



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL GRAVAMEN CONSTITUIDO POR UNA
HIPOTECA SOBRE UNA CUOTA IDEAL PARA LOS OTROS
COPROPIETARIOS – ANÁLISIS DEL SEGUNDO PRECEDENTE DEL
DECIMOSÉPTIMO PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL.**

PRESENTADO POR:

BACH. RODNEY WILSON QUIROZ PÉREZ.

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

ASESOR:

MG. VIVIANETT SERNA SILVA

CUSCO - PERÚ

2022



AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento infinito a mi hermano Carlos Iván, quién con su sabiduría me animó en este campo de estudio y supo apoyarme en todo momento para que pueda lograr este objetivo.

A mis padres Alejandro y Martha por todo su amor, comprensión y apoyo, pero sobre todo gracias infinitas por la paciencia que me han tenido. No tengo palabras para agradecerles las incontables veces que me brindaron su apoyo en todas las decisiones que he tomado a lo largo de mi vida.

A mis amigos de la Hermandad OH, que se convirtieron en amigos de vida, gracias por todo su apoyo y diversión.

A los Profesores que me han visto crecer como persona, gracias a sus conocimientos hoy puedo sentirme dichoso y contento, en especial al Dr. Ostwald Néstor Avendaño Uchuya.

A la Universidad Andina del Cusco por ser la sede de todo el conocimiento adquirido en estos años.



DEDICATORIA

Esta tesis está dedicada:

A mi madre Martha quien con su amor, paciencia y ánimo me han permitido llegar a cumplir hoy un objetivo más, gracias por inculcar en mí el ejemplo de, trabajo, esfuerzo y constancia.



ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
ÍNDICE DE TABLAS.....	vii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
CAPÍTULO I.....	1
EL PROBLEMA.....	1
1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	6
1.2.1. Problema general.....	6
1.2.2. Problemas específicos.....	6
1.3. Justificación de la investigación.....	6
1.3.1. Conveniencia.....	6
1.3.2. Relevancia social.....	7
1.3.3. Implicancias Prácticas.....	7
1.3.4. Valor teórico.....	7
1.3.5. Utilidad Metodológica.....	8
1.4. Objetivos de la investigación.....	8
1.4.1. Objetivo general.....	8
1.4.2. Objetivos específicos.....	8
1.5. Delimitación del estudio.....	9
1.5.1. Delimitación espacial.....	9
1.5.2. Delimitación temporal.....	9
CAPÍTULO II.....	10
MARCO TEÓRICO.....	10
2.1. Antecedentes de la investigación.....	10
2.1.1. Antecedentes internacionales.....	10
2.1.2. Antecedentes nacionales.....	11



2.1.3.	Antecedentes locales.....	14
2.2.	Bases Teóricas.....	16
2.2.1.	La Propiedad.....	16
2.2.2.	La Copropiedad.....	25
2.2.3.	La Partición.....	39
2.2.4.	La Hipoteca.....	49
2.2.5.	Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral.....	56
2.3.	Hipótesis de trabajo.....	66
2.3.1.	Hipótesis general.....	66
2.3.2.	Hipótesis específicas.....	66
2.4.	Categorías de estudio.....	67
2.5.	Definición de términos.....	67
2.5.1.	Propiedad.....	67
2.5.2.	Copropiedad.....	67
2.5.3.	Cuota ideal.....	68
2.5.4.	Inscripción registral.....	68
2.5.5.	Independización.....	68
2.5.6.	División y partición.....	68
2.5.7.	Gravamen.....	69
2.5.8.	Hipoteca.....	69
CAPÍTULO III.....		70
MÉTODO.....		70
3.1.	Diseño metodológico.....	70
3.2.	Diseño contextual.....	71
3.2.1.	Escenario espacio temporal.....	71
3.2.2.	Unidad de estudio.....	71
3.2.3.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	71
CAPÍTULO IV.....		72
DESARROLLO TEMÁTICO.....		72



4.1. Subcapítulo I	72
4.1.1. Consecuencias jurídicas por la constitución de una hipoteca.....	72
4.2. Subcapítulo II	73
4.2.1. Gravamen.....	73
4.3. Subcapítulo III	73
4.3.1. Hipoteca.....	73
4.4. Subcapítulo IV	74
4.4.1. Copropiedad	74
4.5. Subcapítulo V	74
4.5.1. Disposición de la cuota ideal	74
RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS	75
5.1. Resultados del Estudio	75
5.2. Análisis de los Hallazgos	82
5.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos	84
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS	91
BIBLIOGRAFIA	92
ANEXOS	966



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. <i>Categorías de estudio</i>	67
Tabla 2. <i>Diseño metodológico</i>	70
Tabla 3. <i>Técnicas e instrumentos de recolección de datos</i>	71



RESUMEN

En esta investigación se aborda el problema sobre las consecuencias que se originan a raíz de la constitución de un gravamen por una hipoteca en la copropiedad, realizado por un copropietario sobre su cuota ideal, esto a raíz del segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral, lo que ocasiona que los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales sean afectados en sus partidas independizadas provenientes de una división y partición con la anotación de este gravamen, generando que el derecho de propiedad sea vulnerado y menoscabando la explotación del mismo.

Para dichos efectos se utilizó el diseño metodológico de enfoque cualitativo con un diseño de investigación dogmática exploratoria o analítica. Así, conforme el objetivo principal se buscó un mecanismo que permita analizar y poner en contexto una situación jurídica real.

Lo que permitió hallar y conocer los pormenores y alcances de las motivaciones jurídicas respecto del problema planteado, hallando la desprotección en la cual han caído los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales en sus partidas independizadas provenientes de una división y partición.

Además, al finalizar el presente trabajo se recomienda a la SUNARP poner en conocimiento del Ministerio de Justicia dicha problemática, para que mediante un estudio se proponga una iniciativa legislativa que adopte la teoría declarativa, la cual permitiría a los copropietarios no ver afectadas sus partidas registrales.

Palabras clave: Copropiedad, división y partición, gravamen, hipoteca.



ABSTRACT

This research addresses the problem of the consequences arising from the creation of a mortgage levy on co-ownership by a co-owner over its ideal share, this in the wake of the second precedent of the Seventeenth Plenary of the Registration Court, which causes non-mortgage co-owners of their ideal shares to be affected in their separate departures from a division and partition with the entry of this levy, The right to own property is violated and the exploitation thereof is undermined.

For these effects, the methodological design of a qualitative approach with an exploratory or analytical dogmatic research design was used. Thus, according to the main objective, a mechanism was sought to analyze and put into context a real legal situation.

This enabled the details and scope of the legal reasons for the problem to be identified and known, finding the lack of protection in which non-mortgage co-owners have fallen from their ideal quotas in their independent departures from a division and partition.

In addition, at the end of this work, it is recommended that SUNARP inform the Ministry of Justice of this problem, so that a study can propose a legislative initiative to adopt the declaratory theory, which would allow the co-owners not to be affected by their registration items.

Keywords: Co-ownership, division and partition, lien, mortgage.



CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

En el Perú una de las instituciones jurídicas y económicas más importantes que dinamizan la economía es la denominada hipoteca sobre bien inmueble, la cual permite a las personas obtener préstamos de dinero garantizando el cumplimiento de pago con la afectación de un bien, para Vega (2020), la hipoteca es una garantía real sobre un bien inmueble, mediante el cual un acreedor garantiza una obligación dineraria, y este, ante el incumplimiento puede hacerse cobro con el inmueble puesto en garantía.

