición y Gravamen.

Al hablar del disfrute en la copropiedad, debemos de señalar que en la copropiedad existen dos tipos de esferas de actuación, unas atribuidas de manera individual a cada copropietario y otras de manera colectiva a todos los copropietarios. En la esfera individual, representadas por las cuotas ideales, existen derechos, obligaciones y cargas. Es la cuota ideal la situación jurídica típica de la copropiedad, siendo esto así, que la titularidad de la cuota de la facultad de disposición total sobre ella, como lo señala Arata Solis (2009): “la denominada cuota ideal, la cual dentro del esquema romano individualista que sigue el código en esta materia ha sido considerada en sí misma como un bien negociable, ello parte de una concepción en la que se estima que todo codueño debe gozar de la posición más autónoma posible, de acuerdo con la tendencia favorable a la autonomía jurídica del individuo lo que ha llevado” (pág. 89).

El aspecto de disposición y gravamen las cuotas ideales de los copropietarios quedan regulado en el artículo 977 del código civil. Cabe indicar que también se hace referencia al poder de disposición y gravamen de los copropietarios sobre los respectivos frutos que surjan del régimen de copropiedad. Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de sus frutos de la manera que el vea por conveniente. Puede venderla, darla en usufructo o gravarla, sin limitación alguna sin necesidad y consentimiento de los demás copropietarios. “Un copropietario que desee vender su cuota no está obligado a ofrecérsela previamente a sus copropietarios, pues los demás copropietarios no tienen derecho de preferencia para adquirir la cuota. El



copropietario también tiene derecho a disponer de los frutos de la cuota” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 97).

El código también abre la posibilidad de disponer del derecho individual de la copropiedad como garantía o para ser gravado, esto no sobre el bien común, sino sobre el derecho individual (cuota ideal) que le corresponde en la copropiedad. Así, es el que copropietario puede hipotecar, así como constituir una garantía mobiliaria.

Siguiendo con la lógica que una cuota ideal puede ser gravada con hipoteca, del mismo modo y por razón del mismo poder de afectación que tiene su dueño, se faculta los acreedores la posibilidad de embargar la cuota ideal de los copropietarios, así lo establece el artículo 646 del código procesal civil; si el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación solo alcanza a la cuota obligada.

En las doctrinas extranjeras la discusión sobre los efectos de una garantía hipotecaria en derecho y acciones, se divide en dos momentos: antes de la partición y después de la partición. “Es determinante en esta discusión, la naturaleza jurídica que se le atribuye a la partición, es decir, si se le considera un acto declarativo de la propiedad, o si se le considera un acto traslativo, de forma tal que se le entiende que la copropiedad se extingue por transferencias mutuas entre quienes resultan después adjudicatarios exclusivos de determinados bienes” (Arata Solis, 2009, pág. 99).

El código civil en nuestro país establece que no existe previsión normativa sobre el problema planteado, algo que no quiere decir que no existan. Solo se dice que el



copropietario puede grabar su cuota, pero no que sucede después de dicho gravamen.

Haciendo que todo el problema queda reducido a determinar que incidencias puede tener el momento de la partición frente a la hipoteca.

La naturaleza de la partición es importante detallar, para así saber que efectos provocará este frente a la hipoteca. El artículo 983 del código civil establece que la partición tiene la naturaleza de un acto traslativo de dominio. Esto nos dice que nuestros legisladores reconocen que existió una copropiedad, y que luego de la partición existió y que fruto de la partición surgen nuevas situaciones jurídicas.

De lo anterior expuesto, también se puede detallar que, si existió una copropiedad, y uno de los condóminos decidió utilizar su cuota ideal como garantía real en una hipoteca, y luego de la cual se decidió partir el bien que se encontraba en comunidad, la garantía real (hipoteca) se extienda sobre cada uno de los nuevos predios resultantes de la partición.

Esta posición es recogida por el Tribunal Registral, en el segundo precedente de observancia obligatoria aprobada por el XVII Pleno de dicho Tribunal, publicado el 23 de mayo del 2006, en el que señalan que los traslados de gravámenes en la división y partición de un bien que afectan la cuota ideal de uno de los copropietarios de un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición de dicho bien.



2.1.7.4.Reivindicar.

El artículo 979 del código civil establece que cualquier copropietario puede reivindicar el bien común. Siendo que la norma también lo faculta a promover acciones posesorias, interdictos, acciones de desalojo y las demás que determine la ley.

2.1.7.5.Preferencia.

Entrando a desarrollar la facultad de preferencia, esta se da entendiendo las opciones que existe para extinguir la copropiedad. La copropiedad, normalmente, se extingue mediante la división y partición del bien, o cuando un copropietario le compra sus cuotas a los demás copropietarios o cuando el bien es vendido a un tercero. Puede ocurrir, sin embargo, que el bien no sea divisible y que no haya acuerdo entre los copropietarios en la adjudicación del bien o en la venta a un tercer. En el caso que ninguno de los supuestos haya sucedido, cualquiera de los copropietarios puede demandar judicialmente la partición del bien, esta facultad es imprescriptible. Durante el proceso judicial los copropietarios pueden ponerse de acuerdo en la adjudicación del bien. Si no lo hacen, el juez ordena el remate del bien, y el dinero resultante del remate se reparta a cada copropietario respetando el porcentaje que tenían cada copropietario.

“Para evitar el remate del bien, cualquier copropietario tiene el derecho de preferencia, también llamado tanteo, en virtud del cual puede adquirir todo el bien



pagando en dinero la parte que corresponda a los demás copropietarios” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 98). El punto que detallan los doctores Avendaño es importante, que el derecho de preferencia para hacerse del bien, solo surge respecto a la totalidad del bien, no respecto a las cuotas ideales de cada copropietario, ya que frente a estas no existe derecho de preferencia a la hora de ser vendidas

Lo que dicen Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) cuando dos o más copropietarios quieren hacer uso de su derecho de preferencia para adjudicarse el bien: “Si dos o más copropietarios hacen uso de su derecho de preferencia, el juez convoca a una suerte de remate privado entre ellos y adjudica el bien al que haga la mejor oferta. Si hay empate se adjudica por sorteo” (pág. 98).

Es así, que la preferencia siempre se da sobre el bien, no sobre la cuota, como lo explican Avendaño Valdez & Avendaño Arana, (2017): “El derecho de preferencia o tanteo es sobre el bien y no sobre la cuota, se ejerce antes del a venta del bien y produce únicamente antes del remate público a que se refiere el artículo 989” (pág. 98).

2.1.7.6. Retracto.

Los copropietarios no requieren la autorización de los demás copropietarios para la disposición de sus derechos individuales, lo que nos dicen que los copropietarios tienen, de manera íntegra, la libertad de disponer, según su sola conveniencia de derecho individual de copropiedad. Sin embargo, la



legislación contempla el derecho de retracto de un copropietario frente a la venta de la cuota ideal de parte de otro copropietario.

Respecto al tema es pertinente citar lo que dicen Moisés Arata (2009):

El derecho de retracto, según se desprenden de la regulación del mismo contenida en los artículos 1592 del código civil y siguientes, es un derecho concedido por la ley a determinadas personas para que puedan subrogarse en el lugar de quien sea el comprador y, por tanto, en todas las estipulaciones del contrato. Opera este derecho tanto en el caso de los contratos de compraventa, salvo que hubieren sido realizados mediante remate público, y en las adjudicaciones en pago. En uno u otro caso se requiere que se trate de bienes muebles inscritos o de inmuebles. (Arata Solis, 2009, pág. 94).

La situación del retracto se da normalmente, porque, es otra forma de consolidar la propiedad de un bien sujeto a copropiedad, se presenta cuando uno de los copropietarios desea vender su cuota a un tercero. Luego de vendida la cuota, los demás copropietarios tienen lo que se llama derecho de retracto.

Los autores Avendaño, señalan respecto al retracto lo siguiente.

El que hace uso de este derecho, a quien se denomina retrayente, se sustituye en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Este derecho —que supone una preferencia del copropietario para adquirir la cuota, aunque el código civil no lo regule— se ejerce pagando al comprador el



precio que este a su vez pagó al que le vendió su cuota. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 99).

El derecho de retracto solo se hace valer mediante un proceso judicial en el que el demandante es el copropietario, en calidad de retrayente, y los demandados los copropietarios, el vendedor y el comprador (nuevo copropietario). Debe interponerse dentro del plazo de treinta días de conocida la transferencia. El proceso está regulado por los artículos 495 a 503 del código procesal civil.

El retracto está contemplado en los artículos 1592 y siguientes del código civil. el artículo 1592, dice el derecho de retracto es el que la ley les otorga a determinadas personas para subrogarse en lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa. Respecto a la subrogación Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “El contrato de compraventa que da origen al retracto queda intacto. El retracto no anula, rescinde ni resuelve el contrato que lo origina. El retrayente simplemente subroga al comprador” (pág. 99).

En los contratos de compra venta no puede pactarse las personas que tenga derecho al retracto, y esto es porque, retracto es un derecho que nace de la ley y no del contrato. Y, solo la ley puede contemplar a las personas facultadas a eso.

El artículo 1595 del Código Civil dice que el derecho de retracto es irrenunciable y el artículo 1593 del Código Civil dice que también procede en la dación en pago. A diferencia del derecho de preferencia, el retracto es sobre la cuota y se ejercita luego

de su venta. No procede en las ventas hechas por remate público, así lo señala el artículo 1592 del Código Civil.

2.1.8. OBLIGACIONES DE LOS COPROPIETARIOS

El Código Civil regula las obligaciones de los copropietarios. Estos son el artículo 978, no practicar actos que importen el ejercicio de propiedad exclusiva; los artículos 980 y 981, responder por las mejores y concurrir a los gastos de conservación y el pago de tributos, cargas y gravámenes que afecta el bien; el artículo 982, saneamiento en caso de evicción; y el artículo 984, hacer partición.

2.1.8.1. Condicionalidad de validez de los actos de la propiedad exclusiva.

El artículo 978 en su redacción, establece que, si un copropietario practica sobre todo o parte del bien, que se encuentra en copropiedad, un acto que implique el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto será eficaz solo al momento que se adjudica el bien, o la parte, a quien practicó el acto.

Una parte de la doctrina considera que la solución que brinda el código, para aquellos actos de disposición de parte de copropietarios sobre la totalidad de bienes de copropiedad, es perjudicial, ya que otorgar al trasgresor una salida, una eventual convalidación a un acto ilegal y abusivo en el hipotético caso de que logre adjudicarse todo el bien. Pero que también debe reconocerse es que, en cambio, sin



dejar de reconocer que la figura es conveniente y guarda coherencia con la concepción que liberaliza el tráfico de bienes.

Moisés Arata a la hora de explicar, de a qué se debe que puedas luego regularizar la situación de los bienes dispuestos solo por un copropietario, refiere esto:

Tenemos que el artículo 978 del código civil suele ser puesto en relación con las normas de nuestro código civil referidas tanto a los bienes que pueden ser objeto de las prestaciones materia de la obligación creada por un contrato, entre las cuales se encuentra la posibilidad de que los bienes ajenos pueden ser objeto de dichas prestaciones, como las normas específicas referidas al contrato de compraventa sobre bienes ajenos. Si bien desde el punto de vista de los actos de los que puede derivar una actuación que puede ser calificada como equivalente a la de un copropietario exclusiva, se encuentran comprendidos no solo en los contratos sino, también, otros actos patrimoniales no contractuales y que, aun en el caso de contratos, no solo debemos hablar de contratos de compraventa en los que actuando a nombre propio aparecerá vendiendo todo o parte del bien o bienes comunes a favor de un tercero, lo cual justifica que se efectúe el estudio de la relación existente entre el artículo 978 y las normas contenidas en los artículos antes citados. (Arata Solis, 2009, pág. 158).

Todo esto quiere decir que cuando un copropietario práctico, sobre todo, o una parte material, un acto de ejercicio de la propiedad exclusiva, este acto no produce efecto. En el ejemplo de una compraventa, el vendedor no transfiere propiedad al comprador. Esto es porque el copropietario es solo dueño de una cuota ideal, no de



la totalidad del bien. Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “La compraventa, sin embargo, es válida, ya que contiene elementos esenciales del acto jurídico: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible y fin lícito. Lo que ocurre es que la eficacia del acto queda supeditada a que se adjudique el bien a quien lo vendió” (pág. 100). Esto quiere decir que: primero el copropietario que hizo la disposición del bien tiene que adquirir la titularidad sobre todo el bien, y solo así el acto producirá efecto, que en este caso es la transferencia de la propiedad.

En cuanto a la redacción del artículo Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “El artículo 978 del Código Civil tiene una redacción equivocada. En realidad, el acto no es válido desde que se adjudica el bien a quien practicó el acto, sino que es eficaz desde que se adjudica el bien” (pág. 100).

2.1.8.2. Obligación de responder a las mejoras.

El artículo 980 del Código Civil establece que los copropietarios tienen que responder por las mejoras hechas sobre el bien en copropiedad, esto nos dice que es posible la invocación de las mejoras tenga lugar únicamente entre cotitulares del derecho; sin que esto signifique la liquidación de un estado posesorio. El tema de las mejoras se encuentra regulada, en cuanto a sus clases y los derechos que derivan de su realización, en los artículos 916 al 919 del Código Civil, los cuales forman parte del título correspondiente a la posesión. Sobre el tema Arata Solís dice:



La lectura de dichos dispositivos permite inferir que la estructura de dicha regulación presupone la existencia de una situación posesoria que debe ser liquidada con ocasión de la restitución a la que se encuentra obligada el poseedor a favor del titular de derechos. Sin embargo, no siempre un tema de mejoras es un tema estrictamente ceñido a los parámetros subjetivos y de oportunidad antes indicados y prueba de ello son los artículos 980 del Código Civil, conforme a cuál es posible que la invocación de las mejoras tenga lugar únicamente entre los cotitulares del derecho y que, por cierto, no se esté liquidando un estado posesorio. (Arata Solis, 2009, pág. 179).

Las mejoras son modificaciones que realiza un poseedor en un bien, que hace que aumente su valor. Pueden ser necesarias, útiles o de recreo. Sobre la diferenciación de cada una Avendaño Valdez & Avendaño Arana expresan:

Son necesarias cuando tienen por objeto impedir la destrucción o el deterioro del bien. Son útiles las que sin pertenecer a la categoría de necesarias aumentan el valor y la renta del bien. Y son de recreo cuando, sin ser necesarias ni útiles, sirve para ornato, lucimiento o mayor comodidad. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 101).

En el supuesto contemplado en el artículo 980 sobre las mejoras. Si son necesarias o útiles, todos los copropietarios deben responder proporcionalmente por los gastos que demandaron la ejecución. Porque, todos los copropietarios se benefician con las mejoras.



2.1.8.3. Obligación de pago en gastos comunes.

El artículo 981 del Código Civil sostiene que los copropietarios participan tanto en los beneficios como en las cargas del bien común, en proporción a sus cuotas. A criterio de Arata Solis (2009): “Se trata de poner relieve que en una relación jurídica real no solo se tienen poderes y facultades sino, también algunas obligaciones que cumplir, las cuales se encuentran íntimamente vinculadas a la titularidad real que ostentan” (pág. 103).

Esto quiere decir que cada copropietario participe, con relación a su porcentaje, en los gastos de conservación y el pago de los tributos y cargas y gravámenes que afecta al bien común.

2.1.8.4. Obligación de saneamiento por evicción.

De La Puente y Lavalle (1999) define a la evicción como:

La evicción es la privación que sufre el adquirente, por mandato de una sentencia firme, del derecho de propiedad, posesión de una cosa, que adquirió el transferente pro razón de un contrato, mientras que el respectivo saneamiento es la obligación impuesta legalmente al transferente de responder frente al adquirente por las consecuencias derivadas de esa privación. (De La Puente y Lavalle, 1999, pág. 305)



El artículo 1941 del Código Civil, cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

Arata Solis (2009) respecto a la obligación de evicción entre copropietarios refiere: “Si uno de los copropietarios fuese privado de la propiedad de un bien que le fue adjudicado en la partición, entonces tendrá derecho a reclamar a sus demás copropietarios, el cumplimiento de la obligación de saneamiento” (pág. 272). Esto quiere decir que conforme el copropietario afectado podría reclamarles que le paguen, en forma proporcional a las cuotas que él tenía en la copropiedad.

2.1.8.5. Obligación de partición.

Los copropietarios están obligados a hacer la partición cada uno de ellos o el acreedor de cualquiera de ellos pida, salvo los casos de indivisión forzosa. La partición es una obligación y un derecho para todos los copropietarios. Es un derecho imprescriptible.

El tema de la partición se desarrollará más ampliamente adelante.

2.1.9. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES

Existen tres clases o tipos de administración: la convencional, la judicial y la de facto.

Cabe precisar, que existe una diferencia entre las decisiones sobre el destino del bien con la administración del bien, parte de las diferencias son la cantidad de votos necesarios para cada uno de ellos, como lo detallan los autores Avendaño:

Con relación a la administración de los bienes sujetos a copropiedad debe terse en cuenta para disponer, gravar arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en el, las decisiones se adoptan por unanimidad. Para todos los actos de administración ordinaria las decisiones se adoptarán por mayoría absoluta. Los votos se computan por el valor de las cuotas y en caso de empate decide el juez. La mayoría se cuenta por las cuotas ideales que las personas tienen en la copropiedad y no por persona. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 102)

2.1.9.1. Administración Convencional.

En la administración convencional tiene que existir un acuerdo entre los copropietarios sobre la administración del bien. Los propietarios se ponen de acuerdo acerca de la persona que se encargue de la administración y sobre sus facultades.



Cabe señalar que mucha parte de la doctrina establece que existe un vacío normativo. La ley no nos dice como se elige a un gestor convencional, si por unanimidad o por algún tipo de mayoría, o si es necesario algún requisito. ha de validez. Algunos autores como Ramirez Cruz (1999), respecto al tema dicen: “Debe ser decidido por unanimidad y requiere plena capacidad de todos los copropietarios” (pág. 527).

2.1.9.2. Administración Judicial.

La necesidad de resolver los problemas que la gestión de bienes comunes, y el no llegar a ponerse de acuerdo entre todos los copropietarios de quien debe ser el que administre el bien, lugar a que se recurra a la administración judicial de los mismos. Según Moisés Arata (2009), para que esta opción se de, se necesita la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- La falta de explotación de los bienes o la existencia de desavenencias entre los copropietarios sobre la gestión común directa.
- La falta de acuerdo entre los copropietarios para la designación de un administrador convencional.

El Código Civil en los artículos 976 y siguientes, regula la administración judicial de los bienes. Se estipula que cualquier copropietario puede solicitar la



administración judicial de bien. Respecto al trámite, los doctores Avendaño la explican de la siguiente manera:

El juez convoca a una audiencia. Si concurren quienes representan más de la mitad de cuotas en el valor de bienes y existe un acuerdo unánime de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujeta a lo acordado. Si no hay acuerdo unánime de la persona que debe administrarlos, el nombramiento se sujeta a lo acordado. Si no hay acuerdo, nombra administrador en la forma establecida en el artículo 772 del Código Procesal Civil. El administrador tiene las facultades que acuerden los interesados con capacidad de ejercicio y que el juez apruebe. A falta de acuerdo, tiene las atribuciones que señale el juez. El administrador puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre bienes que administra, siempre que no implique la disposición, ni excedan los límites de una razonable administración. Si hubiera la necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador debe obtener previamente la autorización del juez, quien puede concederle de plano o con audiencia de los interesados. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 102).

2.1.9.3. Administración de Facto.

La figura del administrador de facto, es reciente, ya el legislador la recoge de la realidad, puesto que se vio que en muchos casos no se llegó a tener un administrador judicial o convencional, pero esto no impedía que en la realidad un copropietario tuviera la posición de administrador para las funciones más básicas



de gestión del bien. Es así que, el Código de 1984 recoge la figura del administrador de facto para respaldar a este copropietario que administra los bienes sin haber tenido autorización judicial o autorización convencional.

La administración de facto está regulada en el artículo 973 del Código Civil. El derecho de administración de facto corresponde a todos los copropietarios. Las facultades del administrador de facto corresponden a todos los copropietarios. Las facultades del administrador de facto son las del administrador judicial. Sus servicios son retribuidos con una parte de la utilidad.

2.1.10. PARTICIÓN

La copropiedad es una comunidad romana, y esta les da derechos a los copropietarios, y entre estos está el de poder pedir partición, así lo expresa Alvarez Caperochipi (1986): “la titularidad del derecho de copropiedad ordinariamente confiere a cada condómino la facultad de instar, en cualquier momento, la división de los bienes comunes con presidencia del previo pago de los gastos comunes” (pág. 198). Esta facultad en el derecho romano lleva el nombre de actio communi dividendo, es parte de los derechos individuales que existen dentro de un régimen de copropiedad, produciendo esto que se materialice la cuota de cada uno de los copropietarios.

A la hora de desarrollar la facultad que tienen los copropietarios La Cruz Berdejo(2012) expresa que: “dicha facultad se encuentra siempre presente en el contenido del derecho individual de cada copropietario y apta para ser ejercida, de



ahí que se haya dicho que la comunidad ordinaria es siempre y necesariamente divisible” (pág. 480).

La comunidad romana o por cuotas, como es la copropiedad, es transitoria y por eso siempre se le puede poner fin mediante partición. Consiste en convertir la cota ideal en una parte localizada del bien.

Cuando se desarrolla la naturaleza de la partición, esta es definida como una permutación de derechos como lo señala Avendaño Valdez & Avendaño Arana, (2017): “Jurídicamente, la partición es una permuta por la que cada copropietario cede el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, a cambio del derecho que le ceden los demás copropietarios en los bienes que se le adjudican” (pág. 103).

En cuanto a la diferenciación de la partición con la división, es la siguiente. Que una partición no es necesariamente una división de un bien. El ejemplo típico es, si se parten dos casas entre dos copropietarios y se le adjudica una a cada uno, no hay división. A diferencia, si lo que se parte es un terreno y se le adjudica una sección a cada copropietario, además de haber partición existirá división.

Lo que no se considera partición, y con ello el fin de la copropiedad, son los siguientes supuestos: la enajenación del bien a un tercero y la distribución del producto de la venta entre los copropietarios; que un copropietario adquiere todas las cuotas de sus copropietarios. En los casos propuestos se extinguió la copropiedad, pero no por la partición.



Regresando a la naturaleza de la partición, el Código Civil en su artículo 983, recoge la teoría de que la partición es un acto traslativo. Esto quiere decir que la partición es considerada una permuta entre los copropietarios. Las cuotas se transfieren en el estado en que se encuentran. Si estaban gravadas, se transfiere el gravamen.

El caso de los gravámenes y su destino luego de la partición es interesante, Avendaño Valdez & Avendaño Arana lo desarrollan con el siguiente ejemplo:

Luego de la partición, la hipoteca y el embargo se trasladan a los inmuebles que se independizan del terreno en proporción a la cuota hipotecada o embargada. En estricto, lo que ocurre es que cuando se produce la partición hay un cambio de titular del bien. Si se hipoteca una cuota que representa el 50% de un terreno, cuando se realiza la partición la hipoteca se traslada al 50% de cada uno de los inmuebles resultantes luego de la partición. La hipoteca recaía inicialmente sobre la cuota y después de la partición sobre el 50% de cada bien independizado. Se trata de los mismo. Pero el titular del bien cambia. Antes lo era una persona respecto a la cuota, ahora es otra persona respecto al bien al cual se le traslada la hipoteca. Lo mismo sucede cuando se adquiere un inmueble hipotecado o embargado. El nuevo titular adquiere el bien gravado. Hay un cambio de titular, pero el gravamen se mantiene. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 104).

La partición tiene una característica de obligatoriedad hacia todos en la copropiedad. Es obligación de los copropietarios pedirla, y es también obligación



de los copropietarios hacerla, sin poner justificaciones. Esta obligación tiene excepciones: la indivisión forzosa, cuando los copropietarios han celebrado un pacto para no partir el bien durante un plazo determinado o cuando la ley le fija un plazo para ella.

Respecto a porque la acción de partición es imprescriptible, Avendaño Valdez & Avendaño Arana, expresan que la copropiedad es solo transitoria y trae muchos problemas a los copropietarios que en ella viven, y es económicamente inconveniente, como lo expresan en esta cita:

La acción de partición es imprescriptible, no hay plazo para pedirla, porque lo que se requiere es que la copropiedad sobre los bienes termine. Recuérdese que la copropiedad es transitoria. Está destinada a terminar porque es fuente de dificultades para el uso y la explotación de los bienes. La copropiedad además dificulta la circulación de los bienes, ya que para la enajenación se requiere el consentimiento de todos los copropietarios. Conviene entonces que termine y para ello la acción para ponerle fin, la partición, debe poder ejercitarse siempre. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 105).

No existe la posibilidad de adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva entre los copropietarios, y así ponerle fin a la copropiedad. En el supuesto en que un copropietario use exclusivamente el bien, jamás este lo adquirirá por prescripción. Haciendo que se mantenga la copropiedad. Y si existe copropiedad, igualmente siempre existirá la acción inherente a la copropiedad que permite ponerle fin.



Existen dos tipos de partición, la convencional y la judicial. La partición convencional, se da cuando existe un acuerdo de los copropietarios. Pero que sucede si un copropietario es incapaz o es declarado ausente, pues: “Si alguno de los copropietarios es incapaz o ha sido declarar ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial. La solicitud de aprobación sujeta al trámite del proceso no contencioso, estipulado en al artículo 987 del código civil” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 105).

2.1.10.1. Indivisión Forzosa.

Como se expresó la partición es acto obligatorio salvo en los casos de indivisión forzosos, de acuerdo entre los copropietarios o de ley que fije plazo para su partición. Regulados por el artículo 993 del Código Civil.

El artículo 993 del Código Civil señala que una de las excepciones al ejercicio del derecho de partición es el acto jurídico (acuerdo entre las partes), un acto unilateral o plurilateral, mediante el cual alguien o varios imponen un estado de indivisión forzosa que mientras dura impedirá que pueda ejercitarse la pretensión de partición, la cual en caso de formularse debe ser declara improcedente. A criterio de Moisés Arata (2009):

Esta es una afectación que concierne a la situación de copropiedad en sí misma, es ella a la que no se le puede poner fin por los copropietarios, pero nada impide que los copropietarios puedan salir de la situación de copropiedad si logran enajenar su posición individual a un tercero. (Arata Solis, 2009, pág. 289).



Respecto a la duración del pacto de indivisión y sus sucesivas renovaciones Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “El pacto de indivisión puede establecerse por un plazo no mayor de cuatro años y ser renovado todas las veces que los copropietarios lo juzguen por conveniente” (pág. 105). El pacto entre las partes para no partir el bien por un tiempo, podría afectar el interés de los acreedores de alguno de los copropietarios, quienes también tienen derecho de pedir la partición. El artículo 993 Código Civil prevé este potencial conflicto estableciendo que para que el pacto produzca efecto frente a terceros, debe inscribirse en el registro de la propiedad inmueble de Registros Públicos. Esto es así debido a la característica de publicitar que tiene el registro de las relaciones jurídicas que existen sobre el bien.

2.1.11. MEDIANERÍA

La medianería es un ejemplo de copropiedad forzosa, generada por la ley, que no se puede extinguir por partición. Esto genera que haya muchas personas ejerzan derechos sobre estos bienes. Todo esto está contemplado en el Código Civil a través de la denominada medianería artículo 994.

Al respecto Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) refieren lo siguiente:

Las paredes, cercos o zanjas que separan dos predios pueden pertenecer a cada uno de los dueños de los predios colindantes o a los dos dueños de los predios



colindantes. Serán propias si están construidas en el terreno de cada colindante; serán comunes si están construidas en el terreno de los dos colindantes. En este último caso estamos en presencia de la medianería. La medianería es un caso de copropiedad con indivisión forzosa. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 106).

Las diferencias entre la medianería y la copropiedad normal, son las siguientes: la medianería la impone la ley y es una situación de indivisión forzosas y permanente, salvo que se renuncie a ella, y como consecuencia de esto último, en la medianería no hay partición; mientras que la copropiedad normal, nace de la voluntad de las partes, excepto en caso de herencia, y es una situación temporal, por lo que concluye por voluntad de cualquiera de los copropietarios, mediante la partición.

El artículo 994 del Código Civil nos dice que las paredes, cercos y zanjas situados entre dos predios se presumen comunes, mientras que no se pruebe lo contrario. “La prueba en contra consiste en acreditar que la pared, cerco o zanja está ubicada en el predio de uno de los colindantes” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 106).

En términos económicos conviene que las paredes, cercos o zanjas que separan dos predios sean medianeras. De esta forma se produce ahorro para los dos colindantes en terreno y construcción. Sobre el tema Arias Schreiber refiere:

La medianería ofrece soluciones de orden práctico porque representa una economía del terreno, materiales y mano de obra respecto de los elementos



demarcatorios fuera de que tiene incidencias de orden estético, ya que, de no existir, la armonía de los inmuebles contiguos se vería rota debido a la construcción de paredes, muros o cercos en cada uno de los predios colindantes.

(Arias Schreiber, 1993, pág. 125).

Todo colindante puede colocar tirantes y vigas en la pared medianera, y servirse de ella, siendo el único requisito no deteriorarla y no abrir en ella ventanas o claraboyas. Cualquier colindante puede también levantar la pared medianera, siendo de su cargo los gastos respectivos. Y es obligación de los colindantes contribuir a prorrata para la conservación, reparación o reconstrucción de la pared medianera.



SUBCAPITULO II

2.2. EL SISTEMA FINANCIERO

2.2.1. CONCEPTO

La Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia, en el glosario de términos anexo a él, define al sistema financiero de la siguiente forma: El conjunto de empresas, que debidamente autorizadas que operan en la intermediación financiera. Incluye las subsidiarias que requieran de autorización de la Superintendencia para constituirse. Esta es la definición que utiliza la ley para definir el sistema financiero, de ella podemos afirmar que pensar en el sistema financiero es hablar del conjunto de empresas debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguro.

La doctrina recoge diferentes conceptos de Sistema Financiero, entre ellas la de Chu Rubio (2016), en la que define el sistema de la siguiente forma:

Es el conjunto de instituciones encargadas de la circulación del flujo monetario. Su tarea principal es canalizar el dinero de los ahorristas hacia quienes desean hacer inversiones productivas. Las instituciones que cumplen este papel se



llaman intermediarios financieros o mercados financieros. Los medios que utilizan para facilitar las transferencias de fondos de ahorros a las unidades productivas se denomina instrumentos financieros. (pág. 115).

El sistema financiero está formado por el conjunto de instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público o de derecho privado, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguro (SBS), que se dediquen a la intermediación financiera. Intermediación financiera es la actividad de captación y colocación de fondos, o conexión entre superavitarios y deficitarios, para financiar proyectos de estos últimos.

Cada país, tiene leyes, independientes, de regulación y supervisión para las empresas del sistema financiero y de seguros, así como aquellas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas empresas. Normalmente estas leyes, en los países no regulan a los bancos centrales de reserva, pues estas tienen marcos legales independientes; ya que sus funciones no son iguales que de los bancos que forman parte el sistema financiero.

La legislación peruana les da a las empresas del sistema financiero la libertad de señalar a su criterio las tasas de interés, las comisiones y gastos para sus operaciones activas, pasivas y servicios. Y, no pasando esto en los casos de la fijación de las tasas de interés, ya que estos se fijarán según los límites que para el establezcan los bancos centrales de reserva; esto se hace para proteger a las personas que solicitan crédito, sino también para mantener estable el sistema macroeconómico.



2.2.2. TIPOS DE EMPRESAS DEL SISTEMA FINANCIERO

Para desarrollar los tipos de empresas del sistema financiero, utilizaremos lo establecido por la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia, así como por la normativa de la Superintendencia de Banca y Seguro, y se utilizara lo desarrollado por Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011) en su obra el Sistema Financiero Peruano.

2.2.2.1. Empresa Bancaria.

Es aquella cuyo negocio principal consiste en recibir dinero del público en depósito o bajo cualquier modalidad contractual, y utilizar ese dinero, su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación en conceder créditos en las diversas modalidades, y o aplicarlo a operaciones sujetas a riesgo de mercado.

Es, en resumen, dedicarse a funciones de captación y colocación de capital.

2.2.2.2. Empresa Financiera.

Es aquella que capta recursos del público y cuya especialidad consiste en facilitar las colocaciones de primeras emisiones de valores, operar con valores mobiliarios y brindar asesoría en carácter financiero.



2.2.2.3. Caja Rural de Ahorro y de Crédito.

Es aquella que capta recursos del público, y cuya especialidad consiste en otorgar financiamiento preferentemente a la mediana, pequeña y micro empresa del ámbito rural.

Es así que segmenta su mercado solo a poblaciones rurales, para sus proyectos de desarrollo productivo. Además de tener la función de hacer inclusión financiera a las poblaciones rurales del Perú.

2.2.2.4. Caja Municipal de Ahorro y Crédito.

Es aquella que capta recursos del público y cuya especialidad consiste en realizar operaciones de financiamiento, preferentemente a las pequeñas y micro empresas. Tiene como objetivos principales hacer la inclusión financiera de las personas.

2.2.2.5. Caja Municipal de Crédito Popular.

Es aquella especializada en otorgar crédito al público en general, encontrándose también facultada para efectuar operaciones activas y pasivas con los respectivos concejos provinciales y distritales y con las empresas municipales dependientes de los primeros, así como para brindar servicios bancarios a dichos concejos y empresas, así como asesoramiento continuo.



2.2.2.6. Empresas de Desarrollo de Pequeña y Micro Empresa (EDPYME).

Es aquella empresa cuya especialidad consiste en otorgar financiamiento preferentemente a los empresarios de la pequeña y micro empresa. Figura que nació con el crecimiento del mercado de la pequeña y micro empresa. Muchas empresas bancarias optan por tener empresas de desarrollo de pequeña y micro empresa (EDPPYME), para atender ese mercado.

2.2.2.7. Empresas de Arrendamiento Financiero.

Se especializan en la adquisición de bienes muebles e inmuebles, los que serán cedidos en uso a una persona natural o jurídica, a cambio del pago de una renta periódica y con la opción de comprar dichos bienes por un valor predeterminado.

2.2.2.8. Empresa de Factoring.

Estas empresas tienen como especialidad en la adquisición de facturas conformadas, títulos valores y, en general, cualquier valor mobiliario representativo de deuda.

2.2.2.9. Empresa Afianzadora de Garantías.

Se especializa en otorgar afianzamiento para garantizar a personas naturales o jurídicas, ante otras empresas del sistema financiero o ante empresas del extranjero, en operaciones vinculadas con el comercio exterior. Estas se utilizan en gran medida como Cartas Fianza, para el desarrollo de proyectos en el país.

2.2.2.10. Empresas de Servicios Fiduciarios.

Se especializa en actuar como fiduciario en la administración de patrimonios autónomos fiduciarios, o en el cumplimiento de encargos fiduciarios de cualquier naturaleza.

Se entiende por servicios fiduciarios, el que hace una persona, natural o jurídica, en administrar el dinero o los bienes de otras personas. El que es designado como fiduciario, está obligado por ley, a administrar el dinero y los bienes de la persona para el beneficio de esa persona.

2.2.2.11. Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Pueden captar recursos del público, entendiéndose por tal a las personas ajenas a sus accionistas, solo si adoptan la forma de sociedades cooperativas con acciones. No se rigen por la Ley General de Cooperativas, sino por la Ley General 26702 y la Ley General de Cooperativas. Están bajo la supervisión de la SBS.

2.2.2.12. Bancos de Inversión.

Son sociedades anónimas que tiene por objeto promover la inversión, tanto en el país como en el extranjero. Pudiendo actuar como inversionista directo o como intermediario entre los inversionistas y las empresas que requieren capital.

Solo operan en cartera negociable y captan recursos mediante colocación de obligaciones en el mercado, no pudiendo recibir depósitos, ni efectuar colocaciones, ni otorgar créditos contingentes. Por tanto, no asumen riesgos crediticios, solo de mercado, y no le son de aplicación los limites operaciones de la banca múltiple.