Así pues, la hipoteca cumple la función de asegurar el cumplimiento de una deuda, actuando como un seguro o gravamen que permitirá hacer el cobro. Para Meneses (2017), el gravamen va ser un mecanismo que sirve para asegurar el cumplimiento de una obligación, debiendo ser inscrito y publicitado en los Registros públicos – SUNARP.

En la misma línea de la hipoteca, nuestro ordenamiento jurídico permite que en la copropiedad un copropietario pueda hipotecar su parte o porcentaje, lo que es amparado por el art. 977° del Código Civil Peruano, que dice “cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos, pueden también gravarlos”, esto a pesar de no existir una parte física del porcentaje. Sobre esta institución Torres (2016), menciona que existe copropiedad cuando más de una persona ejerce derechos sobre un inmueble en cuotas ideales, lo que significa que cada copropietario ostenta un porcentaje del total del predio, pero nadie es dueño material de una parte del inmueble.

Por otro lado, tener un predio propio determinado y delimitado para explotar libremente, trae mayores beneficios, ante ello, el estado de copropiedad no es imperecedero, así, Avendaño y Avendaño (2019), refieren que la copropiedad tiene la característica de no



ser perpetua, promoviendo su extinción, línea que ha sido adoptada de la institución jurídica denominada comunidad romana, la cual también reconoce la cuota individual de cada persona.

En vista de ello, la copropiedad como institución pasajera es pasible de ser extinguida a petición de uno de los copropietarios lo cual conforme el art. 984° de nuestro Código Civil Peruano obliga además a los copropietarios a realizar la partición. Por otro lado, la partición del inmueble se realiza a través de la permuta, entendida ésta cuando “los permutantes se obligan recíprocamente a transferirse la propiedad de bienes” (Capcha, 2011, p.128), lo que ha sido tipificado por el art. 983° del Código Civil Peruano que dice “por la partición permutan los copropietarios cediendo cada uno el derecho que tiene”. Se entiende entonces que los copropietarios para la partición del inmueble intercambian o permutan sus cuotas ideales o porcentajes entre todos ellos.

En definitiva, terminado el estado de copropiedad, se otorga a cada copropietario una parte material en su porcentaje, y si lo desean, pueden acceder a los Registro públicos - SUNARP para su independización y publicidad, ante esto el art. 58° del Reglamento de Inscripción del Registro de Predios y el Principio de especialidad regulado en el Reglamento General de Registros Públicos, mencionan que la independización es el acto por el cual un predio que previamente se ha partido o fragmentado de uno más grande llamado matriz, pasa a tener su propia partida electrónica, abriéndose un partida electrónica independiente para cada lote subdividido, con lo cual, se pone fin a la copropiedad de manera real y de manera registral.

Con motivo de los párrafos precedentes, está claro la posibilidad que tiene un copropietario de hipotecar su porcentaje del inmueble matriz, en esta línea de ideas, cabe analizar qué ocurre cuando la copropiedad es dividida en fracciones y posteriormente estas



son independizadas cada una con su partida registral independiente, que ocurre con el gravamen constituido por un copropietario; el gravamen sigue la suerte del bien inmueble independizado en el porcentaje que se constituyó, el gravamen se extingue con la extinción de la copropiedad, o simplemente el gravamen se mantiene en la partida del predio matriz.

Sobre la base de lo precedente, diferentes ordenamientos jurídicos han desarrollado y optado en un caso u otro por tratamientos y soluciones disímiles de nuestra legislación, por ejemplo, en el art. 399° del Código Civil Español, se menciona que en el caso que un copropietario hipoteque o grave su cuota ideal, esta estará limitada a sus porcentajes incluso luego de ser dividido el predio, por tanto, los demás copropietarios no serán afectados. En la misma línea de ideas, el art. 2417° del Código Civil Chileno, indica que cualquier copropietario puede hipotecar su cuota ideal, sin embargo, realizada la división del predio, el gravamen únicamente recaerá sobre la porción que se le adjudique a dicho copropietario. Sobre esto último Castillo (2020), al analizar el art. 1344° del Código Civil Chileno, menciona que dicho ordenamiento ha adoptado por una Tesis Declarativa de la partición de bienes, ya que cuando una persona sucede a otra, esta sustituye las partes que le corresponden a su sucesor sin tener relación con las otras. Optándose así por una ficción legal en la cual cada copropietario es dueño exclusivo de su porcentaje incluso luego de la partición.

A propósito de las ideas, conceptos y hechos expuestos previamente, surge una situación particular, controvertida y problemática, la cual expuesta permitirá entender cuál es el problema hallado en la presente investigación. Ocurre que, una persona “X” copropietaria de un inmueble a fin de obtener un crédito hipoteca su cuota ideal, gravamen que se inscribe en un asiento en la partida registral del predio matriz, posteriormente, uno o varios de los copropietarios deciden poner fin a la copropiedad, realizando un procedimiento de división y partición, para que posteriormente cada unidad desmembrada sea



independizada y tenga su propia partida registral; es aquí donde nace el problema, ya que, cuando el registrador apertura las partidas independientes para cada copropietario, este traslada el gravamen o hipoteca desde la partida matriz, no a la fracción o partida registral del copropietario hipotecante, sino a todas las partidas registrales independizadas del inmueble matriz.

Esta situación particular, es, a partir del año 2006 un precedente de obligatorio cumplimiento, por cuanto el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Perú - SUNARP, ha establecido que, “Los gravámenes que afecten la cuota ideal de uno de los copropietarios de un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición”. Por tanto, los Registradores que califican los títulos deben extender el gravamen constituido por una cuota ideal en la partida matriz a todas las partidas independizadas resultantes de la división y partición, disponiendo la afectación con la anotación de hipoteca en el porcentaje hipotecado. Esta disposición se halla señalada en el Segundo precedente de observancia obligatoria contenido en el Pleno XVII publicado el día 23 de mayo del año 2006, sobre la base de las Resoluciones N°133-2002-SUNARP-TR-L y N°262-2006-SUNARP-TR-L.

Posiblemente la razón del porqué del traslado del gravamen a todas las partidas independizadas, tenga sustento en la forma de extinción de la copropiedad en nuestro sistema jurídico peruano, a saber Avendaño y Avendaño (2017), señalan que por la partición del bien, un copropietario cede su porcentaje a los bienes que no se le adjudican, cediendo los otros sus porcentajes al bien que se le adjudica a este, situación que supone que las cuotas ideales se transfieren en la situación en que se encuentran (pp. 103-104-105). Vale decir entonces que, si sobre una cuota ideal pesa un gravamen este se transfiere incluso con aquel, al no existir una parte física y ser parte de un todo.



Por otro lado, conforme el art. 31° y 32° del Reglamento del Tribunal Registral, un precedente de observancia obligatorio es de forzoso cumplimiento, y son guía para la calificación de los títulos presentados, entonces, cabe preguntarnos si lo establecido por el Tribunal Registral, al anteponer el derecho del acreedor hipotecario por sobre el derecho de propiedad de los ex copropietarios afectados por una hipoteca que ellos no constituyeron, es una decisión meritoria.