2.2.2.13. Empresas de capitalización inmobiliario.

Es aquella cuya actividad consiste en comprar y/o edificar inmuebles, y, con relación a los mismos, celebrar contratos de capitalización inmobiliaria individual con terceros, entregando en depósito al inversionista la correspondiente unidad inmobiliaria. Estos últimos contratos incluyen el derecho de opción del inversionista para la adquisición de la unidad inmobiliaria mediante el pago de su precio al contado, en cualquier momento. Estas empresas podrán celebrar contratos pasivos para el pre financiamiento de los inmuebles y emitir cédulas hipotecarias.

El importe de la capitalización individual, no está sujeta a retiro y solo podrá ser aplicado al pago del precio de compra de la unidad inmobiliaria, o recuperado por el inversionista mediante la cesión de su posición contractual.



Las empresas de capitalización inmobiliaria solo podrán efectuar operaciones vinculadas con programas de capitalización individual relacionadas al mercado inmobiliario, y no podrán efectuar colocaciones.

2.2.3. CRÉDITO

Cuando se piensa en el “crédito”, se vienen varias ideas, así como tantos significados que tiene la palabra. La palabra se refiere a la suma de condiciones morales y económicas de una persona y más específicamente, sobre todo en los negocios en las cuales, por la confianza de una de las partes hacia la otra, se dan prestaciones, normalmente, económicas, prestamos de dinero.

Esta operación es definida por Ambrosini Valde (1992), como un acto “mediante el cual se efectiviza el crédito que puede tener una persona, por cualquiera de las formas técnicas que se han denominado operaciones activas y pasivas. Entonces la operación de créditos es el préstamo para obtener financiamiento de terceros, bajo compromisos de reembolso a futuro” (pág. 246).

De las prestaciones que se habla en el crédito, pueden darse en especie o dinero, o una especie y la otra en dinero, o ambas en dinero. En el caso de las primeras, llevan el nombre de crédito mercantil y a la tercera, crédito financiero o bancario.

En la teoría del crédito, esta no puede nacer de la nada, sino que necesariamente debe tener el respaldo de una actividad productiva y, por ende, de una riqueza creada, con lo cual se puede garantizar el pago de la acreencia. Pero en el campo



práctico del crédito, se dan algunas desviaciones de este principio, como son las letras de favor.

Los elementos constitutivos de toda operación crediticia según la teoría son:

- Un plazo definido de tiempo, que es el periodo en el cual debe darse la contraprestación pactada.
- La transferencia de propiedad del bien o dinero.
- La voluntariedad del intercambio, que excluya el ahorro forzoso.
- La confianza, que no tiene por qué ser absoluta, sino existir en cierto grado y complementarse en las garantías tomadas para asegurar la recuperación del préstamo.

Tanto las operaciones pasivas, cuando la depositante entrega su dinero a la institución financiera, como las activas, cuando el cliente solicita algún préstamo para un proyecto, son operaciones de crédito. Sin embargo, se considera así nada más el segundo caso.

2.2.3.1. Etapas del proceso de crédito.

Las etapas del proceso del crédito varían según las entidades financieras que son parte del sistema. Pero se puede ver etapas repetidas entre entidades, es así que



detallamos las más comunes, estas son recogidas también en el libro de Introducción a la Banca de Ambrosini Valde (1992).

- Solicitud: Pedido formal de la línea de crédito por el cliente. Entrega de toda la documentación requerida por la institución financiera.
- Evaluación del crédito – medición de riesgo: Se hace mediante el uso de técnicas de análisis financiero. Se evalúa la reputación y solvencia del solicitante, también el negocio para el cual se solicita el dinero.
- Propuesta de crédito y aprobación.
- Formalización: Se formaliza el crédito con la suscripción del contrato de parte del cliente y el representante de la institución financiera. Elevar a escritura pública cuando sea pertinente, o la inscripción de la garantía cuando sea el caso.
- Desembolso: Es la entrega de dinero, emisión de cartas de crédito, cartas fianza, títulos valores como aceptación de aval de parte de la entidad financiera al solicitante, para que se cumple cumpla con el desembolso.
- Control Ex – post: Es el control para ver el cumplimiento de las condiciones contractuales, el cumplimiento de los negocios colaterales, el desenvolvimiento de la línea, en caso de proyectos el desenvolvimiento respecto a lo planteado, observar y evaluar el estado de conservación de las garantías, la



cobranza de parte del cliente, acciones de cobro coercitivos vía judiciales o extrajudiciales, retroalimentación para futuros créditos.

2.2.3.2. Evaluación de riesgo.

Antes de asumir un riesgo, las entidades financieras, a la hora de entregar un crédito, dentro de clientes paramentados, el banco debe conocer a su cliente, evaluarlo y analizar cuales negocios puede realizar conjuntamente. Las técnicas de evaluación son de diversas. La más conocida es la las 5C o las cinco categorías, y las detalla así Ambrosini Valdez (1992). Estas son:

- **Carácter:** Consiste en las cualidades del prestatario, como su honestidad, integridad, la experiencia pasada. Si bien es uno los factores menos calificables, es de los más importantes, porque las cifras pueden decir todo lo contrario y el crédito estar destinado al fracaso por la mala calidad del sujeto de crédito.
- **Capacidad:** Es el conocimiento del negocio y calidad técnica de los accionistas y plana gerencial, así como todo su capital humano en general.
- **Capital:** Es la inversión realizada, vista tanta por la tecnología adquirida mediante los activos como por el nivel de endeudamiento con terceros, respecto al capital propio.

- Colateral: Cumple con dos finalidades; reducir el riesgo de la operación cuando la evaluación así lo exija, e incrementar la rentabilidad del dinero prestado. La última dependerá de que el tipo de colateral exigido pueda ser usado por el banco para incrementar sus ingresos. Se trata, por ejemplo, de los depósitos en efectivo y las letras de cobranza entre otros.
- Condiciones: De acuerdo con la evaluación realizada, se puede considerar el desembolso del crédito; de esta manera se controla que el dinero se emplee según los intereses del banco.

2.2.4. GARANTÍA

Las garantías tienen diferentes definiciones, pero en el ámbito bancario peruano, una de las más aceptadas es la de Ambrosini Valdez (1992), en su libro *Introducción a la banca*, es así que define a la garantía de la siguiente manera:

Desde el punto de vista legal, la garantía constituye un contrato accesorio, vinculado a uno principal, que generalmente es mutuo u otra operación activa. Como todo lo accesorio, corre la suerte de lo principal; es decir, que solo es ejecutable si se incumple con la obligación que está garantizada. (pág. 283).

La teoría bancaria determina que los préstamos deben otorgarse por la calidad del negocio que se desea financiar y no por las garantías, y es así que se incentiva la



inversión en un país. Pero en la práctica bancaria, es por varios motivos, que el riesgo que representa un crédito, es difícil de reducirlo a cero. Sean estas por diversas razones, como las macroeconómicas o de la empresa, siempre existen variables impredecibles. Es, por lo tanto, que las garantías compensan y cubren hasta cierto límite el riesgo que un banco puede asumir.

Son importantes las garantías, ya que estas, están respaldadas con ciertas herramientas que protegen al acreedor frente a un deudor que no honre su deuda, es así como lo explica Ambrosini Valdez (1992) a estas: “herramientas legales de que dispone el sistema financiero con el objeto de recuperar los créditos, bien sea a través del remate de bienes otorgados en garantía o de aquellos embargados tras los juicios pertinentes” (pág. 282).

Las garantías le dan al acreedor tiene diversos medios legales para cobrar una deuda, y dentro de estas, esta incluso con la venta de activos del deudor (caso de la hipoteca). La quiebra, da igualdad de condiciones que los demás deudores; más aún, tienen prioridad sobre el los trabajadores y deudores alimentistas. Es ahí que radica la importancia de las garantías para un acreedor; esto es tener garantías constituidas a su favor; bienes que específicamente respalden su acreencia.

Las garantías aseguran el cumplimiento de las obligaciones, estas garantías pueden ser de dos tipos: personal o real. Es personal cuando una o varias personas se obligan a garantizar un préstamo, de un tercero, con su patrimonio. Cuando es real, el acreedor con garantía real, tiene prioridad sobre los acreedores para ser pagada



con los bienes específicamente afectados a su favor, inclusive en caso de quiebre del deudor.

Sus modalidades, ordenadas en tres grupos, son: Garantías reales, entre ellas se encuentra la hipoteca predial, la hipoteca minera, la anticresis, la prenda civil, la prenda mercantil, etc.; Garantías personales, entre ellas se encuentra la fianza simple, la fianza solidaria, la fianza mercantil, el aval, la fianza hipotecaria, etc.; garantías quirografarias, entre ellas se encuentra el endoso de títulos valores, el endoso de pólizas de seguro, etc.

2.2.4.1. Garantía real.

Se entiende por garantía real, aquella por la cual una persona –el deudor o un tercero- afecta un bien o activo de su propiedad para garantizar el pago de una obligación.

Los bienes susceptibles de ser afectados se dividen en dos grandes grupos: inmuebles y muebles.

La doctrina define a los derechos reales como instrumentos de garantía de obligaciones. Esa línea es la que sigue Vásquez Ríos (2003), el cual define a los derechos reales de la siguiente manera:

Los derechos reales de garantía son aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación, mediante la concesión de un poder directo e inmediato sobre una



cosa ajena, poder que faculta a su titular para, si aquella se incumple, promover la enajenación de esta y hacerse pago con su precio de dicha obligación asegurada o de la suma a que asciende la responsabilidad por el incumplimiento. (pág. 20).

El artículo 721 del Código Procesal Civil, expresa textualmente: Admitida la demanda se notificará el mandato de ejecución al ejecutado ordenado que pague la deuda dentro de tres días bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía; de tal manera que, si el deudor no cumple la prestación se procede al remate del bien.

Otras definciones de garantia reales, es la que nos da Canelo Rabanal (2015), el cual la define de la siguiente manera: “Son aquellas que consisten en afectar su bien en garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación” (pág. 69).

En la misma línea, sigue diciendo Canelo Rabanal (2015):

Las garantías reales aseguran el cumplimiento de la obligación por parte del deudor a favor del acreedor. El garante del cumplimiento de la obligación ya no es un sujeto, como si lo es en las garantías personales, ahora son bienes muebles y/o inmuebles, los cuales aseguraran el cumplimiento de la obligación. (pág. 74).

Las garantías reales son el tipo de garantía más utilizadas en el sistema financiero, junto a las personales, ya que estas versan sobre bienes identificables, y le entregan



al acreedor el derecho de perseguir al deudor hasta hacerse cobro de la obligación, otorgan preferencia, además de por ser ejecutadas.

Las garantías reales tienen casi las mismas características que las garantías personales. Y estos son:

- Accesoriedad
- Formalidad
- Literalidad
- Numerus Clausus

2.2.4.2. Garantía Personal.

En este caso, no existe un bien específico que garantice la deuda, sino un sujeto que responde con su patrimonio si el deudor no cumple su compromiso.

Son garantías subjetivas, en contraposición con las reales, que son objetivas. Las principales diferencias entre ambas son:

- En la garantía real, existe un objeto; en lo personal, es un sujeto.



- La real otorga derecho de persecución sobre el bien; la personal no da este derecho, porque no está ubicada en ningún bien.
- La garantía real recae sobre un bien determinado; en la personal todo el patrimonio del garante responde por la deuda.
- En la personal existe el beneficio de división y excusión. Hoy dos clases de garantías personales: la fianza y el aval.

2.2.5. INTERMEDIACIÓN FINANCIERA

La intermediación financiera es la forma en la cual funciona el Sistema Financiero. Y, esto se da de la siguiente manera, los recursos excedentes almacenados; es decir, ahorrados por las personas, entrarían en inutilidad, y no intervendría en la producción de nueva riqueza, si no entraran a la intermediación.

Es así que la primera utilidad para la sociedad es poner la mayor cantidad de recursos en acción, para generar nueva riqueza y producción. Esta riqueza adicional representara el pago al conjunto de la sociedad por dejar de consumir en el presente para hacerlo en el futuro. Es así como se presenta el interés, y este interés se distribuirá entre los entes intermediarios, los ahorristas y los inversionistas.

La importancia de la intermediación financiera, es desarrollada por Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011), de la siguiente manera:



Si no existiera una institucionalización de la intermediación financiera, y ahorristas e inversionistas tuvieran que encontrarse por sus propios medios ¿en qué costos incurriría la sociedad? En primer lugar, en todo el tiempo perdido para ubicarse los unos a los otros. Además, al no conocerse, el riesgo crediticio se incrementaría, pues los préstamos no recuperables aumentarían. La existencia de instituciones especializadas permita el encuentro del ahorro con la inversión en forma rápida y con riesgo reducido, ya que préstamo es evaluado. (pág. 25).

Es así que la intermediación financiera consiste en los mecanismos e instituciones que permite canalizar los recursos de los superavitarios o deficitarios. La intermediación financiera puede ser de dos tipos: directa o indirecta. Es directa según se produzca a través de un mercado de valores. Y, es indirecta cuando se produce por medio de instituciones financieras. En el caso de la intermediación directa, la evaluación del riesgo se realizará gracias a la transparencia de la información. Y, en la intermediación indirecta la evaluación se da por la experiencia en la evaluación de prestatarios –que también depende de la información–.

2.2.5.1. Intermediación directa.

Se define a la intermediación directa como la conexión del mercado primario (mercado de emisión o mercado financiero en el que se emiten valores negociables). y el mercado secundario (mercado de negociación es una parte del mercado financiero de capitales dedicado a la compra-venta de valores). La unión



del deficitario con superavitario. El mercado secundario es la unión con el bursátil y no bursátil.

2.2.5.2. Intermediación indirecta.

Se define a la intermediación indirecta como la conexión entre deficitarios y superavitarios. Pero las instituciones financieras son las que por un proceso de captación las instituciones captan el dinero de los superavitarios, pero por un proceso de colocación se ubica el dinero a los deficitarios. A diferencia de la intermediación directa los deficitarios no conocen a los superavitarios.

2.2.6. INSTITUCIONES SUPERVISORAS DEL SISTEMA FINANCIERO

2.2.6.1. Banco Central de Reserva del Perú.

El Banco de Reserva del Perú fue creada el 9 de marzo de 1922, mediante la Ley N° 4500, por iniciativa de los bancos privados, e inicio sus operaciones el 4 de abril del mismo año, teniendo como primer presidente a Eulogio Romero. Fue transformado en Banco Central de Reserva el 18 de abril de 1931, siguiendo las



recomendaciones de la misión dirigida por el profesor Edwin W. Kemmerer, teniendo como su principal función la de mantener el valor de la moneda. El 3 de setiembre de ese mismo año se inauguró oficialmente el BCRP, teniendo como primer presidente a Manuel Augusto Olaechea.

Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011), explica la funciones del BCRP de la siguiente manera: “El BCRP es un organismo autónomo que tiene como finalidad preservar la estabilidad monetaria, se consigue controlando la inflación, lo cual genera menos incertidumbre, y a la vez otorga confianza en la moneda nacional, estimulando el ahorro y atrayendo inversión” (pág. 36).

Sus principales funciones son.

- Regular la moneda y el crédito.
- Administrar las reservas internacionales.
- Emitir billetes y monedas.
- Informar sobre las fianzas nacionales.

2.2.6.2. Superintendencia de Banca, Seguro y AFP.



La supervisión bancaria en el Perú se inició en 1873 con un decreto que estableció requerimientos de capital mínimo, un régimen de emisión y cobertura de los billetes y publicación mensual de informes con indicación detallada de las cantidades de moneda acuñada o de metales preciosos existentes en las cajas bancarias.

El primer antecedente de una entidad supervisora fue una dependencia del ministerio de Hacienda, denominada Inspección Fiscal de Bancos, una institución con objetivos poco definidos, que se limitaba a dar recomendaciones para corregir errores o enmendar infracciones.

La Superintendencia fue creada el 23 de mayo de 1931 bajo la denominación de Superintendencia de Bancos. La finalidad era controlar y supervisar los bancos, empresas que en ese entonces conformaban un sistema financiero pequeño y habituado a la autorregulación.

En julio del 2000 fue promulgada la ley 27328, en virtud de la cual se amplió el ámbito de acción de la SBS, al incorporar bajo su control y supervisión a las AFP. De esta manera, a partir del 25 de julio del 2000, la SBS asumió las funciones que desde 1992 venía desempeñando la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, cambia su nombre posteriormente, a Superintendencia de Banca, Seguro y Administración Privadas de Fondos de Pensiones.



Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011), explica la funciones del SBS de la siguiente manera “Su misión es proteger los intereses de los depositantes y asegurados, preservando la solvencia de los sistemas supervisados, así como contribuir con el sistema de prevención y detección de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo” (pág. 37).

Siguiendo la misma línea Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011), continúan diciendo sobre las funciones de la SBS, lo siguiente:

La labor de la Superintendencia abarca dos tareas concretas: regular y supervisar. La regulación establece las reglas de juego sobre las cuales las empresas supervisadas deben competir. La supervisión se ocupa de verificar en la práctica dichas reglas de juego se estén cumpliendo. (pág. 38)

2.2.6.3. El Banco de la Nación.

El Banco de la Nación es una empresa de derecho público, integrante del sector de economía y finanzas, que opera con autonomía económica, financiera administrativa. Fue creada por la ley N° 16000 del 27 de enero de 1996. Ambrosini Valdez & López Aliaga Cazorla (2011), dicen de las funciones del Banco de la Nación lo siguiente:



La misión del banco es brindar servicios financieros al gobierno central en lo que se refiere a recaudación y pagaduría, en competencia en otras instituciones financieras. En forma complementaria sirve a la comunidad en lugares donde existen servicios financieros, en apoyo al desarrollo nacional. (pág. 38)



SUBCAPITULO III

2.3 HIPOTECA

2.3.1 DEFINICION

El artículo 1097 del Código Civil, define a la hipoteca como un derecho real de garantía, que afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación propia o de un tercero. Lagar antia no determina la desposesión y confiere al acreedor hipotecario los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

A criterio de Vásquez Rios (2003): “La hipoteca es un medio de crédito territorial sumamente cómodo pues permite a los propietarios de un inmueble, mediante la constitución de uno o varias hipotecas sucesivas” (pág. 29). Esto nos dice que la hipoteca proporciona de capital a los propietarios, con la ventaja de no perder la posesión sobre el bien, como en el caso de la prenda, y que le da mayor garantía al acreedor. Pero también acabe citar lo que dice Arean (1987) sobre el crédito garantizado: “Estas garantías tampoco dan al acreedor una seguridad absoluta, pues la cosa, al convertirse en dinero, puede resultar insuficiente para satisfacer el crédito. Pero, de cualquier modo, el riesgo es mucho menor que el que dejen subsistente las garantías personales” (pág. 492).



En la doctrina española se usa la definición de Álvarez Caperochipi (1987), dice: “La hipoteca puede definirse como un derecho real de garantía sobre cosas inmuebles mediante la publicidad registral. También se puede definir como la afectación de un bien inmueble en garantía de un crédito para la realización pública de su valor en caso de incumplimiento” (pág. 137).

Sobre la importancia económica de la hipoteca en la sociedad, Alberto Vásquez dice:

Si para el desarrollo económico de una comunidad se requiere abundantes capitales, se encontrará en la hipoteca el mejor aliado, de tal manera que, si tuviéramos que acceder a fuentes financieras para captar capitales que permitan afianzar el desarrollo económico, la hipoteca confiere al acreedor la seguridad que su crédito está satisfecho. (Vásquez Rios, 2003, pág. 30).

Es importante señalar la estrecha relación entre la hipoteca y la posibilidad de capitalizarse de las personas, y como esto las favorece en el desarrollo de su vida. La relación entre hipoteca y capitalización es desarrollada por Cammarota de la siguiente manera:

El capital tiene una función preponderante. Son meramente teóricos los valores mobiliarios si ellos están desprovistos de elementos que conduzcan a obtener la producción que, cabalmente, es el interés esperado. Se explica así la necesidad de incorporar a las tierras los indispensables para a esa finalidad. Quien posee



tierra y capital, tendrá en su poder los elementos para que ella produzca; mas quien solo tiene tierra y desprovista de aquel, se encontrara impedido de explotarla si no recurre a los valores patrimoniales ajenos en demanda de un factor del cual no puede prescindir: el capital. Y al efecto, el propietario lo obtiene sobre la base de su mismo bien recurrido al crédito inmobiliario. (Cammarota, 1942, pág. 48).

La hipoteca no garantiza el cumplimiento de cualquier obligación. La hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar suma de dinero, y no de hacer o hacer. El motivo es que la hipoteca, en caso de incumplimiento del deudor, produce la venta del bien gravado. El resultado de la venta es dinero, con el cual se cobra el acreedor. Respecto a hipotecas en obligación de hacer o no hacer Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “Puede haber hipoteca, sin embargo, en una obligación de hacer o de no hacer, pero no para garantizar la obligación misma, sino el eventual pago de una penalidad o multa en dinero que se hubiera pactad para el caso de incumplimiento del deudor” (pág. 132).

El artículo 1099, inciso 3 del Código Civil, nos dice que uno de los requisitos de la hipoteca es que se inscriba en el registro. La hipoteca es un derecho de constitución registral. La inscripción tiene un carácter de constitutivo, es decir, la hipoteca nace como derecho real con la inscripción. Esto general la sujeción del acreedor al deudor. Con la inscripción vinculando el bien en manos de quien se encuentre con la hipoteca. Para que exista una garantía real es indispensable que el acreedor tenga sujeto el bien gravado, de forma tal que, si el deudor no cumple con la obligación contraída, el acreedor ejecuta el bien independientemente de quien es su poseedor



o su propietario. Uno de los resultados de la inscripción, aparte de dar origen al derecho real de garantía, es dar a conocer que existe una hipoteca sobre el inmueble, de manera que todo aquel que contrate respecto al bien sabe, o deba saber, que es hipotecado. Por eso ya no es necesario que el deudor entregue el bien al acreedor, en la hipoteca.

2.3.2. ANTECEDENTES

2.3.2.1. Grecia.

El origen de la hipoteca lo encontramos en el derecho antiguo, especialmente en el derecho Caldeo-Asirio, y en el griego. “Su etimología deriva de la voz griega *hiphoteke*, cuyo significado es poner debajo. Los griegos lo consideraron como la afectación de un bien a favor de un acreedor, quien tenía preferencia para hacerse el pago” (Canelo Rabanal, 2015, pág. 176).

Se considera el primer antecedente de la hipoteca, a lo que se conocía como *DATIO INSOLUTUM*, esto en la antigua Grecia. Esta tenía una característica de dación en pago.

Las investigaciones no terminan de determinar si el origen de la hipoteca está en la antigua Grecia o en el Imperio Romano. Si bien entre los dos existen diferencia, solo cabe afirmar de su existencia de una garantía real en ambos países.



En Grecia se consideraba al DATIO INSOLUTUM, como la afectación de un inmueble en favor de un acreedor, quien tiene su preferencia para hacerse pago con preferencia a cualquier persona.

También en Grecia se dio un elemento característico de cualquier hipoteca: la publicidad de la misma. Si bien en esos tiempos no existían medios suficientes de publicidad, estos se hacían de una manera muy precaria. Esto eran, que determinados inmueble estaba gravado con hipoteca, se le colocaba en la fachada del inmueble, un pedestal o una lápida para dar a conocer que había un gravamen sobre ese bien, en consecuencia, existía un derecho preferente constituido sobre él.

2.3.2.2. Roma.

En el derecho romano la hipoteca era considerada como actualmente consideramos a la prenda. La hipoteca en el tiempo de los romanos era considerada para los agricultores y propietarios de fundos.

En la legislación Romana, la hipoteca podía ser general o especial, esto dependía si recaía sobre la totalidad de bienes del deudor o solo sobre una parte. Entre los principales defectos de la legislación romana sobre la hipoteca era el no ser indispensable señalar en los contratos sobre el bien, que existía sobre el un gravamen.

Respecto a lo poco desarrollado y los múltiples defectos que tenía la hipoteca en el imperio romano, Vásquez Ríos dice:



Como toda institución primigenia era defectuosa; confería al acreedor, un privilegio innecesario, el de entrar en posesión de los bienes, lo que ha sido desterrado de la actual legislación; pues ata de pies y manos al deudor, imposibilita nuevas transacciones, además como no está sujeta a un régimen de publicidad, los terceros ignoraban de su existencia, con lo que se posibilitaba el fraude. (Vásquez Rios, 2003, pág. 31).

En roma se conceptualizo a la hipoteca con una especie prenda sin desplazamiento, que afecta a los deudores, ya que no les dejaban la posibilidad de utilizar su bien para pagar sus acreencias.

Los romanos decían lo siguiente sobre la hipoteca: INTER PIGNUS ET HIPOTHECAM NOMEN TANTUM DIFFERT.

Esta desventaja que tenía la hipoteca fueron siendo superadas poco a poco, por un principio principal Popperiano; el ensayo y error. Con el tiempo el acreedor hipotecario adquirió del derecho de vender. En el caso de pluralidad de hipotecas, de daba preferencia a la más antigua. El acreedor tenía entonces adquirió el derecho de preferencia y el derecho de persecución.



2.3.2.3. Francia.

El derecho francés adoptó la hipoteca del derecho romano, pero esta adopción fue progresiva. El registro más antiguo que se tiene de institución de la hipoteca en Francia, data del siglo XIII, y lleva el nombre de OBLIGATIO BONORUM. También, vale la pena señalar que en ese tiempo los acreedores se sometían a procedimientos largos y difíciles para ejecutar los bienes de su deudor; como es el caso de la región de Picardía, en donde solo se le permitía embargar los bienes muebles y los frutos de los inmuebles. Otra desventaja que tenía la OBLIGATIO BONORUM era que se podía establecer por documento privado que por instrumento público. Algo que generaba que la estafa en esta figura sea muy típica.

Todas estas desventajas duraron hasta el siglo XVI, donde la inferioridad del documento privado ya había sido señalada por Rebuffe y Dumoulin. Es ahí que la única forma de constituir una hipoteca era por instrumento público o notarial.

En Francia, durante los reinados de Luis XV y Luis XVI, todo esto antes de la revolución, hubo intentos de crear registros de ventas e hipotecas. Todos estos intentos fracasaron por la desnaturalización de los mismos, que acabaron siendo registros tributarios.

Durante la revolución, los líderes revolucionarios promulgaron el código hipotecario y la ley de declaraciones mobiliarios. Todas estas con una clara inspiración en el derecho alemán, que bien funcionaba en ese tiempo. Anqué, la real



motivación fue atraer capitales extranjeros; pero al ser esta una legislación defectuosa, no termino por llenar las expectativas de los lideres revolucionarios.

En 1804 se redactó el código de Napoleón, un código que desarrollaba de mejor manera la institución de la hipoteca, Vásquez Ríos narra la siguiente anécdota de la redacción en materia de hipoteca del código napoleónico:

Las opiniones de los jurisconsultos que elaboraron ese cuerpo de leyes se dividieron en cuanto a la forma que debía considerarse la hipoteca; y se cuenta que para resolver el escollo insalvable, en que se encontraban dichos legisladores tuvo que recurrirse al mismísimo Napoleón, quien dirimió la controversia adoptando un sistema transaccional es decir, que estableció por un lado la hipoteca convencional para su validez debía de ser publica y especial y de otro se admitieran las hipotecas que podían ser generales es decir, que surtieran efectos sin necesidad de inserirlas, tal sucedió con las hipotecas legales y judiciales. (Vásquez Ríos, 2003, pág. 32).

2.3.2.4. Alemania.

La hipoteca en el derecho germano, es contrario al que se tiene en el sistema romano. La hipoteca en el derecho germano se fundamenta en dos principios. Estos principios son el de publicidad y el de especialidad.



En lo que se refiere a la hipoteca en el derecho germánico Vázquez Ríos (2003) dice: “En el derecho germano la transmisión de la propiedad y la constitución de gravámenes sobre ella se considera un acto de interés público y no privado, por lo que debía de intervenir la autoridad para que tuviera valor” (pág. 33). Es por esta razón que los actos de constitución de una hipoteca se les considera solmenes, y necesitan la intervención de alguna autoridad pública para su validez.

En Prusia se originó el código prusiano de 1774, y con ello se puso la piedra fundamental para la existencia del sistema legal germánico. Es aquí además donde aparecen las características principales de la hipoteca. Vázquez Ríos los desarrolla detenidamente. Estas características son:

- La especialidad, esto es, que el gravamen debe constituirse afectando determinado inmueble e inscribirse separadamente sobre él.
- La legalidad, que consiste en que la inscripción debe hacerse por la autoridad de acuerdo con los requisitos de la ley, la que es responsable por los errores o perjuicios que ocasionen las inscripciones defectuosas.
- La publicidad, que significa poder conocer de la existencia de los gravámenes mediante las inscripciones que producen pleno efecto.



- La prioridad, que consiste en la preferencia estable según su antigüedad de la inscripción.

Estos principios dados por el código prusiano los que hacen que la hipoteca entre a ser parte del derecho moderno.

En la doctrina, siempre es conveniente, determinar las diferencias que existen sobre la hipoteca en el sistema francés y la hipoteca en el sistema germano, puesto que estos son los dos grandes tópicos respecto a la hipoteca.

La primera diferencia que existe es en cuanto a la transmisión de la propiedad. En el sistema germano se considera las relaciones que existen entre las cosas y las personas con de interés público. En el sistema francés se consideran estas relaciones de carácter privado. Es por esta característica que la validez en el sistema francés no necesita de intervención de ninguna autoridad, mientras que el sistema germano si necesita la intervención de una autoridad, para que esta tenga validez.

Otra diferencia es en cuanto a la inscripción. En el germano la inscripción es indispensable para la validez del acto. En el francés la inscripción es dispensable, la única finalidad es el de garantizar el derecho de quienes contraten amparados en la inscripción de registros.



Esto produce que, en el sistema germano, la hipoteca solo tiene valor con la inscripción. Mientras que en el francés se admiten hipotecas que surten efecto sin haber sido inscritas. En el sistema germano, la validez de la hipoteca subsiste mientras no se cancele la inscripción. En el sistema francés la hipoteca es forzosamente un derecho accesorio, que se extingue con la principal; esto quiere decir que, si se cumple la obligación principal, la hipoteca automáticamente deja de existir, sin necesidad de cancelar la inscripción.

2.3.2.5. Perú.

El primer Código Civil que recoge el instituto jurídico de la hipoteca, es el código de 1852 se inspiraron. La figura de hipoteca que regula tiene una fuerte influencia de la legislación española y sobre todo del código napoleónico, es tanta así la influencia del código napoleónico que copia también sus defectos en materia hipotecaria. El código de 1852, recoge el sistema mixto del código napoleónico, pero con menos rigor.

Sobre el carácter mixto que copia el código de 1852 y sus defectos Vásquez Rios (2003) dice:

Para las hipotecas convencionales hizo obligatoria la especialidad y el registro, mientras que se admitía las hipotecas legales, sin necesidad de que fueran registradas, esto es, como hipotecas generales y ocultas. En cambio, no acepto



ese mismo carácter a las hipotecas judiciales, como en el derecho francés, pues exigió el registro para su validez. (pág. 35).

Cuando se promulga el de 1852 no existían una institución dedicada a la publicitar derechos y que además los medios de publicidad insuficientes y no eran los adecuados. Se quiso trato de solucionar el problema, estableciendo que las hipotecas debían inscribirse en el oficio de hipotecas. Este oficio se ubicaba en la capital de cada departamento. Este oficio estaba a cargo de un escribano público de la zona; escribano era el nombre que se le daba a lo que ahora se conoce como notarios.

Todo esto estaba regulado por los artículos 2051 a 2054 del Código Civil de 1852. En 1888, se promulga la ley que creo el registro de la propiedad inmueble, y con esto se deroga todo lo concerniente a la publicidad de la hipoteca. Esta ley genera que se subsanen los problemas de la publicidad, y lo más importante se pone el carácter de obligatoriedad de la inscripción para cualquier tipo de hipotecas.

La reforma generada en el año 1888, fue muy importante y útil, porque como lo explica Vásquez Rios (2003): “El código 19852 era muy defectuoso y existía incertidumbre en relación con las hipotecas, dado que el tercero no tenía como conocer, la condición del bien que debían recibir en garantía, el que podía estar afecto a una hipoteca oculta” (pág. 36).



La ley de 1888, no solo, creo el registro de propiedad de inmuebles para la inscripción de los inmuebles. Si no le dio a nuestro derecho registral la característica de facultativa; y la característica de constitutivo para las hipotecas.

Es por esto que la propiedad que no se encuentra inscrita, no puede ser hipotecada, porque la hipoteca solo podía inscribirse sobre inmuebles que ya estuvieran registrados. Esto genera que desaparezcan las hipotecas generales y ocultas.

El Código Civil de 1936 reconoce el doble carácter que tiene la hipoteca voluntaria, que sirve como derecho de garantía y como instrumento de crédito. También suprime las hipotecas judiciales, porque era una institución en desuso e inconveniente, solo se mantiene las hipotecas legales.

2.3.2 CARACTERISTICAS

Las características que recoge el Código Civil respecto de la hipoteca es el ser considerada como un derecho accesorio, indivisible, especial. Hasta hace algún tiempo también se toma en consideración a la hipoteca como derecho inmobiliario, algo que cambio con la inclusión de la figura de la hipoteca mobiliaria. Hipoteca que recae sobre bienes muebles.

2.3.3. ACCESORIO.

El Código Civil en su artículo 1097, estipula que la hipoteca es accesoria de crédito. Estableciendo que la hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero.



A criterio de Canelo Rabanal (2015): “La hipoteca es un derecho accesorio del crédito garantizado, en otras palabras, garantiza una obligación principal, a la que sirve de soporte en todo momento y no solo desde la constitución. Todo titular de una hipoteca es también acreedor” (pág. 193).

A lo citado anterior se deduce que la hipoteca debe su existencia, a garantizar un crédito, y será nula si lo es el crédito. El artículo 224 del Código Civil, establece que la nulidad de una obligación accesoria no conlleva a la nulidad de una obligación principal.

Sobre la extinción del crédito y la hipoteca Vásquez Rios (2003) dice “La hipoteca solo nace cuando nace un crédito asegurado; su validez se condiciona al crédito y se extingue con la extinción de la obligación” (pág. 40).

El artículo 1104 del Código Civil, permite que una hipoteca garantice obligaciones futuras o eventuales. La obligación futura está prevista con el nacimiento de la prestación. Existe una relación que asegura el nacimiento de la prestación futura. En las obligaciones futura está prevista de que surja posteriormente, en base a un contrato ya existente. Las obligaciones eventuales gozan de un marco contractual que explica los términos de la eventual prestación, pero no está previsto que surjan necesariamente, puede suceder o no.

Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) respecto a las obligaciones eventuales y futuras dice: “En realidad, la hipoteca de una obligación futura o eventual no

atenta contra el carácter accesorio de la garantía, ya que, si bien la hipoteca existe, está condicionada al nacimiento de la obligación” (pág. 133).

El que constituye una garantía hipotecaria puede ser el propio deudor. Pero, también se faculta a un tercero, llamado fiador real. Para que este último hipoteque un inmueble de su propiedad en garantía de la obligación de un tercero. En cuanto a la diferencia entre fiador real y fiador personal Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) expresan que: “La diferencia del fiador real como uno ordinario es que el primero se obliga únicamente con el inmueble que hipoteca. El fiador ordinario en cambio, se obliga personalmente con todos sus bienes” (pág. 134).

2.3.4. INDIVISIBLE.

El artículo 1102 del Código Civil dice de la hipoteca que esta es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.

La característica de la indivisibilidad es definida por Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) como:

La indivisibilidad significa que cada parte del inmueble o inmuebles hipotecados garantizan la totalidad del crédito. Si el inmueble se fracciona, cada parte sigue garantizando la integridad del crédito. Si fueran varios los inmuebles hipotecados, cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda. La indivisibilidad significa también que cada parte del crédito se encuentra garantizado por la integridad bien o bienes hipotecados. (pág. 134).



Lo dicho por los Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), demuestra que, si un bien se parte, la hipoteca sigue a cada una de estas partes. Esto produce, también, que aquel crédito se canceló parcialmente, no hace que la hipoteca se elimine, pues esta se mantendrá hasta que se cancele la totalidad de la deuda.

La definición que utiliza Canelo Rabanal (2015) sobre la indivisibilidad, es la siguiente.