Verbigracia, la finalidad de los Registros Públicos según Gonzales (2010), es lograr la inscripción de diferentes actos, para así publicitar el contenido de estos y verificar la información que allí consta, entendida como “seguridad jurídica registral”, sin embargo, en el problema planteado se evidencia una indefensión en las partidas de los ex copropietarios, pues se ven perjudicados con la publicidad de un gravamen en sus partidas registrales, perjudicando y limitando el derechos de estos, limitando la explotación de sus bienes, la enajenación, o realización de una edificación, así como el uso y disfrute del bien, ya que, para la SUNARP y para los terceros el predio se encuentra gravado con una hipoteca.

Finalmente, el presente estudio pretende determinar si el traslado del gravamen a las partidas independizadas como consecuencia de una división y partición, tiene un adecuado sustento, y de otro lado, determinar la existencia o no de perjuicios contra los ex copropietarios, estos hechos, a raíz del Segundo Precedente de observancia obligatoria contenido en el XVII Pleno, publicado el día 23 de mayo del año 2006, sobre la base de las Resoluciones N°133-2002-SUNARP-TR-L y N°262-2006-SUNARP-TR-L, cuyo análisis nos permitirá disgregar la vulneración o no de derechos y limitaciones a los copropietarios no hipotecantes.



1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Cuáles son las consecuencias del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros copropietarios, a raíz del segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿El traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal?
- b) ¿Porque se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales?
- c) ¿El sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral no viabilizan una solución adecuada al problema planteado?

1.3. Justificación de la investigación

El presente estudio de investigación que propongo está justificado por las siguientes razones:

1.3.1. Conveniencia

La presente investigación es de importante estudio por tratarse de un problema que amerita utilidad e interés, por cuanto, al haberse determinado bajo precedente registral que *“los gravámenes que afecten la cuota ideal de uno de los copropietarios de un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición”*, este afecta a los ex copropietarios en la explotación de su propiedad, en razón que las partidas registrales de sus predios son afectadas por un gravamen. Por otro lado, es importante



indagar en la preferencia que se le brinda al acreedor hipotecario en contraste con los ex copropietarios, y determinar, que ha llevado al Tribunal Registral a fijar este precedente. Estos hechos son convenientes de estudio por cuanto existen personas vulneradas, lo que será analizado.

1.3.2. Relevancia social

El presente trabajo tiene una importancia social por cuanto pone a disposición de alumnos, académicos y personas relacionadas o no con el derecho, bases de entendimiento y comprensión sobre temas tan importantes como la hipoteca, copropiedad, división y partición, gravamen, y el traslado de este en un caso particular. Lo que va permitir profundizar teorías jurídicas y entender las razones que han llevado al Tribunal Registral a emitir el segundo precedente de observancia obligatoria contenido en el XVII Pleno registral, materias de análisis.

1.3.3. Implicancias Prácticas

Por medio de la presente investigación se sembrará bases de conocimiento que permitirán con la obtención del resultado conocer a profundidad el problema planteado, entendido en la indefensión a la cual están sometidos los ex copropietarios respecto del acreedor hipotecario, ocasionado por el traslado del gravamen constituido por un copropietario en su cuota ideal desde el predio matriz hacia las partidas independizadas de los demás copropietarios. Problema recurrente en la práctica jurídica.

1.3.4. Valor teórico

La presente investigación tiene un valor teórico valioso, ya que de los resultados que se obtengan, se podrá tener un estudio sobre las implicancias dañosas, negativas o no, a los cuales están sometidos los copropietarios respecto del acreedor hipotecario, lo que viabilizará el estudio de diferentes instituciones jurídicas al analizar y comprender al



segundo precedente del XVII pleno del Tribunal Registral. Además, la información que se obtenga servirá para apoyar futuras investigaciones.

1.3.5. Utilidad Metodológica

La presente investigación servirá para que luego de un análisis de variada normativa y doctrina jurídica, así como del Segundo precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral, podamos determinar la existencia de problemas e inconvenientes que se suscitan a raíz del indicado precedente, y sobre la base a este estudio sembrar un escalón a futuras investigaciones que posibiliten las modificaciones jurídicas en caso sean necesarias, lo que en consecuencia permita emitir un nuevo precedente registral sobre el tema de estudio.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Analizar las consecuencias del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros copropietarios, a raíz del segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral.

1.4.2. Objetivos específicos

- a) Determinar si el traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal.
- b) Delimitar por qué se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales.
- c) Establecer si el sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral viabilizan una solución adecuada al problema planteado.



1.5. Delimitación del estudio

1.5.1. Delimitación espacial

El ámbito espacial donde se realizará el estudio está circunscrito a todo el Perú.

1.5.2. Delimitación temporal

La presente investigación tiene como delimitación temporal el año 2022.



CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

2.1.1. *Antecedentes internacionales*

Antecedente internacional N° 01: El primer antecedente de la investigación lo constituye el trabajo académico del año 2015, que lleva como título “La copropiedad y la propiedad horizontal y su análisis en el derecho comparado de Centroamérica, México, Argentina y España”. El autor, José Alejandro Juárez Moreno, quien presentó dicho trabajo de grado para optar el título de abogado por la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, quien arribó entre otras a la siguiente conclusión:

1. El autor menciona en su conclusión número tres que, las legislaciones actuales al igual que en la antigüedad continúan estableciendo a la copropiedad como el derecho que ejercen variedad de personas sobre un mismo bien, con matices diferentes entre legislaciones, siendo lo regulado en Guatemala mediante el derecho de cuotas ideales, poniéndole fin a esta mediante la división del predio, a diferencia de otra donde la división de un predio en copropiedad es inviable.

Antecedente internacional N° 02: El segundo antecedente de la investigación lo constituye el trabajo académico del año 2018, que lleva como título “El Régimen de copropiedad y sus problemas jurídicos”. Los autores, María Gabriela Morillo Chamorro y Gonzalo Lascano Báez, quienes presentaron dicho trabajo como Investigadora Jurídica y como Docente titular respectivamente, por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, quienes arribaron a las siguientes conclusiones:

1. Los autores mencionan en su conclusión número uno que, en el régimen jurídico de copropiedad los copropietarios no tienen una parte física o fáctica el cual les



corresponda únicamente a ellos, sin embargo, tienen derechos sobre su porcentaje, así como en la propiedad, ante este hecho, la naturaleza de esta es meramente transitoria, pudiendo ponerle fin mediante la partición del bien, por otro lado, la organización del mismo está a cargo de todos los copropietarios.

2. Los autores mencionan en su conclusión número dos que, la organización de la copropiedad esta enteramente a cargo de todos los copropietarios, pudiendo dentro de su autonomía dar al inmueble el destino que prefieran, sin embargo, si existiera constricción de opiniones respecto del bien y su partición, necesariamente se tendrá que optar por la vía jurisdiccional.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Antecedente Nacional 01°: El tercer antecedente de la investigación lo constituye el Trabajo Académico del año 2019, que lleva como título “¿A quién deberíamos proteger cuándo se produce el traslado automático de gravámenes a las partidas resultantes de la división y partición, al acreedor o a los ex copropietarios?”. El autor, Almendra Lizeth Gonzalo Uribe, quien presentó dicha investigación para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho registral, por la Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad de Derecho, quien arribó a las siguientes conclusiones:

1. La autora menciona en su conclusión número uno que, la copropiedad, así como la propiedad es también un derecho real, por ello, siendo que ambos tienen la misma naturaleza jurídica, los propietarios tienen los mismos atributos que la ley les otorga, como son la de usar, disfrutar, disponer y reivindicar, por tanto, se entiende que los copropietarios respecto de su copropiedad pueden como cualquier dueño realizar actos en resguardo de sus derechos y los de su propiedad.
2. La autora menciona en su conclusión número dos que, los copropietarios ejercen sus derechos y acciones en forma individual, lo que significa que, aunque el bien



inmueble pertenezca a un grupo de personas, el predio total está determinado en un porcentaje para cada copropietario, sin que ello signifique que cada uno tenga un parte material del predio; esta concepción de porcentajes para cada copropietario nace la comunidad romana, sistema que hemos adoptado.

3. La autora menciona en su conclusión número tres, que el Tribunal Registral ha antepuesto el derecho de los copropietarios por sobre el del acreedor hipotecario, en función que los primeros podrían al momento de dividir y partir el bien, consensuar una treta o artimaña para que se le asigne al copropietario que embargo su porcentaje una unidad inmobiliaria sin mayor caudal de precio que compense el crédito otorgado, por tanto, el acreedor hipotecario vería en ello reducida su capacidad para cobrar su acreencia.
4. La autora menciona en su conclusión número cuatro que, si bien se ha preferido proteger al acreedor hipotecario, no se analiza y no se pone en debate la vulneración que recae contra los demás copropietarios, por cuanto, debemos entender que estos últimos, no gravaron ni hipotecaron sus porcentajes, por tanto, no afectaron sus cuotas ideales, y a pesar de ello, realizado la división y partición del bien, los gravámenes constituidos en el porcentaje de un solo copropietario es trasladado a todas las unidades independizadas y partidas, sin mayor justificación ni análisis.
5. Por último, La autora menciona en su conclusión número cinco que, cuando hablamos de cargas y gravámenes, no nos estamos refiriendo a la misma figura, esto con la finalidad de aclarar que el precedente de observancia obligatoria únicamente hace referencia a los gravámenes que caen sobre el porcentaje de las cuotas gravadas, mas no menciona nada de las cargas, por ello si se pretendiera trasladar una carga a otra partida independizada en aplicación de este precedente,



el mismo podría ser materia de oposición, por cuanto el precedente únicamente habla de gravámenes.

Antecedente Nacional 02°: El cuarto antecedente de la investigación lo constituye Trabajo Académico del año 2013, que lleva como título “División y partición de inmuebles: alcances registrales”. La autora Karina S. Figueroa Almengor, quien presentó dicho artículo como abogada egresada de la Universidad Particular San Martín de Porres, Estudios de Post Grado en Derecho Civil y Comercial en la misma Universidad, quien arribó a las siguientes conclusiones:

1. La autora menciona en su conclusión número uno que, en la copropiedad de un bien inmueble la enajenación del porcentaje de un copropietario no implica cesión de una parte material, sino una parte indeterminada del bien, entendiéndose que todo el bien pertenece a todos. Ya que una vez partido y dividido el bien en copropiedad, recién cada propietario ostentará una parte física de su porcentaje si así lo convienen.
2. La autora menciona en su conclusión número dos que, únicamente se podrá poner fin a la copropiedad mediante la división y partición del bien, lo que se realizará cuando los copropietarios se adjudiquen las unidades exclusivas que les corresponde para cada uno, las que previamente fueron subdivididas e independizadas.
3. La autora menciona en su conclusión número tres que, la partición del bien inmueble, es un mecanismo que las partes utilizar para poner fin a la copropiedad, la cual puede ser a modo convencional o judicial, lo que implica que, por cualquiera de las vías, se determine la parte que le corresponde a cada uno en función del porcentaje que ostenta.



4. La autora menciona en su conclusión número cinco que, el porcentaje que cada copropietario goza dentro de la copropiedad no es un acto que determine una materialización de su porcentaje en una parte física, por el contrario, el porcentaje del cual es privilegiado es únicamente el porcentaje que le permite ejercer facultades como copropietario de todo el inmueble.

2.1.3. Antecedentes locales

Antecedente local 01: El quinto antecedente de la investigación lo constituye Trabajo Académico del año 2021, que lleva como título “Limitaciones registrales derivadas del régimen de copropiedad: caso parcela 82 del distrito de San Jerónimo - Cusco”. Los autores, Gabriela Escobar Cruz y Lorena Ofelia Ponce Morales, quienes presentaron dicha investigación para optar el título profesional de abogados por la Universidad Andina del Cusco, quienes arribaron a las siguientes conclusiones:

1. Las autoras mencionan en su conclusión uno que, cuando en un bien inmueble existe copropiedad, dicho bien inmueble está limitado en cuanto a provechos económicos que se pudiera obtener si este estuviera plenamente determinado, lo que implica que cuando existe copropiedad, los copropietarios son propietarios de toda la cosa, sin determinación física del porcentaje de sus derechos y acciones, esto último, según las investigadoras limita la toma de decisiones para explotar el bien, limita el saneamiento de los inmuebles de los copropietarios, que, si bien es cierto no deberían ejercer legalmente posesión sobre un área determinada, la realidad nacional es que en predios grandes de gran extensión, los copropietarios ejercen posesión de un área determinada, y siendo ello así, por encontrarse en un régimen de copropiedad, es difícil aprovechar el área que ejercen como poseedores y como copropietarios de todo el predio matriz.



2. La conclusión precedente a la que llegaron las investigadoras, guarda una relación próxima con la presente investigación, por cuanto, nos ayuda a comprender que la copropiedad como institución jurídica si bien tiene la injerencia romana de poner fin a esta, también nos conmina a estudiarla por cuanto al ejercer los copropietarios sus derechos en cuotas o porcentajes indeterminados, existen perjuicios como es el traslado de gravámenes a los copropietarios que no afectaron sus porcentajes.

Antecedente local N° 02: El sexto antecedente de la investigación lo constituye el trabajo académico del año 2020, que lleva como título “Formalización e independización de un predio transferido, por derechos y acciones, en el proceso de inscripción registral como protección de los derechos e intereses en el Perú”. El autor, José Crisfian Montes Vargas, quien presentó dicho trabajo para optar el título de abogado, por la Universidad Andina del Cusco, quien arribó a las siguientes conclusiones:

1. El autor menciona en su conclusión número uno y dos que, un predio proveniente de un procedimiento de división y partición que logra la inscripción e independización, tiene mayores beneficios por cuanto, no solo el registro publicita y genera seguridad, sino que, al estar independizado y ser una fracción determinada, este puede ser objeto de disposición, obteniendo mayores beneficios. Contrario a lo mencionado, la inscripción de únicamente acciones y derechos, no proporciona los beneficios ni la seguridad completa que otorga un predio independizado.
2. El autor menciona en su conclusión número tres y cuatro que, la independización de un predio bajo el régimen de copropiedad tiene variados beneficios económicos como la disposición y la constitución de una hipoteca,



además que la independencia promoverá la extinción del régimen de copropiedad y la obtención de una partida independiente.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. *La Propiedad*

Hablar de la propiedad, es hablar de una institución jurídica muy antigua, la cual, a la postre ha llegado a ser una de las instituciones más importantes del derecho contemporáneo, es por ello que nuestra Carta magna del año 1993, en el artículo 2, inc. 16, señala que toda persona tiene derecho a “la propiedad y a la herencia”; ante la importancia que le da nuestra constitución es necesario escudriñar en sus raíces, para con ello permitir ampliar el conocimiento que sobre esta se tiene, para ello, será de utilidad conocer sus antecedentes, conocer a plenitud sus bases y con ello entender la fuente de su concepción.