La hipoteca también posee el carácter de indivisibilidad, que es tradicional del mismo. Implica que no se puede dar cabida a una división del inmueble, sino que se debe garantizar con el mismo la totalidad de la deuda. Así, cada fracción de la deuda se encuentra garantizada por la totalidad del predio. (pág. 197).

La definición de este autor no es precisa y, al contrario, es mucho más confusa, ya que, a la hora de hablar de una división del inmueble, olvida que el código si contempla hipotecas sobre derechos y acciones. Lo que la indivisibilidad quiere decir es no separar el crédito de la garantía real de hipoteca, por más que el crédito este parcialmente cancelado.

Es así, que la definición de Cammarota (1942) es mucho más precisa y correcta: “Pactado el gravamen hipotecario sobre determinados inmuebles, estos continúan como tales en su rol de garantizar los derechos del acreedor y hasta no extinguirse la obligación” (pág. 60).



La doctrina desarrollo ampliamente el pacto en contra de la indivisibilidad de la hipoteca. La indivisibilidad tiene como finalidad proteger al acreedor. Es por eso que el acreedor puede disponer de esa facultad que le confiere la ley.

Entonces es posible que un deudor haga una cancelación parcial de la hipoteca, proporcional al pago que hizo. Esto solo se dará cuando el acreedor hipotecario haya renunciado expresamente a la indivisibilidad.

El deudor hipotecario puede pedir vía judicial la reducción de una hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. Todo esto regulado por el artículo 1116 del Código Civil.

El monto de la hipoteca y el gravamen, y por otro el importe de la obligación, son temas importantes para el desarrollo del tema de la hipoteca, es así que Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), lo desarrollan así:

El monto de la hipoteca es la suma hasta por la que responde la garantía en caso de ejecución. El importe de la obligación es la suma adecuada. El monto de la hipoteca y el importe de la obligación no tienen que coincidir necesariamente. Puede haber una deuda de 100 y un gravamen de 50. O al revés, una deuda de 50 y gravamen del 100. En el primer caso, si se ejecutara la garantía, el inmueble hipotecado en 200, el acreedor tendrá derecho a cobrarse con el producto del remate hasta la suma de 50. En el segundo caso, el acreedor tendrá derecho de cobrarse hasta la suma de 100, en tal caso la deuda haya crecido hasta ese momento, por concepto de interese y costos y costas. (pág. 135).



2.3.5. ESPECIAL.

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

El artículo 1100 del Código Civil, establece que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinado y el artículo 1106, dice no se puede constituir hipotecas sobre bienes futuro. Es así que nuestro código recoge la especialidad en cuanto al bien.

La característica de la especialidad en cuanto al bien a hipotecar, establece que este bien tiene que estar perfectamente individualizado. Y es así como describe Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) la individualización:

La individualización de los bienes se ve reforzada con la inscripción de la garantía. En los registros públicos deben determinarse los derechos que se constituyen y los bienes sobre los cuales recaen dichos derechos. Así, además de la inscripción de la hipoteca, debe registrarse en el inmueble sobre el que recae la garantía, para lo cual debe describirse con exactitud, consignados todos los elementos que permitan individualizarlos, tales como su ubicación, situación, extensión, etcétera. Con esto se evita que se inscriban bienes indeterminados o no individualizados. (pág. 136)-



La característica de especialidad en cuanto al bien, beneficia al deudor, al acreedor y a la colectividad en general. La especialidad beneficia al deudor porque hace que este puede determinar bien el inmueble que será afectado y así también podrá afectar su bien varias veces, también lo beneficia porque si no estaría determinado el inmueble afectado, la garantía alcanzaría de todo su patrimonio, siendo todo esto muy peligroso. La especialidad beneficia al acreedor hipotecario, ya que este sabrá con precisión el bien que es gravado. Beneficia a la colectividad ya que todo aquel que quiera transar sobre él sabrá su situación en general.

El otro lado de la especialidad, es cuanto al crédito. Ya que este individualizar el crédito en garantizado y determinar la cuantía de ese crédito. Es así como Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) describen los inconvenientes que existirían si no se conociera con exactitud el crédito garantizado.

Si no se conociera con exactitud del crédito garantizado con la hipoteca y la cuantía de ese crédito, y si los inmuebles fueran hipotecados en garantía a todas las deudas presentes y futuras del deudor sin limitación alguna, y por montos indeterminados, el crédito del deudor podría agotarse con la primera hipoteca que otorgase. Resultaría muy difícil, si no imposible, el otorgamiento de otros créditos a su favor, ya que los nuevos acreedores podrían crecer ilimitadamente las deudas garantizadas con la hipoteca. (pág. 137)

En principio la especialidad, en cuanto al crédito, tiene una excepción denominada hipoteca finciera, establecida originalmente en el artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y Sistema de Seguros. En el sentido que los bienes dados en



hipoteca respaldaban todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas por ella a los que afecta en garantía al deudor. Lo que se conoce como hipoteca sabana.

2.3.6. CLASES DE HIPOTECAS

2.3.6.1. Voluntarias o Consensuales.

Se clasifican como hipotecas voluntarias a todas aquellas que son establecida por negocio jurídico. La cual necesita manifestación de voluntad del hipotecante y el acreedor hipotecario, y todo esto expuesto en un contrato.

Sobre las hipotecas consensuales Vásquez Rios (2003) dice:

Todo propietario que tiene derecho a disponer de su inmueble, tiene igualmente el derecho de constituir una hipoteca en favor de otro. En general, la hipoteca se crea en el momento de nacimiento del crédito, y en la mayoría de los casos, para garantizar un préstamo; de donde proviene el nombre de préstamo hipotecario; o como decían los romanos: en seguridad de las deudas. (pág. 55).

2.3.6.2. Hipotecas Legales.

La hipoteca legal es definida como aquella se da por mandato de la ley, que tiene como función principal garantizar un crédito, sin que sea necesario que el



acreedor constituya una hipoteca en un contrato expreso. La doctrina antiguamente la llamaban hipotecas tacitas.

En cuanto a las hipotecas legales Vásquez Rios (2003) dice:

En el Perú, teniendo en cuenta la institución hipotecaria misma, la hipoteca emana de la ley; no lo es porque existe de pleno derecho. En otras legislaciones las hipotecas legales tienen eficiencia si se encuentran inscritas o no surten sus efectos IPSO IURE, por simple declaración legal. Entre nosotros, la hipoteca legal no registrada carece de virtualidad alguna frente a los acreedores del deudor; no otorga derecho de persecución respecto a los adquirentes del inmueble hipotecado. (pág. 56).

Las hipotecas, normalmente, existen gracias a un contrato hipotecario. Las hipotecas legales, son las excepciones de las anteriores hipotecas, porque su origen no es un contrato, es la ley. Es así que la hipoteca legal solo existirá en los casos que la ley determine.

2.3.7. REQUISITOS

El Código Civil en su artículo 1099, enumera los requisitos de validez que se debe cumplir en la hipoteca, y estos son:

- Ser constituido por el propietario del bien o por quien esté autorizado por ley.



- Asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
- El gravamen tiene que ser una cantidad determinada o determinable.
- Inscribirse en el registro.

2.3.7.1. Constitución por el propietario.

El inciso 1 del artículo 1099 señala como requisito de validez de la hipoteca, que afecte el bien el propietario o quien se encuentre autorizado por es conforme a ley. La hipoteca más común, es aquella que se hace el derecho de propiedad, es por eso que la hipoteca la constituye el propietario, pero también lo puede hacer un tercero que tenga la autorización conforme a ley del propietario. También existen hipotecas sobre el usufructo.

La justificación por la que la hipoteca tiene que ser constituida por el propietario es por la venta judicial, en caso de no cumplir la obligación principal. Es así como lo describen Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017):

Este requisito se justifica por cuanto la hipoteca puede determinar, en caso que el deudor no cumpla con su obligación principal, en la venta judicial del bien o del derecho real dado en garantía. En tal sentido, es necesario que el constituyen



cuenta con el poder de disposición. Si no fuera dueño del inmueble que hipoteca, la garantía no produciría efectos. (pág. 138).

Respecto a la motivación de este punto, motivación de constitución de parte del propietario, es preciso citar a Vásquez Rios (2003): “Se justifica esta exigencia porque quien la constituye está consintiendo indirectamente la enajenación del inmueble, toda vez que el acreedor en caso de incumplimiento, va estar facultado para promover la acción hipotecaria y con ella provocar la venta forzosa” (pág. 65). Es así que queda completamente demostrada la necesidad de que sea el propietario, o alguien facultado por la ley, el que constituya la hipoteca.

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina respecto a la hipoteca, es si es válida la hipoteca constituida por un no propietario. El caso normalmente se da, cuando una persona que vende su inmueble y el adquiriente no inscribe su adquisición en el registro, y luego de esto el vendedor, que sigue figurando en registros públicos como propietario, hipoteca el bien a una persona.

Al respecto Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) dicen: “se debe tener en cuenta que para la legislación peruana no es requisito de validez del acto jurídico contar con el poder de disposición, es decir, ser dueño del bien respecto al cual se celebra un acto de disposición” (pág. 138). Esto lo apoyan en que, como en varios pasajes de Código Civil, este el acto jurídico sería considerado válido, pero no surtiría efectos. A lo que argumentan también: “La hipoteca constituida por un no propietario no producirá efecto, pero es válida. Nada impediría, por ejemplo, que luego de celebrado el contrato de hipoteca el constituyente adquiriera la propiedad



del bien, en caso la garantía produciría efecto” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 139).

Esta postura es completamente contradictoria a la que tiene Vásquez Rios, (2003): “Tan importante es este requisito (la afectación del bien por el propietario) que la hipoteca constituida a NON DOMINO es nula, y ni siquiera se convalida con el supuesto de que luego de la constitución, el constituyente adquiriera la propiedad inmueble” (pág. 65).

2.3.7.2. Inscripción.

Dentro de los requisitos, para la existencia de la garantía real de la hipoteca, la inscripción es la constitutiva del derecho, y es así como Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) lo desarrollan: “La inscripción de la hipoteca es un elemento constitutivo del derecho real de hipoteca. No hay derecho real de hipoteca si no se inscribe. Sin inscripción no hay garantía hipotecaria. Podrá haber contrato hipotecario, pero no derecho real de hipoteca” (pág. 139).

Cuando se habla de hipoteca, se considera al derecho real de garantía y el contrato de hipoteca. Es así que la inscripción no es un requisito de validez del contrato de hipoteca. Pero en la hipoteca, la inscripción es constitutiva del derecho, esto quiere decir constitutiva del derecho real de garantía.

Para que exista una garantía real es indispensable que el acreedor tenga una seguridad total sobre el bien gravado, que lo tenga sujeto, de forma tal que, si el



deudor no cumple con la obligación principal, el acreedor hace ejecutar la garantía a fin de ver satisfecho su crédito. En la hipoteca, la sujeción se obtiene a través del registro. Al acreedor le es diferente que el deudor o constituyente de la garantía venda el bien, porque todo el que lo adquiere tendrá que soportar la hipoteca. (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 140).

La importancia de la inscripción de la hipoteca, también, en la publicidad que se la hace al gravamen. El registro de y publicidad de las hipotecas tiene suma importancia para la seguridad de las transacciones comerciales. Si las hipotecas quedaran ocultas las entre el acreedor y propietario generaría un problema de falta de información en el mercado. El registro tiene una gran importancia ya que funciona para representar la realidad, para terceros, y así poder solucionar una falla en el mercado, es así como refiere De Soto (2000): “Gracias a este proceso de representación los activos pueden llevar una vida paralela a su existencia material” (pág. 32). Esto nos garantiza que la publicada beneficia a los futuros adquirentes del inmueble, pues estos tienen que saber si los bienes que desean adquirir se encuentran hipotecados, y de ser este el caso, el importe de los créditos que se garantiza.

El tema de la inscripción, obliga a analizar la forma de cómo se constituye las hipotecas. Según el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de ley.

Esto obliga a recordar lo expuesto por Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017): “Hay que distinguir entre el contrato de hipoteca y el derecho real de



hipotecas. La hipoteca se constituye por escritura pública, pero da nacimiento al derecho real de hipoteca es necesaria la inscripción del contrato de hipoteca en los registros públicos” (pág. 138).

Otra de los temas más debatidos en la doctrina, que es sí, habrá contrato de hipoteca si se constituye la garantía mediante una minuta. Según el artículo 144 del código civil, cuando la ley impone una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, se trata de una formalidad AD PROBATIONEM. Por tanto, habría contrato de hipoteca si se constituye la garantía mediante una minuta.

Para entender mejor este punto es necesario aclarar el tema de forma y formalidad, es así como lo explican Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017):

La forma es la manera de cómo se dará a conocer un acto jurídico. La forma es la manera de dar a conocer una declaración de voluntad. La formalidad es el requisito que deben cumplir algunos actos jurídicos para que tenga validez. Se habla de forma AD SOLEMNITATEN y AD PROBATIONEM. Las primeras son las necesarias para la validez del acto. (pág. 140)

En la doctrina también existe la posición de considerar a la hipoteca como un acto AD SOLEMNITATEN, ya que, si esto no sería así, el artículo 1098 no sería necesario.

2.3.7.3. Obligación y gravamen determinado o determinable.

Están recogidos en los incisos 2 y 3 del artículo 1099 del Código Civil. Se trata de requisitos de validez del contrato de hipoteca. Se deduce de esos incisos que una hipoteca sin obligación u obligación indeterminada, o sin gravamen o gravamen indeterminado, será una hipoteca nula.

Respecto al tema, expresan lo siguiente Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017): “Obligación y gravamen determinados son aquellos que resultan del acto constitutivo de la hipoteca. La obligación y gravamen son determinables cuando están determinados en la hipoteca por se establece en el acto constitutivo un procedimiento para su determinación” (pág. 142).

2.3.8. EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA

Los artículos 1101 y 1107 del Código Civil, son los que tratan sobre la extensión de la hipoteca. El artículo 1101 habla sobre la extensión en cuanto al bien y el artículo 1107 sobre la extensión en cuanto al crédito.

2.3.8.1. En cuanto al bien.

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



Sobre la extensión en cuanto al bien dice Vásquez Ríos (2003):

La hipoteca conforme al artículo 1101 del Código Civil, se extiende a las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado salvo pacto distinto; es decir, de acuerdo con los numerales 887 y 888 del Código Civil, comprende todo aquello que no se puede reparar ni destruir, deterior o alterar el bien, como sería el caso de una edificación o de las partes de esta y también podría comprender los bienes accesorios y ornamentales, o lo que es lo mismo, todo bien este afecto a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien, salvo pacto distinto que debe constar expresamente en el documento constituido de la hipoteca. (pág. 48).

En la doctrina argentina, sobre la extensión en cuanto al bien, dice Cammarota (1942): “Los efectos de la hipoteca con la relación a la cosa, como extensión de la garantía, están contemplados por el artículo 3110. Se extiende a todas las mejores sobrevinientes al inmueble” (pág. 53).

Si se hipoteca un terreno se extiende a las construcciones. Si se hipoteca una casa, se extiende a los materiales con los que construyo la casa. “Lo que quiere decir, que la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado” (Avendaño Valdez & Avendaño Arana, 2017, pág. 142).

La hipoteca también comprende los accesorios del bien hipotecado. Este es el caso de si se, hipoteca una casa, la garantía comprende los focos, pisos entre otros. En el caso de la unidad productiva, se hipoteca todo lo necesario para la explotación y



producción económica del mismo. Es por eso que se considera eso más como bien hipotecable y parte de la garantía.

El artículo 1101 permite el pacto en contra, es decir, que se pacte que la hipoteca no se extienda a las partes integrantes, a los accesorios y al importe de los seguros del inmueble y de las indemnizaciones de la expropiación. Sobre el pacto en contra, en casos de partes integrantes, Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), dicen:

El pacto en contra es posible en aquellos casos en los que las partes integrantes pueden ser objeto de derechos singulares. En efecto, las partes integrantes siguen la condición jurídica del bien principal, pero la ley o el contrato pueden permitir su diferenciación o separación. Esto se permite justamente porque las partes integrantes pueden, por excepción, ser objeto de derechos singulares. Así, sería posible que se hipoteque un edificio de diez pisos y que se excluya de la garantía los pisos adicionales que se vayan construyendo, una vez que se realice el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. (pág. 143).

Respecto a las mejoras necesarias y útiles, si están incluidas en la hipoteca. La doctrina nacional las considera que la hipoteca si se extiende a ellas, porque se integran al bien principal.

La hipoteca no se extiende a las rentas. Esto es así, porque el Código Civil no lo contempla. No cabe pacto en contra, el pacto al que se refiere el artículo 1101 del Código Civil es para que se excluya de la hipoteca conceptos que se menciona dicha norma, no para que ingresen otros.



2.3.8.2. En cuanto al crédito.

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

La hipoteca garantiza el principal del crédito - capital. Este es justamente el objeto de la hipoteca; garantizar obligaciones. Por lo general el momento del gravamen, suma máxima hasta por la cual responde el bien hipotecado.

Si se generaran interés, motivo de la obligación principal, estos son cubiertos por la hipoteca. Ya, que los intereses tienen el carácter de una pretensión accesoria del crédito principal. Es función de la hipoteca garantizar, ilimitadamente, todos los intereses que genere el crédito, pero hasta por el monto del gravamen.

Respecto a las costas y costos del juicio, para ejecutar la garantía hipotecaria. Tanto costas como costos están cubiertos por la hipoteca. Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios del órgano judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso. Los costos son los honorarios del abogado de la parte vencedora, y un porcentaje para el Colegio de Abogados del lugar.

Por la preferencia que te da el registro, si hubiera varios acreedores hipotecarios y el bien es rematado, el valor que arroje la venta es destinada, en primer lugar, a satisfacer el crédito del primer acreedor hipotecario inscrito en el registro, este



dinero del remate cubre intereses, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos del proceso.

El Código Civil, artículo 1107, permite pactar contra el cobro del interés que genere el crédito principal, las primas del seguro pagadas por el acreedor o las costas o costos del proceso. En consecuencia, las partes pueden pactar que la hipoteca no cubra todo lo anterior.