2.2.1.1. Antecedentes históricos

En épocas pasadas el desarrollo del concepto de propiedad como lo conocemos hoy quizá tenía connotaciones diferentes a las actuales, Rubio (2010), dice que la propiedad ya en tiempos antiguos e indeterminados era practicada por los hombres de aquellas épocas, que, sin saber su concepto hacían uso de lo que hoy conocemos como propiedad, a razón que aquellos hombres hacían suyo los productos que encontraban, cazaban o recogían, siendo primordial conservarlos para su propia y endeble supervivencia. Por su parte Varsi (2019), dice que el hombre antes que conociera el derecho de propiedad, primero hizo suyo los objetos como simple posesión, y como consecuencia de ese hecho y su evolución, le dio un nombre a esa primera aprehensión, ya que toda persona de cualquier condición socio económica, por más mínima que sea, tiene algo que es suyo y propio, que le pertenece únicamente a él.



Ramírez (2017), menciona que, si bien en épocas primitivas cuando el hombre hacía suyo los objetos que necesitaba para sobrevivir, estos actos no son considerados como alguna clase de propiedad, menciona además que, recién el hombre llega a conocer una parte superficial de lo que hoy se denomina propiedad en épocas posteriores, clasificándolas en tres formas de propiedad; la colectiva, la familiar y la individual.

Respecto de la primera forma de propiedad, esta se da cuando los hombres se agrupan en comunidades menores, como tribus o aldeas, y los objetos que en un inicio son usados personalmente pasan a ser objetos del grupo o clan; al mismo tiempo que van creciendo sus comunidades se van haciendo sedentarios y por tanto empiezan a construir edificaciones y objetos diversos, que sin bien aún pertenecen al grupo, ya se pueden ver indicios de propiedad privada en algunos objetos de valor o en las edificaciones (Ramírez, 2017).

Respecto de la segunda forma de propiedad, si bien en esta etapa aún existen rezagos de la propiedad en grupo o colectiva, a medida que se va desarrollando el hombre y las comunidades siguen prosperando y acrecentando, ya se pueden ver rasgos de propiedad en grupos más pequeños; así, será en Roma donde se otorgue propiedad a grupos familiares, limitados por el espacio que usan o ejercen, sin embargo, fuera de este ámbito familiar, las demás tierras aun seguirán siendo colectivas. En este punto se muestra la transición a lo que luego sería conocido como la propiedad individual (Ramírez, 2017).

Respecto de la tercera forma de propiedad, en esta etapa surge la propiedad individual, ya que, a medida que las agrupaciones de personas constituidas en pequeñas ciudades se juntan para fundar Estados más grandes y sofisticados como Egipto, Grecia o Roma, surge la propiedad privada para personas de alto cargo gubernamental y de los pequeños comerciantes y agricultores, sobre objetos de gran valor, propiedades y tierras que cultivar (Ramírez, 2017).



Como se puede ver, la civilización humana ha cruzado diferentes etapas para llegar a desarrollar lo que hoy conocemos como propiedad, en este camino, nuestro ordenamiento jurídico peruano ha seguido, como la mayoría de legislaciones occidentales la línea del derecho romano, siendo esta, la fuente primigenia de nuestro derecho.

2.2.1.2. La propiedad en Roma

Siendo Roma una de las fuentes más importante del derecho de propiedad, esta como tal no era regulada en la misma forma como la conocemos hoy, por ello Huerta (2020), menciona que, lo que hoy conocemos como propiedad los romanos la denominada *dominium ex iure quirititum*, la cual como institución jurídica permitía además recuperar la cosa en caso fuera despojada de ella mediante una acción de reivindicación llamada *rei vindicatio*. En esta línea Varsi (2019), precisa que el *dominium* es el poder absoluto que una persona ejerce sobre una cosa, concepto que en épocas posteriores darán paso a otras instituciones jurídicas como la denominada *propietas* la cual se dará en la época romano-helénica, institución que hace referencia a la pertenencia de una cosa, por otro lado Varsi (2019), amplía al indicar que “en el derecho justiniano, tanto las Institutas como el Digesto utilizaron como sinónimos estos dos términos: *dominium* y *proprietas*” (p. 134).

Por otro lado, Vega (2020), menciona que si bien en el derecho romano el *dominium* otorgaba derecho sobre las cosas, también los romanos pusieron límites a este derecho, en las construcciones, límites de propiedad, el usufructo, la servidumbre, entre otros, a pesar de ello, y respetando los límites, el propietario conocido como *il pater familias* podía ejercer derecho sobre sus propiedades, haciendo uso de una fórmula ya conocida, que según menciona Vega (2019), era el “*uti, frui, habere possidere*, términos que significan uso, disfrute, disposición y defensa de la propiedad” (p. 19).



Así, el *dominium* y la *proprietas*, conocida hoy como propiedad, permitía a las personas realizar todo tipo de actos sobre la cosa, ejerciendo derechos sobre ellos, únicamente limitadas por otras instituciones jurídicas, lo que no desvirtuaba a la persona defender su propiedad dentro del margen que la Ley de aquellos tiempos le otorgaba.

2.2.1.3. La propiedad germánica

En contrapunto con la propiedad romana, es pertinente conocer como era regulada la propiedad en otro sistema igual de importante que el romano, ante ello Ramírez (2017), acota que a diferencia de la propiedad romana la cual en su desarrollo ha tenido una concepción individualista, la propiedad germánica en contraste tenía una concepción comunitaria y social. Lo que implica que la propiedad pertenecía a todos sin diferencias y en beneficio del grupo en su pleno conjunto.

2.2.1.4. La propiedad en la edad media

Luego de la caída del Imperio romano de occidente, las instituciones jurídicas desarrolladas ampliamente durante siglos son resquebrajadas, la sociedad Europea occidental invadida por pueblos provenientes del norte de Europa entrelazan con estos su cultura y sus formas de vida, creándose una nueva forma de propiedad, la cual en un inicio fue impuesta por los pueblos conquistadores sin embargo, posteriormente los pobladores locales y sobre todo las familias más distinguidas van rescatando los usos de la tradición del antiguo imperio romano, lo que a la postre trajo una concepción de propiedad mixta y entrelazada, pero sin una ley que la determine plenamente en los provechos y sus límites (Ramírez, 2017).

Posteriormente, en la etapa de desarrollo feudal occidental de Europa, y finalizada las invasiones bárbaras, las poblaciones comienzan a establecerse fijamente, creándose nuevas unidades políticas, económicas y sociales, pasando de la etapa imperial romana, a



una etapa de reyes y señores, los cuales ejercían dominio sobre una determinada parte del territorio, teniendo bajo su poder el señorío de la tierra que poseían, además de personas a su cargo, es aquí, donde a manera de proteger sus dominios, se crean contratos denominados de feudo, por el cual el rey y otros, otorgaban el disfrute de una determinada extensión de terreno, a cambio de una contraprestación que debía recibir de sus subordinados (Ramírez, 2017).

Consiguientemente Ramírez (2017), precisa que en esta época se crea una suerte de variedad de tipos de propiedad, donde ya no predominaba únicamente la propiedad individualista que se ejercía en Roma, sino que ahora también se vuelve a ejercer la propiedad en comunidad, así mismo se hace extensivo el uso de otorgar tierras para su trabajo por parte del señor feudal y en poca medida por las iglesia eclesiástica; cesión de derecho real, el cual no otorgaba propiedad sino únicamente posesión, goce y/o disfrute. Derechos que posteriormente serían modificados por el transcurso del tiempo, siendo, como indica Vega (2020), los contratos de herencia una de las formas de preservar la propiedad, ya que una vez muerto el vasallo, este tenía que devolver la tierra a quien se la hubo dado, por tanto, el contrato de herencia permitía que los sucesores del vasallo continuarán ejerciendo derechos reales sobre la tierra otorgada a sus familias. Ramírez (2017), sobre el mismo tema indica que con el transcurrir del tiempo las personas de menor categoría podían adquirir los predios del cual únicamente hacían posesión, hechos que, agregado a la creciente vida en ciudades cada vez más grandes, estaba transformando la idea que tenían de sociedad y propiedad.

2.2.1.5. La propiedad en la edad moderna

Ya en el siglo XVI se hablaba de la propiedad como algo que debía ser otorgado a las personas por acuerdo entre ellas, lo que desarrolla pensamientos donde se debatía la desventaja de que la propiedad recaiga en pocas personas, por cuanto el modo tradicional de



preservar la tierra únicamente favorecía al Rey y a los nobles, quienes veían en esa forma de propiedad beneficios por los pagos, tributos y servicios de los cuales eran favorecidos, en contraposición de los pequeños burgueses liberales de la época (Vega, 2020).

Aquellos pequeños atisbos de cambio, se expresaron en gran magnitud en el siglo XVII, donde comenzaron a darse las disputas entre las personas que pretendían el cambio y las que se veían más favorecidas con el sistema actual, se comienza a ver al hombre como individuo capaz, siendo la corriente del racionalismo la que infundiría mayores instituciones de cambio, ello con la finalidad de obtener mayores beneficios económicos, lo que traería medidas para quitarle el privilegio al poder feudal (Vega, 2020).

Encontrándonos en este punto, la Revolución francesa en 1789 marcará un antes y un después no solo para la propiedad, sino para la modificación de todas las estructuras políticas, sociales y económicas. Ramírez (2017), menciona la transición de un estado feudal y monárquico a uno capitalista, lo que traerá reformas en cuanto a la propiedad, quitando el poder de la tierra de los señores a las personas que le dieran utilidad, medida que buscaba la explotación de la tierra y consecuentes beneficios económicos.

2.2.1.6. El Código Civil Napoleónico

Código por excelencia, sin duda es el más influyente y fuente de muchos de los códigos actuales, respecto de este código y como tipificación a la propiedad Ramírez (2007), menciona que dicho código fue aprobado en el año de 1803, por el cual se reguló la definición de dominio, el cual fue extraído de la *Intituta* de JUSTINIANO, lo que se plasmó en el art. 544, cabe mencionar que dicho código regula la propiedad de forma amplia, no solo al describir que es la propiedad, sino también al ponerle límites a la misma, considerando tipos de propiedad, como la privada o pública, así como desarrollar la transmisión vía sucesoria, entre otros; siempre con un carácter liberal.



2.2.1.7. La regulación de la propiedad hasta finales de la guerra fría

Ramírez (2007), menciona que las características legales de la propiedad en el siglo XIX e inicios del XX eran la exclusividad y perpetuidad, características similares a las romanas. Sin embargo, durante casi todo el siglo XX principalmente posterior a la segunda guerra mundial, la incursión del socialismo va proponer una lucha para entender a la propiedad como una función y sistema social, hecho que al final de la guerra fría en 1989 dio como única vencedora a la corriente del liberalismo, otorgando a la propiedad la connotación y condición de privada, por ser justo, legítimo y promover el desarrollo económico.

2.2.1.8. La propiedad en el Perú - época incaica y coloniaje

La gran época inca, en su ocaso y posterior invasión, ocasiono cambios a nivel social, político y economía. Ramírez (2007), expone que en el Perú del Tahuantinsuyo la propiedad no fue conocida, lo que sí había era la posesión de la tierra de forma pública y no privada, por cuanto la reciprocidad y mancomunidad era lo arraigado, existiendo únicamente atisbos pequeños que se asemejaban a la propiedad; este sistema fue materia de radical cambio bajo la fuerza impuesta por los invasores españoles, los cuales se apropiaron de la tierra, otorgándose entre ellos territorios y fundos privados, haciendo de la tierra la explotación de los indígenas a los cuales no se les permitía ejercer propiedad, únicamente eran explotados para trabajarla, sin embargo dicha imposición no cambió los usos de la tierra en el Perú profundo, frente la imposición de un sistema feudal que no arraigó.

2.2.1.9. La propiedad en el Perú – independencia y república

Con la independencia del yugo español y el paso a la época republicana, los legisladores y políticos adoptaron conductas europeas, sobre todo de la Revolución francesa la cual era la continuación más arraigada de la romana, en cuanto a la propiedad nuestra legislación siguió la línea francesa al considerar a la propiedad como un derecho protegido,



por ello, en el nuestra primera constitución de 1823 se declara al derecho de propiedad como protegido e inviolable, línea que se siguió hasta nuestros días con variantes actuales (Ramírez, 2007).

2.2.1.10. La propiedad en la Constitución Política de 1993

Considerada por muchos como una constitución entreguista, esta sigue corrientes contemporáneas de la época, así lo describe Ramírez (2017), al hacer divisar la corriente liberal de esta carta magna, al reconocer en el art. 02 inc. 16 a la propiedad como derecho fundamental de los ciudadanos, entendiendo a la propiedad como como una entidad privada económica y considerándola como piedra angular de producción. Por otro lado, nuestra constitución de su análisis e interpretación, propone limitaciones a la propiedad y diferencias entre derecho público y privado.

2.2.1.11. La propiedad en el Código Civil Peruano

El Código Civil Peruano de 1852 siguiendo la línea del Código napoleónico define a la propiedad o dominio, como el derecho de gozar y disponer de las cosas, por otra parte, el Código Civil Peruano de 1936 hace un listado de los atributos de la propiedad sin específicamente hablar de lo que es la propiedad.

Por otro lado, el Código Civil actual de 1984, en su art. 923 define a la propiedad en los términos siguientes “la propiedad es el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la Ley”.

Respecto del punto anterior Ramírez (2017), precisa que el Código Civil actual define a la propiedad como un poder total que ejerce una persona sobre un bien, indicando que esta tipificación hace alusión a una teoría más moderna de función social, por cuanto no se entiende como una titularidad sino como una facultad, lo cual no implica o desmerece la



privacidad individual de la propiedad, por consiguiente la propiedad sigue siendo base fundamental de la economía y la juridicidad, con las limitaciones que la ley le adjudica y las libertades de su uso, disfrute y reivindicación, observándose así su doble función.

2.2.1.12. Concepto del derecho de propiedad

Para Varsi (2019) “La propiedad es señorío de derecho. Es la base y pilar del sistema jurídico” (p. 268). Así mismo, Vásquez (2013), refiere que la propiedad es un poder amplio y unitario, que engloba vastedad de facultades para el propietario, lo que se traduce en un imperio sobre la cosa, sin que ello implique la no existencia de limitaciones.