Se sabe que las hipotecas se constituyen hasta por un monto determinado. Ese monto determinado, el gravamen. Esto quiere decir que este gravamen es la suma hasta por la cual responden las garantías. Además, por el visto antes, la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengan de dicho capital, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y los costos de un eventual proceso de ejecución de garantía. Pero este razonamiento tiene unos problemas, sobre todo al momento de que capital más interés, primas, costas y costos, sobre pase el monto del gravamen inscrito en los registros públicos, es así como detalla el problema Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017):

Puede ocurrir que la deuda, capital más interés, primas, costas y costos, sobre pase el monto del gravamen inscrito en los registros públicos. En tal eventualidad, se presenta la discusión acerca de si la hipoteca cubre toda la deuda, así pase el monto del gravamen inscrito en registros públicos, o solo la deuda hasta por el monto del gravamen. La discusión tiene importantes consecuencias prácticas, pues dependiendo de la posición que se adopte, puede hacer terceros seriamente perjudicados. (pág. 147).



La extensión en cuanto al crédito tiene relación con la especialidad de garantía. La especialidad, característica de la hipoteca, que consiste en que solo se pueden gravar bienes determinados y existentes, especialidad en cuanto al bien, y en garantía de obligaciones determinadas o determinables y hasta por montos determinados o determinables, especialidad en cuanto al crédito. La especialidad, tiene como fin, proporcionar seguridad a los terceros adquirientes del dominio del inmueble hipotecado, y así favorece a la circulación de los bienes y propicia el crédito en general.

2.2.9. PERSUCIÓN

La persecución es un derecho que se otorga al acreedor hipotecario, y este derecho es consecuencia lógica de la posibilidad del derecho real de hipoteca, así como de la inscripción. Esto hace que, cualquier, tercero adquiriente conoce, por la información registral, que el inmueble estaba hipotecado. Haciendo que este se convierta en acreedor hipotecario, a pesar que ni tiene una relación jurídica con él.

Vásquez Rios (2003) dice del derecho de persecución que: “Lo que verdaderamente define el derecho del acreedor hipotecario es la posibilidad de perseguir el bien hipotecado, cualquiera sea su actual titular, hacerlo vender cobrarse, con preferencia de los demás acreedores, del producto de la venta” (pág. 81). Es así que, según el autor, la posibilidad de poder perseguir el bien que es utilizado como garantía, por más que este bien pase a manos de un tercero que no tenga nada que



ver con la obligación principal. Es una de las principales seguridades que te da la garantía hipotecaria.

Canelo Rabanal (2015), define la facultad de persecución, que otorga el Código Civil a los acreedores hipotecarios de la siguiente forma.

El acreedor hipotecario cuenta con el derecho de persecución, que es típico y fundamental en la hipoteca, en ese sentido, el acreedor va a perseguir el bien, con el objeto de que con su venta se puede cobrar el monto de la obligación incumplida por parte del deudor. Para ello, es trascendental la preferencia con que cuenten el acreedor hipotecario, ya que, si hay varios en su misma condición, pero con un rango de preferencia frente a él, podrá perseguir el bien hipotecado, para la venta del mismo no alcanzara para el pago de su acreencia. (pág. 203)

Los artículos 1097, 1109 y 1117 del Código Civil regulan la facultad persecutoria de la que goza el acreedor hipotecario.

Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), dicen sobre persecucion que comprende varios inmuebles lo siguiente:

El acreedor cuya hipoteca comprende varios inmuebles puede perseguir a todos ellos simultáneamente a solo a uno, incluso cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diversas personas o existieren otras hipotecas. Asimismo, el acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal, o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando la acción real. El ejercicio de una de



estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor impide que se ejecute el bien que este en poder de un tercero. (pág. 150).

Cuando se habla de las características esenciales de la hipoteca, se piensa que son la persecución y la preferencia como lo detalla Vásquez Rios (2003) : “El IUS PERSEQUENDI y el IUS PREFERENDI son así las notas esenciales características de la garantía hipotecaria” (pág. 82).

2.2.10. PREFERENCIA

La preferencia, es un derecho que tiene el acreedor hipotecario en caso de no ver cumplida una obligación principal, esto quiere decir, el pago de una deuda. La preferencia da al acreedor hipotecario, es la facultad de cobrar antes que cualquier otro acreedor.

Sin embargo, esta facultad tiene una excepción, que es dada por la Constitución Política del Perú en su artículo número 24. Este artículo de la constitución, establece que el pago pensiones alimenticias, las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador es prioridad sobre los créditos hipotecarios. El ejemplo más usual es el de la empresa les deba a sus trabajadores y que haya hipotecado un inmueble de su propiedad a favor de una entidad financiera. Si la entidad financiera, ante el incumplimiento de la empresa, le inicia un procedimiento de ejecución de garantías y saca el inmueble a remate, los trabajadores de la empresa cobran primero, y, en segundo lugar, si alcanza, el acreedor hipotecario. La ley 27809, establece que las empresas que se encuentren en procedimientos de disolución y liquidación, en el



marco de la ley general del sistema concursal, establece que los acreedores hipotecarios cobran en tercer lugar, después de los trabajadores y los alimentistas.

El crédito hipotecario, tampoco es preferente respecto de un crédito en donde un acreedor previo logro la inscripción de un embargo. Esto es en rigor el artículo 2016 del Código Civil, que dispone que la preferencia de los derechos que otorga el registro se determina por la prioridad de la inscripción.

La preferencia que te entrega la hipoteca es respecto solo a un cierto tipo de créditos (quirografarios), como lo detalla Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017) “La preferencia de la cual goza el acreedor hipotecario se refiere a los créditos quirografarios, creadores que no tienen una garantía específica. Puede haber créditos quirografarios incluso anteriores a un crédito hipotecario. En tal caso, el acreedor hipotecario cobra primero” (pág. 151).

El rango de las hipotecas y el derecho de preferencia están vinculadas a la hora ejecutar y hacer valer la garantía. El rango es el lugar que ocupa la hipoteca para determinar su preferencia respecto de otras hipotecas, ya que pueden existir varias hipotecas sobre un mismo bien. Y es así que, el primer acreedor hipotecario tendrá derecho a cobrar primero, el segundo cobra luego y así.

El rango al ser una facultad que favorece al acreedor, puede este último renunciar a ella, y esto no representa mayor problema para las partes. Todo esto puede suceder en la medida que esta renuncia no afecte el derecho de terceros. Todo esto está contemplado en el artículo 1112 del Código Civil.



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

2.2.11. VENTA JUDICIAL

La venta judicial es una facultad que tiene el acreedor hipotecario, facultado por el artículo 1097 del Código Civil. Es también la venta judicial una forma de extinción de la hipoteca, regulada por el Código Civil. La venta judicial se da, cuando el deudor no cumple con el pago de su obligación, el acreedor tiene el derecho de solicitar la venta judicial del bien en garantía. Todo el proceso de ejecución regulado en el Código Procesal Civil, en sus artículos 720 y siguientes.

Canelo Rabanal (2015), dice sobre la venta judicial en nuestra legislación, lo siguiente:

De esta manera, surge el derecho de venta del bien, que es el fin de la acción real y persecutoria, la misma que debe tramitarse en vía judicial. La venta judicial se hace según lo dispuesto en el Código Procesal Civil de acuerdo al trámite para el juicio ejecutivo, se hace la tasación correspondiente que permite la oposición en caso de desacuerdo o aumentar el valor, en caso de otras construcciones. En otros países, se tiene la figura de venta parcial de bien, sin embargo, aquí no se puede por fuerte carácter de indivisibilidad. (pág. 200)



Sobre la venta judicial Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), expresan lo siguiente: “La venta judicial prevista en el artículo 1097 del Código Civil es una disposición de orden público. En consecuencia, es nulo cualquier pacto por medio del cual se pretende vender el bien de un modo distinto al judicial” (pág. 152). Es así, que cualquier pacto que vaya en contra de la venta judicial es nulo, como por ejemplo cuando las partes decidan venderlo extrajudicialmente este afectaría la naturaleza de la venta judicial.

El doctor Mejorada (2004), sobre la obligación de la venta solo por vía judicial dice “Un juicio es siempre engorroso y lento, más aún cuando se hace acompañar de corruptela e ineptitud. Por ello, se debe destacar la ejecución judicial porque no permite que la prestación accesoria se pague oportunamente” (pág. 107). Se comparte la opinión del Dr. Mejorada, ya que si la idea es cumplir con el acreedor y hacer la economía más dinámica. Abrir nuevas formas de venta del inmueble, genera eso, haciendo que los acreedores escojan porque camino optar. Claro esto, cuando se demuestre indubitablemente que el deudor ya no tenga formas de pagar y su negativa de honrar su deuda.

Es la venta judicial una de las formas más comunes de extinción de la hipoteca, que Vásquez Ríos (2003) lo describe el procedimiento de la siguiente manera:

Para que se extinga la hipoteca debe mediar una subasta ordenada en juicio a instancias de un corredor, aunque no sea hipotecario; en ese juicio deben ser citados todos los acreedores hipotecarios; y una vez subastado el inmueble, se



opera la extinción recién en el momento en que el adquirente consigne el precio ordenado del juez. (, pág. 110).

Es nulo cualquier pacto, por el cual el deudor renuncie a los tramites del proceso de ejecución de garantías, contenidas en el Código Procesal Civil. La excepción a este punto la hipoteca se ejecuta por vía arbitral, y esto solo se da cuando así ha sido pactado en un convenio arbitral, pero para rematar el habrá que acudir al poder judicial. Es así que no estaríamos frente a un proceso de ejecución de garantías, sino uno de ejecución de laudo arbitral.

El artículo 1111 del Código Civil establece que es nula la cláusula por medio de la cual se faculta al acreedor a adquirir la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca, en caso el deudor incumpla con su obligación. Esta prohibición se ha establecido en beneficio del deudor, ya que podría muchos acreedores podría generar condiciones para quedarse con el bien en garantía; ya que podría darse el caso de que el valor del bien dado en garantía podría ser muy superior a la deuda garantizada, con lo cual el acreedor resultaría beneficiado con perjuicio del deudor, y así el acreedor termina adquiriendo el bien a un valor inferior al que tiene en el mercado.

No solamente se recurre a la venta judicial del inmueble cuando el deudor no cumple con su obligación principal, se puede recurrir a venta judicial, también, cuando el bien hipotecado se deteriore de una manera rápida y deliberada, que de resulten insuficiente como garantía. Esto está regulado por el artículo 1110 del Código Civil, que faculta al acreedor a pedir el cumplimiento de la obligación o si



no la garantiza a satisfacción del acreedor, este puede solicitar la venta judicial del bien.

Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), en referencia cuando existan más de dos a más hipotecas garantizando créditos sobre un inmueble, y uno de ellos quiera demandar la ejecución de la garantía, para la venta judicial.

Ahora bien, un mismo inmueble puede ser hipotecado dos o más veces. Puede ocurrir que el crédito garantizado con una anterior. El segundo acreedor hipotecario tendrá derecho a demandar la ejecución del bien hipotecado, pero no a cobrar primero, porque su garantía es segunda en rango. El primer acreedor hipotecario no tendrá derecho a cobrar aun, porque su crédito no es exigible. (pág. 153).

El artículo 739 del Código Procesal Civil señala que producido el remate y depositado el precio, el juez cancelaba todo gravamen que pesaba sobre el bien. Además de levantar el gravamen inscrito, se levantan también las cargas inscritas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

2.2.12. EXTINCIÓN

El Código Civil en su artículo 1122 del señala que la hipoteca se acaba por extinción de la obligación que garantiza; por anulación, rescisión o resolución de dicha obligación; por renuncia escrita del acreedor y por consolidación. Eso es lo que detalla en código en su redacción, pero en opinión de Avendaño Valdez &



Avendaño Arana (2017), la redacción de ese artículo en el código tiene un error: “Esta norma incurre en error porque la hipoteca no se acaba, sino que se extingue y porque el enumerar causales de extinción omite otras, como la venta judicial del bien” (pág. 154).

Canelo Rabanal (2015) sobre la extinción de la hipoteca y su relación con el registro, refiere lo siguiente:

La hipoteca se extingue de pleno derecho bajo las causales precedentes. No obstante, ello, se debe cancelar el gravamen que está inscrito en los registros públicos, pues pueda darse el caso que el bien se encuentra con un gravamen publicitado, cuando en la realidad ya no haya carga alguna. (pág. 204).

Para entender a cabalidad la extinción de la hipoteca, debe hacerse una diferenciación con la cancelación de la hipoteca. Y esto es que, la extinción significa que la hipoteca termina para las partes, y, la cancelación supone anular su inscripción en los Registros Públicos.

La hipoteca es un derecho de constitución registral, es por eso que los efectos de la extinción hacia terceros están supeditados a su inscripción, esto quiere decir la inscripción en el registro, tal como lo dispone el artículo 91 del Reglamento General de Registros Públicos.



La extinción por vía principal desaparece en forma directa e independiente de la obligación que garantiza. La extinción por vía accesoria desaparece como consecuencia de la extinción de la obligación que garantiza.

Avendaño Valdez & Avendaño Arana (2017), al momento de desarrollar la extinción de la obligación principal, dice:

La extinción de la obligación principal es la consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca: sin duda no hay garantía. La obligación principal puede extinguirse por cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones establecidas en el Código Civil: pago, novación, compensación, condonación, etcétera. La obligación principal debe extinguirse totalmente. Si subsistiera parte de la obligación principal, tendría plena vigencia toda la hipoteca en virtud del carácter indivisible del gravamen. (pág. 154).

El Código Civil contempla la posibilidad de que el acreedor pueda renunciar a la hipoteca con lo cual se extingue automáticamente el gravamen. Como requisito para demostrar la renuncia de la garantía hipotecaria, esta se tiene que hacer mediante un documento donde conste la renuncia, ya sea público o privado, tendrá los mismos efectos que la extinción de la garantía.

El Código Civil también contempla la extinción por la destrucción del inmueble sobre el cual recae. Tiene que ser una destrucción total del bien. Si la destrucción es parcial, subsistirá la hipoteca sobre el resto del inmueble, en razón de la indivisibilidad del gravamen. Sobre este punto Vásquez Rios (2003) dice: “En



realidad, la hipoteca no se extingue en este caso, ya que subsiste sobre el suelo, no así sobre los materiales que formaban el edificio, pues recuperan su calidad de muebles” (pág. 109).

Otro supuesto de extinción de la hipoteca, que no está contemplado en el Código Civil, es el previsto en el artículo 3 de la ley N° 26639 que dice lo siguiente: Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de inscripciones, si no fueran renovadas. La norma continuidad en el párrafo anterior aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado.

El motivo por el cual se extingue la inscripción a los que, a los diez años, es que prescribe la acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal, con lo cual prescribe a su vez y por vía accesoria, la acciones para ejecutar la hipoteca. Es así que a los diez años prescribe la acción hipotecaria, también se extingue la inscripción de la hipoteca.



CAPÍTULO III

3. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1 EL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU REPERCUCION SOBRE EL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO, INSCRITO EN LA ZONA X DE REGISTROS PÚBLICOS

El predio San Antonio, está ubicado en el distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco, tiene un área total de 300.50 (treientos cincuenta) hectáreas, en metros cuadrados es 3 005 000 (tres millones cinco mil) m².

Por resolución suprema N° 0319-75-AG/ DZ – XI, del 22 de julio de 1975 se adjudica en forma gratuita y con fines de reforma a la dirección general de Reforma Agraria y Asentamiento Rural el predio San Antonio del distrito de San Sebastián, provincia y departamento del Cusco. Es así como el predio San Antonio es afectado por la reforma agraria y pasa a ser propiedad del estado peruano. En los datos del archivo registral del Cusco no aparecen información del antiguo propietario del predio, ya que en la misma resolución -N° 0319-75-AG/ DZ – XI- se resuelve la cancelación y borrado de los



asientos vinculados a ese predio antes del proceso de reforma. En un primer momento se levantó el plano del predio con una extensión de 318 hectáreas (trecientas dieciocho hectáreas), medida que contenía un área arqueológica con una extensión de 17.5 hectáreas, que fue posteriormente adjudicada al INC. El resultado de esta adjudicación dejó al predio San Antonio con una extensión 300.50 hectáreas.

El 04 de febrero de 1998 -23 años después de emitida la resolución suprema de afectación de reforma agraria- el coordinador del PETT, Ing. Miguel Franco, solicita la inmatriculación del predio San Antonio. El 10 de febrero se inmatricula el predio San Antonio a favor del estado a través del Ministerio de Agricultura. Posteriormente se le dará el número de partida electrónica 02066165 del registro de predios de la Zona Registral X de Registros Públicos, Sede Cusco.

El 10 de febrero de 1999 la Dirección Regional de Agricultura Cusco, representado por el Ing. Aníbal del Carpio Farfán, vende el predio San Antonio a la Comunidad Campesina Ayarmarca y Pumamarca, en un monto de 22 354.19 (veintidós mil trescientos cincuenta y cuatro con 19/100) nuevos soles; este monto se calculó según el informe técnicos N°19-97-MCC/PETT-DRA-RI. Con esta compra la comunidad campesina paso a ser propietaria del predio San Antonio compuesta por 300.50 hectáreas, que servirían para los fines que tenga contemplada la comunidad campesina.

El problema de uso y abuso de la copropiedad empieza cuando la junta directiva de la comunidad campesina, encabezada por los directivos Tomas Ccorihuama Chara y Luis Luza Sicus, empiezan un proceso masivo de adjudicación de cuotas ideales a los



comuneros. Esta junta directiva inscrita en la partida electrónica N°11009744 del registro de personas jurídicas de la Zona Registral X sede Cusco, y con facultades debidamente inscritas en el año 2006 empieza un proceso de adjudicación de derechos y acciones, a sabiendas que en la realidad estaban adjudicando de fracciones materiales del predio San Antonio. Esto genera una discordia entre realidad material y la realidad legal, reflejada en el registro que se lleva del predio San Antonio.

Este proceso irresponsable de adjudicación llevado por las juntas directivas de la comunidad, llevo a que el predio San Antonio pasara a tener más de un centenar de copropietarios; algo que se demuestro en un estudio realizado a la partida registral. Esta adjudicación en cuotas ideales se llevó a cabo para evitar los costos que lleva un parcelación y adjudicación de fracción material, que debió ser el procedimiento regular para la adjudicación comunal, ya que lo que se entregaba eran fracciones materiales y no cuotas ideales, algo que se puede apreciar al ver la realidad del predio San Antonio en estos momentos. También nos demuestra el interés de los comuneros por ingresar al registro al costo que sea, aun así, este como corresponde con la realidad que se viven en el lugar, y causándoles grandes desventajas a los mismo adjudicados.