Igualmente, sobre la propiedad, Avendaño y Avendaño (2019), considera a la propiedad como la potestad de ejercer un poder casi ilimitado sobre las cosas, lo que se ve reflejado en las facultades que goza la persona sobre el bien, soberanías que el Código Civil Peruano le atribuye, sin que ello comprenda un *números clausus* a sus atribuciones.

Para, Huerta (2020), la propiedad lleva en sí misma un carácter totalitario de atribuciones para el propietario, así también lo plasmaron los glosadores, como atribuciones de dominio, lo que deviene en un poder jurídico absoluto de la cosa.

De igual forma, para Gonzales (2010), la propiedad es una garantía otorgada a las personas que permite dignificarnos, lo que debe ser considerada como un medio y no un fin, siendo ello así, su explotación y saneamiento debería ser prioridades que nos permita mejorar las condiciones de vida.

Como corolario, Vega (2020), concibe a la propiedad como el derecho real por excelencia, precisando que cuando se habla de esta nos referimos a un poder absoluto, debemos entenderlo en el sentido que, sobre el inmueble o bien, los terceros no pueden



ejercer poder ni intervención sobre el mismo, únicamente la persona que está facultada para explotarla en su desarrollo.

2.2.2. La Copropiedad

Siguiendo la línea evolutiva de la propiedad, es igualmente necesario realizar una exploración de los antecedentes y la naturaleza de la copropiedad, para sobre la base de ello determinar su funcionamiento y sobre todo su entendimiento jurídico para el tema de estudio.

2.2.2.1. En el derecho germánico

Como bien se detalló en el subcapítulo de la propiedad, en el antiguo derecho germánico no se concebía a la propiedad de forma individual, sino por el contrario, este tenía una connotación colectiva, Ramírez (2017), indica que antiguamente en el derecho germánico la propiedad se ejercía de forma comunitaria, lo que implicaba que el derecho de propiedad era ejercido por un grupo común de personas, es decir, la disposición de dicho inmueble era ejercido por el grupo en común y no de forma parcial o individual.

Del mismo modo, y en contraposición a la doctrina romana, Ramírez (2017), precisa que en Alemania se originó y se dio la denominada modalidad comunitaria de la propiedad conocida como, en mano común, y no la comunidad por cuotas romana. En cuanto a la copropiedad como término conocido por las legislaciones actuales, en Alemania dicho término no es empleado en ese sentido, sino que es conocido como “comunidad” y se refiere cuando un derecho atañe a distintas personas en común.

2.2.2.2. En el Derecho Romano

Contrario a la doctrina alemana, y siguiendo la línea explicada en el subcapítulo referente a la propiedad, la copropiedad fue concebida de forma individualista, Gonzales (2010), menciona que la comunidad es una forma que limita el desarrollo económico, por lo



cual se ve como una institución la cual no debe ser indeterminada, sino al contrario sea pasible de división. Así mismo, hace entrever que la comunidad tiene rasgos que producen conflictos, en contraposición la copropiedad romana favorece la salida del copropietario, y la disposición del porcentaje que una de las personas ostenta en la copropiedad, denominado cuota ideal. Estos hechos permitir ejercer a los copropietarios vastedad de derechos y facultades sobre su cuota o porcentaje. Ramírez (2017), menciona que, en los inicios del derecho romano o primitivo, existía una figura similar a la comunidad germánica, hecho que evolucionó hasta llegar a la copropiedad; institución por la que se entiende cuando todas las personas que ejercen derecho sobre un bien, tienen también derechos individuales sobre el porcentaje que les corresponde en la cosa.

En pocas palabras, la copropiedad “por tradición escolástica. Llámesele indistintamente comunidad por cuotas, comunidad por partes. En esta lo esencial es la unidad del objeto frente a una pluralidad de sujetos” (Ramírez, 2017, p. 567).

2.2.2.3. La copropiedad en la modernidad

La copropiedad como la mayoría del derecho occidental tiene influencia y nacimiento en el derecho romano, el cual ha sido rescatado por el Código napoleónico, Ramírez (2017), menciona que el Código Civil francés no legislaba lo que conocemos como copropiedad, lo cual no ha sido impedimento para que juristas a través de la doctrina y jurisprudencia le den un amplio desarrollo sobre la base del derecho romano y la comunidad de herederos por fallecimiento del causante.

2.2.2.4. La copropiedad en el derecho peruano

Esta institución jurídica, fue regulada en los códigos civiles de 1852, 1936 y la aún vigente de 1984, con una connotación diferente a la sociedad de gananciales o la comunidad de herederos.



A consecuencia de la diferente connotación y delimitación que se le otorga a la copropiedad, se debe conocer los antecedentes e instituciones de similar parentesco, para con ello conocer su función y sus límites, por ese motivo es adecuado el estudio de los institutos que comparten un lazo con la copropiedad.

2.2.2.5. Condominio, Comunidad y Sociedad

Siguiendo la predisposición romana de poner fin a la copropiedad, existen diferentes institutos como antecedentes de la copropiedad, no obstante, cada uno tiene diferentes funcionamientos y definiciones. Sobre la copropiedad Álvarez (2017), precisa que esta tiene raíz en roma, donde al fallecimiento de una persona los herederos pasaban a suceder a su padre, formándose una *comunidad* entre hermanos, siendo posiblemente los derechos que ejercían sobre la herencia el inicio del concepto de cuotas. Se Menciona además que:

La construcción de un concepto más amplio de comunidad se hace por medio de una ficción: *Gaio, ad exemplum fratorum*, “como si fueran hermanos”; surge así la *societas* clásica como ficción de comunidad similar al *consortium —fratorum societas—*, necesidad de división para la liquidación, reparto de ganancias, asunción de gastos, y carácter infamante de la condena. (Álvarez, 2017, p 157)

De esto resulta necesario decir que, la comunidad pasa a una ficción de sociedad, la cual es el antecedente del *consortin*, esto último García de Tiedra (2011), lo define como la propiedad indivisa sobre las cosas del difunto, lo que forman el antecedente del condominio, lo que se concibe simplemente como, dueños o socios del derecho que le corresponde a cada uno de ellos.

2.2.2.6. Comunidad

Ramírez (2017), precisa que, si bien comunidad, condominio y copropiedad se consideran lo mismo, esto no es así, menciona que nuestra legislación adoptó el término



copropiedad, dejando claro sin embargo que la denominación de comunidad abarca un espectro más amplio, consignándosele como el género y a la copropiedad como la especie.

El mismo autor, refiere que existe variada legislación que ha adoptado el término comunidad cuando se habla de copropiedad, es el caso del art. 392 del Código Civil Español que menciona que “Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas” (Ramírez, 2017, p 554). Se entiende entonces que la comunidad no se limita a aspectos de inmuebles sino también a derechos.

Del mismo modo Ramírez (2017), amplía diciendo que la herencia es un claro ejemplo de comunidad, al abarcar no sólo a bienes sino también a derechos, para ejemplificar aún más, analiza la Casación N° 3948-2010 de la Libertad, por la cual se concluye que, en un concubinato, al concluir este, las partes no son copropietarios de los bienes del concubinato, sino que, demostrado la unión de hecho, esta se regula por la sociedad de gananciales, lo que significa que las cosas pertenecen a las sociedades y no a las personas. Finalmente, precisa que la comunidad abarca temas personales como reales, por el contrario, la copropiedad se limita a temas de bienes materiales.