El crecimiento de la ciudad Cusco, el crecimiento demográfico y el aumento de los precios de los terrenos en la ciudad, hicieron que muchos de los campesinos beneficiados con la adjudicación en cuotas ideales, empezaran a dedicarse a la venta de tierras.

Así es como empezó a aparecer una alta demanda de personas que deseaban adquirir terrenos en el predio San Antonio, por su buena ubicación y la cercanía al casco urbano



de la ciudad del Cusco, y aprovechando los precios bajos que ofertaban los campesinos a comparación de otras zonas del Cusco o del mismo San Sebastián. Los precios bajos se debían en gran medida por la situación jurídica –copropiedad- en la que se encontraban los vendedores. El resultado de todo esto fue que el tráfico de tierras aumento y con esto el número de copropietario se elevó a cantidades inmanejables para el registro de los derechos y acciones.

Esta situación que se daba en el campo legal no reflejaba la realidad en el predio, donde la gran mayoría si tiene una fracción determinada, con linderos conocidos y determinados. Todo esto produce lo que se conoce como “esquizofrenia legal”, que la realidad legal no refleja la realidad material. También cabe resaltar que esta situación “esquizofrénica” fue aprovechada por muchos facinerosos para estafar a personas, en terrenos que no cuenten con linderos determinados o determinables.

Las teorías económicas siempre expresaron que lo conveniente es que exista un solo dueño por un predio, o una cantidad pequeña de copropietarios sobre un predio, para poder aprovechar y administrar mejor la propiedad, esto es algo en San Antonio no sucede; este tipo de situaciones de propiedad masiva fue explicada por el profesor Garrett Hardin, en su paper “Tragedy of the commons” (1968).

Esto también llevo a un problema registral, que se da por la cantidad inmanejable de asientos en una partida electrónica, y cantidades de porcentajes sumamente bajos, que llevan a muchos errores a los registradores a la hora de llevar su registro. Nuestro sistema



registrar se ordena por un sistema de folio real, esto es, que se organizan por predios; el que un predio tenga casi un millar de copropietarios no es lo conveniente.

Como se desarrolló en el marco teórico, existen dos tipos de comunidades: la comunidad germánica y la comunidad romana. La comunidad es una estructura interna de regulación de la titularidad conjunta. La copropiedad es un tipo de comunidad, y para ser más precisos una comunidad romana. La comunidad romana responde a un concepto individualista, donde la preferencia se da a un derecho del individuo frente al de la masa. Esto hace que se entienda a la copropiedad como un estado antieconómico, como un estado transitorio –como es el caso de la copropiedad que se origina a la muerte de alguien sin testamento-, incidental y desventajoso.

El predio San Antonio es una comunidad del tipo romana, una copropiedad, y en consecuencia es desventajosa, antieconómica, incidental y transitoria; en la cual lo transitorio se volvió permanente en San Antonio. La comunidad romana, a diferencia de la germánica, busca la extinción del régimen de copropiedad por ser este algo incidental. En San Antonio, la inadecuada adjudicación -que debió ser en fracción material y no en cuotas ideales- conllevó a una cantidad inmanejable de copropietarios, un régimen que no es el que representa la realidad en que se vive. Volviendo lo temporal –régimen de copropiedad- en permanente.

Es tan desventajoso y temporal el régimen de copropiedad, que el Código Civil reguló sus formas de extinción –partición- del mismo, en el artículo 992. Las formas de extinción de la copropiedad son: por división y partición del bien común, reunión de todas las cuotas



en un solo propietario, destrucción total o pérdida del bien, enajenación del bien a un tercero, pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios.

Todas las opciones de extinción contempladas en el código para poner fin al régimen de copropiedad, no son viables en el caso del predio San Antonio. Esto debido en gran medida a la cantidad irrisoria de copropietarios que existen ahí, y a la poca capacidad de llegar a un acuerdo entre todos los copropietarios a la hora de la extinción. Así se desee hacer una partición vía judicial, la tramitación y el costo del mismo sería sumamente alto. Esto sumado a la imposibilidad legal de prescripción adquisitiva a un copropietario, hace que los copropietarios del predio no puedan extinguir este régimen. Volviendo así algo que debería ser pasajero en un estado permanente, todo esto llevado por un incorrecto proceso de adjudicación de parte de la comunidad.

Habiendo explicado cómo se originó y como se encuentra actualmente el régimen de copropiedad en el predio San Antonio, paso a explicar de qué manera afecta esta situación a los copropietarios del predio. Se desarrollará su vinculación al acceso a la hipoteca de los derechos y acciones que tienen los copropietarios.

En el desarrollo del marco teórico se vio que en la copropiedad existen dos tipos de esferas de actuación, unas atribuidas de manera individual a cada copropietario y otras de manera colectiva a todos los copropietarios. En la esfera individual, representada por las cuotas ideales, existen derechos, obligaciones y cargas. Es la cuota ideal la situación jurídica típica de la copropiedad, siendo esto así, que la titularidad de la cuota faculta la disposición total sobre ella. Así que las cuotas ideales se consideran en sí mismas como



un bien negociable, cada codueño debe gozar de la posición más autónoma posible, de acuerdo con la tendencia favorable a la autonomía jurídica del individuo.

El artículo 977 del Código Civil faculta a los copropietarios a gravar sus derechos y acciones. El código abre la posibilidad de disponer del derecho individual de la copropiedad como garantía o para ser gravado, no sobre el bien común, sino sobre el derecho individual (cuota ideal) que le corresponde en la copropiedad. Así, es que legalmente se puede constituir hipotecas sobre los derechos y acciones que tienen los copropietarios del predio San Antonio.

También legalmente se faculta a los acreedores la posibilidad de embargar la cuota ideal de los copropietarios de San Antonio, así lo establece el artículo 646 del Código Procesal Civil; recayendo el embargo únicamente sobre la cuota hipotecada del deudor. Esta no se materializaría hasta hecha la partición del bien. Algo que ya vimos que es imposible en el caso del predio San Antonio.

Desde el aspecto legal no existe una prohibición a la constitución de una hipoteca de sobre cuotas ideales y su futura ejecución. Pero la existencia del régimen de copropiedad sobre el predio San Antonio, dada la gran cantidad asientos de inscripción y la gran cantidad copropietarios, se materializa en el poco interés de las entidades financieras para constituir garantías hipotecarias en derechos y acciones.



El poco interés para constituir garantía hipotecaria sobre cuotas ideales se debe al alto riesgo de la operación en caso de que no se cancele la deuda y se tenga que ejecutar la garantía. Garantía que no se podrá materializar hasta la partición del predio San Antonio, la cual no puede darse.

Este problema se puede apreciar en un estudio de la partida registral del predio San Antonio, que hasta finales de setiembre del 2018 contaba con 966 asientos inscritos –cifra alta para un predio que lleva tan solo 20 años de inmatriculado- con cerca de un millar de copropietarios, donde no existe ni un solo asiento de inscripción de hipoteca que garantice un crédito. Esto demuestra que el régimen de copropiedad es el motivo por el cual los bancos no constituyen garantías sobre derechos y acciones.

Esta situación les limita acceder a créditos mayores para cumplir sus objetivos como son: créditos de capital de trabajo y adquisición de activo fijo. Todo esto pese a tener un bien que no pueden capitalizar, porque la realidad física en la que se no es el reflejo de la situación legal en el que viven.



3.2 EL SISTEMA FINANCIERO COMO LÍMITE AL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO, INSCRITO EN LA ZONA X DE REGISTROS PÚBLICOS

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia, define al sistema financiero de la siguiente forma: “El conjunto de empresas debidamente autorizadas que operan en la intermediación financiera”.

Este conjunto de empresas que operan en el sistema financiero son en su mayoría privadas. Y al ser privadas, operan con sus propio capital e ingresos. Cada proceso de colocación que realiza una empresa del sistema financiero tiene un riesgo, esto es algo que ellas no pueden evitar, lo único que pueden hacer es bajar al mínimo los posibles riesgos que enfrenten, y la mejor manera de bajar el riesgo es tener la mayor información posible; todo esto se conoce como riesgo de operación.

Al momento en que una institución del sistema financiero se encuentra ante el pedido de un crédito, lo primero que analiza es la posibilidad de retorno que tienen de ese crédito. Esto quiere decir que el postulante a un crédito, persona natural o jurídica, tenga la posibilidad de pagar esa deuda. En este punto los copropietarios del predio San Antonio no enfrentan mayor problema a la hora de acceder a un crédito siempre y cuando tengan la posibilidad de pagar esa acreencia.

Los problemas surgen al momento en el que los copropietarios del predio San Antonio quieran acceder a un préstamo que supere los 50 000.00 (cincuenta mil) soles, monto que



fija la mayoría de entidades financieras como tope máximo a la hora de entregar créditos sin constituir una garantía. Cabe resaltar, que la garantía hipotecaria es la garantía preferida de las instituciones financieras; ellas la consideran una garantía preferente.

Es así como los copropietarios del Predio San Antonio, que cuentan con cuotas ideales debidamente inscritas, solicitan un préstamo que supere los límites de un crédito sin constitución de garantía, y ofrecen a la institución financiera que se constituya la garantía sobre los derechos y acciones que tienen en San Antonio. Ante lo cual la institución financiera responde de modo negativo, por considerar la constitución de una hipoteca sobre derechos y acciones una operación de alto riesgo de colocación. Debido a la dificultad que llevaría ejecutar la garantía ante un futuro incumplimiento de la obligación.

El negocio de las instituciones financieras es la captación de dinero de los superavitarios a través de diferentes productos que tenga la institución, luego de la captación es la colocación de los mismo por medio de otros productos, sus ganancias vienen de los intereses –valor del dinero en el tiempo- que resulta de estos dos procesos: captación y colocación. Es así como podemos afirmar que el negocio y el fin de un banco no es ejecutar garantías, pues lo toman como el último medio para cobrar una deuda, evitándolo hasta el último momento.



3.3 VENTAJAS DERIVADAS DEL ACCESO A CRÉDITOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA EN COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO

El crédito entendido como operación de préstamo para obtener financiamiento bajo compromisos de reembolso a futuro con el pago de intereses pactados, es sumamente beneficioso para cualquier persona. Mientras existan más opciones de crédito y de montos altos al acceso de las personas, el desarrollo de una comunidad será mejor. Abriéndose la posibilidad de acceder a mayores oportunidades de inversión y con esto alcanzar sus objetivos, como el de construir viviendas de calidad

El acceso a montos altos, en entidades financieras, siempre está supeditada a la entrega de una garantía, siendo la garantía hipotecaria la preferente y preferida por las entidades del sistema financiero. Es así que el acceso a un crédito con garantía hipotecaria, les posibilitaría a los copropietarios del predio San Antonio el acceso a montos altos de préstamos.

El acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio hace que estos tengan tasas preferentes en las instituciones financieras, esto es tasas de interés muchos más bajas que los demás tipos de préstamos, traducido en pagar menos dinero por sus préstamos, todo esto solo por el hecho de tener constituida una garantía preferente.

El hecho de acceder al sistema financiero con una garantía hipotecaria, sin contar todos los beneficios que tiene, te da acceso a la activación de líneas de crédito paralelo. Una línea de crédito paralelo, es un crédito que no afecta al crédito principal –crédito que



garantiza la hipoteca- para utilizarlo en las actividades que más necesiten los copropietarios del predio San Antonio; como puede ser compras de mercadería, insumos y materia prima para su negocio o empresa. Las líneas de crédito paralelo que se abren se da por la confianza generada al momento de constituir la hipoteca. Las líneas de crédito paralelo no suman a la deuda obtenida con la hipoteca, se genera una nueva, pero sin mayor trámite y con más facilidades a la hora de acceder a ella. Esto se traduce en más opciones de crédito para los pobladores del predio de San Antonio.

El resultado de los puntos antes expuesto es convertir a los copropietarios del predio San Antonio en clientes con muchas fortalezas en el sistema financiero. Es así como las entidades financieras confiarán más en ellos y arriesgaran más para ayudarlos a cumplir sus sueños y objetivos planteados para ellos y sus familias.

Morris Guerinomi (2007) en una investigación para el Banco Mundial sobre el impacto de la formalización en la calidad de vida de las personas, resalta la importancia del acceso al crédito en vivienda con derechos de propiedad claros, y con clara correspondencia a la realidad de la siguiente manera: “Los objetivos principales de la formalización son reducir la pobreza y mejorar la calidad de vida del poblador titulado. La teoría de la formalización indica que una de las maneras fundamentales de lograrlo es facilitar el acceso al crédito y disminuir el costo del mismo” (pág. 139).

Es así como podemos asegurar que el acceso al crédito, y mejor con una garantía hipotecaria, reduciría la pobreza y mejoraría la calidad de vida de los copropietarios del



predio San Antonio. Para que todo esto se pueda materializar en la vida diaria de las personas, se tiene que facilitar el crédito y disminuir el costo del acceso a los mismos.

En una estadística hecha sobre la base de los créditos con garantía hipotecaria, hechas en el mismo estudio para el Banco Mundial, se revela lo siguiente: “Los créditos aprobados tienen una tasa de interés en promedio nueve puntos porcentuales más bajas que las tasas para créditos a prestatarios no formalizados” (Morris Guerinomi, 2007, pág. 139). Lo cual confirma todo lo ya expuesto aquí.

3.4 PERCEPCIÓN DE ALGUNOS EXPERTOS EN RELACIÓN AL RÉGIMEN DE COPROPIEDAD Y SU REPERCUCION SOBRE EL ACCESO A LA HIPOTECA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS

Para recoger la percepción de expertos en régimen de copropiedad y su repercusión en crédito hipotecario, la técnica de recolección de información fue la entrevista a tres expertos.

Entre los expertos a los que se entrevistó, se encuentran dos registradores públicos de la Zona X de SUNARP sede Cusco: Dr. Yuri Covarrubias Mormontoy y Dr. Iván Paliza Silva. Con ellos se recabó la opinión de expertos desde el aspecto legal que involucra el régimen de copropiedad y el acceso a la hipoteca.



El otro experto al que se entrevistó fue al Mba. Jaime Abarca Mora, jefe de productos e hipoteca de la Caja Cusco, entidad financiera líder en la región de Cusco. Esta entrevista recoge la opinión, desde el lado de las empresas que conforman el sistema financiero, sobre el régimen de copropiedad y el acceso a la hipoteca.

Lo que se logró con las entrevistas realizadas fue tener una visión general y profunda del régimen de copropiedad y su acceso a la hipoteca, centrándonos en el análisis de los copropietarios del Predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos. Desde la opinión de profesionales de derecho, vinculados con el tema de propiedad inmueble en su labor diaria, como es el caso de los dos registradores públicos, nos da la visión desde la perspectiva legal del tema investigado. Se entrevistó también a un experto en el sistema financiero, con el que se logró recoger la visión de las entidades financieras sobre el tema investigado, lo cual enriquece las conclusiones del trabajo.

Dado los perfiles profesionales y la formación de los entrevistados, se modificó la perspectiva de algunas de las preguntas. A continuación, la transcripción de las respuestas dadas por los expertos entrevistados en el siguiente orden: Dr. Yuri Covarrubias Mormontoy, Dr. Iván Paliza Silva y Mba. Jaime Abarca Mora.



**1° ENTREVISTA AL REGISTRADOR PÚBLICO DE LA ZONA “X” DE
SUNARP – SEDE CUSCO**

Dr. Yuri Covarrubias Mormontoy, 25 de marzo de 2019.

1.- ¿Cuál es su opinión sobre el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

El régimen de copropiedad es una institución recogida aun del derecho romano cuya vigencia se evidencia en la actualidad. Su uso ha permitido el acceso del derecho de propiedad al Registro en aquellos casos que su materialización temporalmente resulta inviable. No se debe olvidar que el ordenamiento civil regula el pacto de indiviso para aquellos casos en que las partes consideran oportuno mantener dicho régimen. En mi opinión, la copropiedad demuestra ser una institución favorable a los intereses particulares.

2.- ¿Por qué cree usted que existen tantos copropietarios en el predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Lo que se adquiere como derechos y acciones, regularmente se transfiere como derechos y acciones, dicha circunstancia continuará en tanto no se produzca su extinción, sea por acuerdo de partes o por mandato judicial.



3.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos, es desventajoso para la gente que habita ese lugar?

Eso depende de los intereses particulares de cada copropietario, en especial en el interés de cada copropietario del predio San Antonio. Para algunos puede resultar irrelevante. La función del Registro es, a través de la publicidad, garantizar el derecho de los propietarios.

4.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Respecto del predio San Antonio puede ser que no, ya que no existe norma que prohíba el acceso al crédito con garantía hipotecaria en caso de tener derechos y acciones sobre un predio; sin embargo, la existencia de dicho régimen en determinadas circunstancias, como la cantidad de asientos de inscripción que dificulta la identificación de las acciones inscritas, podría incidir en el poco interés de las entidades financieras para la concesión de créditos.



5.- ¿Usted cree que el sistema financiero limita el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Desconozco todas las normativas del Sistema Financiero, pero no existe normativa registral que prohíba la hipoteca de derechos y acciones.

6.- ¿Cuáles serían las ventajas derivadas de la independización de todos los copropietarios del predio San Antonio?

Básicamente la individualización del predio y como tal de su derecho de propiedad elimina la incertidumbre de la ubicación de la propiedad.

7.- ¿Cuáles son las ventajas derivadas del acceso al crédito con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio?

Las ventajas vendrían a ser muchas, pero la más importante la capitalización de su propiedad, y así tener una garantía más a la hora de solicitar un crédito.



8.- ¿Que lineamientos de solución se pueden implantar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en el Sistema Financiero?

Descartando una modificación normativa del Código Civil, vendría a ser una intensa campaña de sensibilización para que quien adquiera determinado bien, exija un predio individualizado y en caso independizado. Que lo que está comprando efectivamente aparezca en el registro como tal. Y una sensibilización en las entidades financieras para que estas no pongan trabas en el acceso del crédito con garantía hipotecaria en caso de derechos y acciones.

2° ENTREVISTA AL REGISTRADOR PÚBLICO DE LA ZONA “X” DE SUNARP – SEDE CUSCO

Dr. Iván Paliza Silva, 29 de marzo de 2019.

1.- ¿Cuál es su opinión sobre el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Es una desnaturalización de la institución del derecho de propiedad sobre predios en forma individual. Esto se hace por evitar los gastos del procedimiento de subdivisión. La



transferencia de derechos y acciones o cuota ideal corresponde a una participación sobre la integridad del predio la cual se expresa en porcentajes.

2.- ¿Por qué cree usted que existen tantos copropietarios en el predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Porque se ha hecho un uso indebido y abusivo de la transferencia de cuotas ideales. Por eso es que debe regularse las limitaciones a la transferencia de cuotas ideales en casos concretos de generación originaria de derechos y acciones.

3.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos, es desventajoso para la gente que habita ese lugar?

Sí, porque no refleja la realidad que existe en ese predio, y la existencia de tantos copropietarios en derechos y acciones hace que el manejo registral del mismo sea sumamente difícil. Sin contar de que muchos se vean expuestos a estafas.



4.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Si lo limita. Si bien es cierto que no existe un normal que prohíba la hipoteca sobre derechos y acciones, es también cierto que este régimen desanima a las instituciones financieras a aceptar una garantía en derechos y acciones, por lo difícil de su ejecución en el futuro. Es lógico, de parte de las instituciones financieras, no querer correr ese riesgo.

5.- ¿Usted cree que el sistema financiero limita el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Si, también creo que el sistema financiero limita el acceso. Si bien ellos tratan de evitar su riesgo, también podrían desarrollar servicios para este mercado. Esto quiere decir que las limitaciones vienen de los dos lados: la copropiedad y el sistema financiero.



6.- ¿Cuáles serían las ventajas derivadas de la independización de todos los copropietarios del predio San Antonio?

Las ventajas que resultarían de la eliminación del régimen de copropiedad, serían muchas, pero entre ellas resalto las siguiente:

- Identificación precisa de los lotes de parte de los propietarios con lo que se evitarían muchos problemas entre ellos.
- Acceso al crédito.
- Mayor valorización de los predios.

7.- ¿Cuáles son las ventajas derivadas del acceso al crédito con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio?

Se les abre la posibilidad de acceder a mayores posibilidades de inversión. Y con esto poder construir mejores viviendas de calidad

8.- ¿Que lineamientos de solución se pueden implantar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en el Sistema Financiero?

No creo que exista algún lineamiento de solución seguro, más que una ley que solucione este problema en estos casos.



3° ENTREVISTA AL JEFE DE PRODUCTOS E HIPOTECA DE LA CAJA CUSCO.

Jaime Abarca Mora, Dr. en Admiración por la UNSAAC y Mba. por CENTRUM, 30 de marzo de 2019.

1.- ¿Cuál es su opinión sobre el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Sobre el tema de régimen de copropiedad, para mí como funcionario comercial financiero a nivel de productos, ese es un término poco escuchado. Pero lo que si consideramos al escuchar ese término legal es que estamos frente a una situación de riesgo.

2.- ¿Por qué cree usted que existen tantos copropietarios en el predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

El hecho de que existan muchos copropietarios frente a un inmueble, lo considero que es por un tema de desorden legal. Y eso es lo que existe en San Antonio, un desorden legal en temas de propiedad, generado por una adjudicación más llevada por la comunidad.



3.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad que existe en el predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos, es desventajoso para la gente que habita ese lugar?

Si es desventajoso. Desde la visión financiera nosotros lo vemos como un riesgo, que se materializa en que muchas personas no puedan acceder a grandes montos de crédito para desarrollar sus objetivos.

Te explico, nosotros como sistema de cajas municipales en promedio podemos dar, máximo, cincuenta mil soles de crédito sin garantía. Superado ese monto tenemos que solicitar una garantía, preferiblemente una garantía hipotecaria. En nuestra entidad financiera no contemplamos constituir hipotecas sobre derechos y acciones.

4.- ¿Usted cree que el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Desde el punto legal no limita el acceso a la hipoteca. Pero en la realidad es el principal motivo por el cual las entidades financieras no aceptamos la constitución de hipotecas sobre derechos y acciones, esto es un alto riesgo operacional que nosotros podríamos incurrir en caso que un crédito no se llegue a pagar y la futura ejecución de la garantía.



5.- ¿Usted cree que el sistema financiero limita el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio inscrito en la Zona X de Registros Públicos?

Sí, pero quiero expresar que no se limita el crédito, se limita la constitución de hipotecas sobre derechos y acciones por el alto riesgo que conllevan estas.

Se puede dar un crédito sin garantía hipotecaria hasta por un monto máximo de cincuenta mil soles en las cajas municipales, que son normalmente para créditos de consumo o capital pequeño de trabajo. Pero si se solicitan un monto superior a cincuenta mil soles, como es el caso de capital para adquisición de activo fijo, es necesario la constitución de una hipoteca.

6.- ¿Cuáles serían las ventajas derivadas de la independización de todos los copropietarios del predio San Antonio?

La principal ventaja sería que estos inmuebles entrarían al sistema financiero, esto quiere decir que serían sujetos de constitución de hipotecas. Y con esto los propietarios se verían beneficiados con el acceso al crédito para cumplir sus sueños y expectativas.

La otra gran ventaja sería que el sistema financiero empieza a darte tasa preferencial, esto quiere decir pagar tasas más bajas, todo esto por poseer una garantía preferente.



7.- ¿Cuáles son las ventajas derivadas del acceso al crédito con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio?

Como te decía, el sistema financiero te va a premiar entregándote tasas preferentes. Y una de las principales ventajas será que tendrás accesos y se te activaran líneas de crédito paralelas. Todo esto por tener más seguridad. Todo esto se traduce en cuanto más líneas de crédito tengas, serás un cliente con más fortalezas, y las entidades financieras arriesgaran más contigo.

Las entidades financieras apreciamos a las personas con más fortalezas financieras y una viendo propiedad e independizada te vuelve un cliente fuerte, y en ti arriesgamos y confiamos.

Para que una sociedad se desarrolle se necesita el crédito.

8.- ¿Que lineamientos de solución se pueden implantar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en el Sistema Financiero?

El gobierno debería intervenir en este caso, para posibilitar el crédito a todas las personas que viven en esta situación, que son los más necesitados. Intervenir ya sea creando una



institución que les ayude como lo hizo en su momento con COFOPRI, o sino dando una ley que les beneficie.

3.5 LINEAMIENTOS DE SOLUCIÓN QUE SE PUEDEN IMPLEMENTAR PARA POSIBILITAR EL ACCESO AL CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA POR PARTE DE LOS COPROPIETARIOS DEL PREDIO SAN ANTONIO EN SISTEMA FINANCIERO

Luego de realizada la investigación sobre el tema, se ven como posibles soluciones para el acceso al crédito con garantía hipotecaria para los copropietarios del predio San Antonio tres opciones. Estas soluciones buscan atacar los dos lados del problema, una que es el régimen de copropiedad, y la otra buscar incentivos a las entidades del sistema financiero para constituir hipotecas en derechos y acciones

PRIMER LINEAMIENTO DE SOLUCIÓN - COPROPIEDAD

La solución respecto al régimen de copropiedad del predio San Antonio, es una ley que busque ayudar a la partición de estos predios que fueron indebidamente adjudicados en derechos y acciones, cuando en la realidad tienen una fracción material. Un proyecto de ley para la independización de los mismo es la mejor solución para la eliminación de la copropiedad, y así lograr la tan ansiada independización de los terrenos.



En el estudio también se logra identificar muchos otros predios que se encuentran en la misma situación o peor aún, con muchos más copropietarios. La razón por la que se encuentran en la misma situación es la inadecuada adjudicación. Una comunidad campesina dueña de un predio entrega en la realidad a sus campesinos parcelas de terrenos, pero por evitar costos de parcelación les entrega en realidad legal en derechos y acciones. Estos comuneros por tráfico de tierras los venden en porcentajes de su propiedad, generando un aumento geométrico en cantidad de copropietarios sobre un predio. Esto nos demuestra que este problema es serio, pues viene azotando a muchas personas en la ciudad de Cusco, ya que esta forma de adjudicación se hizo común.

Se afecta también de manera grave al registro, volviéndolo inmanejable, y haciendo que la certeza y veracidad del mismo se afecte. Esto produce que uno de los fines máximos del registro no se cumpla; reducir la información asimétrica del mercado. Por la esquizofrenia jurídica que se vive en estos predios.

Estos motivos son más que suficientes para la intervención estatal en los predios que se encuentren en esta situación. Es así que justifican una ley que facilite la partición del mismo.



SEGUNDO LINEAMIENTO DE SOLUCIÓN – SISTEMA FINANCIERO

La otra solución planteada, va por el lado del sistema financiero. Si bien es cierto y lógico que las entidades financieras para evitar el alto riesgo de la operación de colocación, no entregan créditos con garantía hipotecaria a derechos de acciones del predio San Antonio.

También es posible que las entidades del sistema financiero puedan desarrollar un producto para atender a los copropietarios del predio San Antonio, y a todo el segmento del mercado que tenga cuotas ideales y quiera acceder a un crédito con garantía hipotecaria. Este producto financiero debería ser desarrollado por las entidades del sistema financiero que tienen fines de inclusión financiera, como es el caso de las cajas.

TERCER LINEAMIENTO DE SOLUCIÓN – SISTEMA FINANCIERO

Estos productos de créditos con constitución de garantía hipotecaria en derechos y acciones deberían ser fomentados y promocionados desde la Superintendencia de Banca y Seguros, así como entregar beneficios a las instituciones que brinden este servicio en el mercado financiero.



CONCLUSIONES

PRIMERA

En el estudio se ha logrado establecer como el régimen de copropiedad limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos. Dado que existió un uso y abuso de la copropiedad. Esto se dio porque la Comunidad Campesina Ayarmarca y Pumamarca, que fue propietaria de toda la matriz de predio, llevo a cabo una adjudicación en cuotas ideales a los campesinos, situación legal que contrasta completamente con la realidad material en el predio.

Todo esto llevo a tener una gran cantidad de copropietarios, agravado por la venta en derechos y acciones llevado a cabo por los comuneros. Es así que lo que se presenta en el predio San Antonio es una comunidad del tipo romana, una copropiedad. Este tipo de comunidad es antieconómica, incidental y desventajosa. Es por estas características que se considera a la copropiedad como temporal, y la partición se presenta como la solución para superar estos problemas. Sin embargo, esta temporalidad resulto ser permanente en el predio San Antonio.



Siendo esta la situación de gran cantidad de copropietarios, el principal motivo por lo cual las entidades financieras consideran la constitución de una hipoteca como una operación riesgosa de crédito. Lo cual demostró el estudio de la partida electrónica del predio San Antonio, donde no existe una sola hipoteca que garantice un crédito de una entidad financiera inscrita en los más de 966 asientos de la partida.

SEGUNDA

En el estudio se ha logrado determinar que el sistema financiero limita el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos. Dado que cada proceso de colocación que realiza una empresa del sistema financiero tiene un riesgo, y las entidades financieras evitan operaciones riesgosas. Y la constitución de una hipoteca sobre derechos y acciones es considerada como una operación altamente riesgosa y costosa, esta es la situación de los copropietarios de predio San Antonio.

TERCERA

Se determinó que las ventajas derivadas del acceso a créditos con garantía hipotecaria en copropietarios del predio San Antonio son las siguientes: tener una garantía preferente ante las instituciones financieras, acceder a montos altos de crédito, obtener tasas preferentes que se traduce en intereses bajos a la hora de pagar el crédito, activación de líneas de crédito paralelo, ser un cliente con muchas



fortalezas financieras frente a las instituciones del sistema financiero. Todo esto repercutirá en los pobladores del predio de San Antonio, reduciendo su pobreza y mejorando su calidad de vida.

CUARTA

Los posibles lineamientos de solución que se pueden implementar para posibilitar el acceso al crédito con garantía hipotecaria por parte de los copropietarios del predio San Antonio en Sistema Financiero, son tres: 1) una ley que elimine el régimen de copropiedad masivo, generado por un indebido proceso de adjudicación; 2) que entidades del sistema financiero puedan desarrollar un producto financiero para atender a los copropietarios del predio San Antonio, y a todos los que tengan cuotas ideales que quieran acceder a un crédito con garantía hipotecaria. Un producto de hipotecas sobre derechos y acciones; 3) que el estado fomente y entregue beneficios tributarios a las entidades financieras que entreguen créditos con garantía hipotecaria sobre derechos y acciones.

QUINTA

Finalmente se concluye que el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.



RECOMENDACIONES

Primera: Se recomienda a los legisladores que promulguen una ley por la cual predios con muchos copropietarios, como es el caso del predio San Antonio, puedan lograr la partición, sin todas las complicaciones que tienen en la actualidad, y así cada copropietario pase a ser dueño de una fracción material.

Segunda: Se recomienda a las entidades del Sistema Financiero desarrollar productos financieros para poder atender el mercado de personas –como los copropietarios del predio San Antonio- que solicitan un crédito con garantía hipotecaria sobre derechos y acciones, siempre cuidando el riesgo de cada operación de colocación. Especialmente impulsado desde las entidades que tienen fines de inclusión financiera, como el caso de las cajas.

Tercera: Se recomienda, también, a la Superintendencia de Banca y Seguro, BCRP, la SUNAT y otras instituciones de supervisión del sistema financiero, brindar beneficios a las entidades que ofrezcan productos financieros de crédito con garantía hipotecaria sobre derechos y acciones; siempre que estos créditos tengan como fin el desarrollo y la inclusión financiera de las personas.



Cuarta: Se recomienda a las comunidades campesinas y asociaciones pro vivienda que, a la hora de llevar a cabo el proceso de adjudicaciones, estas se hagan en fracción material y llevando a cabo el procedimiento correspondiente. Ya que procesos de adjudicación llevados de una forma irresponsable, produciendo una incongruencia entre la realidad material y la legal, traen consigo problemas como los que se están produciendo en el predio San Antonio.

**REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

- Alvarez Caperochipi, J. (1986). *Curso de Derechos Reales* (Vol. I). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Álvarez Caperochipi, J. A. (1987). *Curso de Derechos Reales* (Vol. II). Madrid, España: Civitas.
- Ambrosini Valdez, D. (1992). *Introducción a la banca*. Lima, Perú: Universidad del Pacífico.
- Ambrosini Valdez, D., & López Aliaga Cazorla, R. (2011). *Sistema Financiero Peruano*. Lima, Perú: Universidad de Piura.
- Arata Solis, M. (2009). *La Copropiedad en el Derecho Peruano*. Lima, Perú: Gaceta Juridica.
- Arean, B. (1987). *Curso de Derechos Reales* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot.
- Arias Schreiber, M. (1993). *Exégesis del Código Civil de 1984* (Primera ed.). Lima: Editorial WG Editor.
- Avendaño Valdez, J., & Avendaño Arana, F. (2017). *Derechos Reales*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barranco, M. d. (1996). *“El discurso de los derechos”*. Madrid : Editorial Dykinson.
- Cammarota, A. (1942). *Tratado de Derecho Hipotecario* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Compañía Argentina de Editores.
- Canelo Rabanal, R. (2015). *Derecho de Garantías Civiles y Comerciales*. Lima, Perú: Grijley.
- Castaño, B. d. (1954). *La Comunidad de Bienes en el Derecho Español*. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Chu Rubio, M. (2016). *Finanzas para no financieros* (Quinta ed.). Lima, Perú: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Editorial UPC.
- De La Puente y Lavallo, M. (1999). *Estudios Sobre el Contrato de Compraventa*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Juridica.
- De Soto, H. (1986). *El Otro Sendero*. Lima: Editorial El Barranco.



- De Soto, H. (2000). *El Misterio del Capital*. Lima, Perú: El Comercio.
- DIEZ- PICAZO, L. M. (2000). Aproximación a la idea de los derechos fundamentales. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 225-226.
- GALLEGOS MOLINA, L. (2014). *La Realidad Peruana y la Economía Social de Mercado*. Lima: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 1243-1248.
- Hedemann, J. W. (1955). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. II). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- La Cruz Berdejo, J. L. (2012). *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*. Madrid, España: DYKINSON.
- Mejorada, M. (2004). Ejecución extrajudicial: El valor "científico" de la obligación garnatizada. *Themis*, 107.
- Morris Guerinomi, F. (2007). *Develando el Misterio*. Lima: Banco Mundial Proyectos de Drecho de Propiedad.
- Peña Bernaldo de Quiros, M. (1999). *Derechos Reales & Derecho Hipotecario* (Vol. I). Madrid, España: Centro de Estudios Registrales.
- PÉREZ LUÑO, A. (1998). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 7ª Edición.
- Ramirez Cruz, E. (1999). *Tratado de Derechos Reales* (Primera Edición ed., Vol. II). Lima, Perú: Editorial Rodhas.
- RESICO, M. (2011). *Introducción a la Economía Social de Mercado: Edición Latinoamericana*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer.
- Rubio Correa, M. (2015). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.



ANEXOS

ANEXO NÚMERO 1°- MATRIZ DE CONSISTENCIA

EL PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS	CATEGORIAS DE ESTUDIO	METODOLOGIA
¿De qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos??	Determinar de qué manera el régimen de copropiedad y el sistema financiero, limitan el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Públicos.	El régimen de copropiedad y el sistema financiero limitan de manera relativa el acceso a la hipoteca por parte de los copropietarios del predio San Antonio, inscrito en la Zona X de Registros Público .	CATEGORÍA 1°	ENFOQUE Y TIPO DE ESTUDIO
			Copropiedad	Enfoque - Cualitativo documental: Porque basará sus conclusiones en el análisis y argumentación a partir de la información documental que se recabe. Tipo de Estudio – Dogmático Explorativo: Porque el estudio busca establecer si existe colisión entre un instituto jurídico y el acceso al crédito con garantía hipotecaria en Cajas Municipales de Ahorro y Crédito. (Según la clasificación del Dr. Jorge Witker).
			CATEGORÍA 2°	UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO
			Hipoteca	Unidad de análisis temático referida fundamentalmente al régimen de copropiedad y el acceso al crédito hipotecario
			CATEGORIA 3 Sistema Financiero	