2.2.2.7. Definición de copropiedad

Nuestro Código Civil peruano de 1984 en el art. 969 define la copropiedad en los siguientes términos “hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”. Para Gonzales (2010), esta tipificación obedece a que nuestra legislación ha seguido la corriente romana de la comunidad, donde el bien está dividido por cuotas para cada persona, los cuales pueden ejercer derechos propios en sus porcentajes, apartándose del concepto de bien común donde no se observa una división sobre los porcentajes, sino que es ejercido en grupo.



A saber, sobre la propiedad y la copropiedad Avendaño y Avendaño (2019), aclara que en la propiedad únicamente existe un único personaje que ejerce poderío sobre el bien, precisando que para que la copropiedad exista debe haber más de una persona que entre ambos ejerzan poder sobre la cosa o propiedad, denominándose a este hecho copropiedad. Aquí el autor menciona igualmente que nos encontramos ante un tipo de comunidad como lo sería un edificio con propósito de disfrute y gananciales o la sociedad de bienes en el matrimonio la cual se asemeja a la comunidad germánica.

De forma similar, Vásquez (2013), detalla que existe copropiedad cuando el bien no se ve afectado en su unidad de objeto, sino que es el derecho en que se divide o fracciona, lo que posibilita que las partes de los copropietarios puedan ser iguales o muy desiguales, por tanto, la cuota que cada uno goce se traduce en una parte indeterminada del bien común. El indicado autor como otros tantos, deja en claro que la copropiedad es pasajera ya que esta tiene su germen y tendencia en la exclusividad.

En vista de lo anterior Arata (2016), igualmente describe la línea romana de la comunidad, precisando la división entre todas las personas que son parte del bien, donde cada una ejerce derechos únicos o propios más allá de la unidad del bien, poniéndose límites uno respecto del otro en el porcentaje o cuota que les corresponde, por otro lado, todos los copropietarios en conjunto también ejercen una unidad de poder sobre el total del bien, sin que ello implique que las cuotas pierdan su autonomía por estar dentro de algo mayor, pudiendo por ello ejercer derechos de disposición o gravamen.

Así también, se sabe que la copropiedad tiene como inexorable su extinción, ante ello Torres (2016), menciona que “El estado de indivisión es el sustento de la copropiedad, sin el cual no existe copropiedad. Este estado termina con la partición del bien” (p. 21). Es decir, será la división del bien común lo que ponga término a la copropiedad. Torres (2016),



expone además que cuando en una edificación o edificio no se ha resuelto acogerse a uno de los mecanismos que permita conocer las parte comunes y privadas, las personas seguirán conviviendo en un estado de copropiedad por cuotas, extendiéndose sus derechos en el porcentaje que les corresponda a cada una de las partes del bien, sin que se determine una parte real o material. Por tanto, aclara que no habrá copropiedad cuando dos bienes inmuebles pertenezcan a personas diferentes.

2.2.2.8. Constitución de la copropiedad

La copropiedad como todo en la vida tiene un inicio o nacimiento, para Ramírez (2017), muchas son las causas que originan una copropiedad, pudiendo conformarse por voluntad entre las partes, judicialmente y legalmente, por tanto, tenemos que la copropiedad puede nacer a través de contratos, testamentos, sociedad conyugal, por la existencia de medianeras, cuando los bienes se entremezclan, cuando es adjudicado a más de una persona mediante subasta ante el poder judicial, entre otros mecanismos.

2.2.2.9. Aspectos característicos de la copropiedad

Como toda institución jurídica, existen aspectos que competen únicamente a la copropiedad, dentro de ese espectro podemos encontrar a la unidad de objeto, la pluralidad de sujetos, los límites de su potestad y la división de derechos entre los copropietarios.

Ahora bien, en cuanto a la cantidad de sujetos que pueden ejercer derechos en una propiedad Ramírez (2017), describe la posibilidad de coexistencia de más de una persona sin que ninguna norma especifique un límite; por otro lado, la unidad de objeto se entiende cuando los copropietarios ejercen potestad sobre un bien o varios bienes, teniendo siempre la característica de que cada bien tenga variedad de personas copropietarias, conforme esto último, también se menciona que los derechos deben recaer sobre bienes muebles o inmuebles.



Finalmente, es importante determinar que uno de los caracteres más importantes además de los ya mencionados es la denominada cuota ideal o porcentaje, tanto es su importancia que el mismo necesitara ser estudiado por separado

2.2.2.10. La cuota ideal

Para Avendaño y Avendaño (2019), la cuota ideal no es más que la representación de los derechos de los cuales es potestativo cada copropietario, del mismo modo Álvarez (2017), refiere que la cuota está determinada como el porcentaje que cada copropietario ejerce sobre el bien, entendiéndose que este porcentaje representa la futura fracción que derive de la partición. Ampliando estos conceptos Ramírez (2017), menciona que esta división en cuotas determina que los copropietarios no gozan en sus porcentajes de una representación física, así, lo que caracteriza a la copropiedad es la indeterminación de una parte material respecto de sus cuotas, entendiéndose que todo el bien pertenece a todos, sin que nadie sea dueño único de algo.

Finalmente, el art. 977 del Código Civil Peruano de 1984 dice que “Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos”. Se entiende que los porcentajes tienen autonomía de ser dispuestos y explotados, a pesar de encontrarse en copropiedad, lo que más adelante se ampliará.

2.2.2.11. Derechos y relaciones en la copropiedad

Gonzales (2010), precisa que en la copropiedad se establecen una variedad de circunstancias jurídicas personales, de crédito y sobre todo referidas al inmueble, por lo cual esta va ser concebida como fuente de obligaciones y derechos, necesitando por ello un marco de regulación y convivencia mientras la copropiedad este vigente. Expuesto esta situación, se pasa a desarrollar los derechos más importantes en la copropiedad:



2.2.2.12. Usar

Este Derecho está codificado en el art. 974 de nuestro Código Civil vigente, por el cual se ha estipulado que los copropietarios pueden usar el bien en común, sin que se altere su destino o se perjudique el derecho de los demás copropietarios, si por el contrario el uso es limitado por algún copropietario, un juez podrá regular el uso debido. Para Gonzales (2010), el uso que los copropietarios hagan del bien puede realizarse mediante acuerdos entre los copropietarios, pudiendo aprovechar zonas específicas del bien, sin que esto tenga repercusión para los terceros, sobre las partes específicas.

Sobre el mismo artículo, Vásquez (2013), refiere que ningún copropietario podrá ser dejado fuera del uso del bien, así mismo, y en conformidad con el inc. 1 del art. 971 del mismo cuerpo legal, nada impide que el uso por un copropietario se realice sobre todo el bien sin previa autorización. Sobre esto último Arata (2016), refiere que el uso que se le da a la copropiedad por un copropietario se hace en función de respetar y no perjudicar, ni el bien ni el derecho de los demás, se entiende como un uso solidario, siendo que el uso que se hace es de forma total sobre el bien, y no sobre el porcentaje que este ostenta en la copropiedad.

Por otro lado, el art. 975 del Código Civil vigente precisa que “el copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarlos en las proporciones que les corresponda”, por lo tanto un copropietario que hace uso del bien sin la participación de los demás debe retribuirlos, Avendaño y Avendaño (2019), menciona que no habrá exclusión si el copropietario hace partícipe a los demás del uso del bien y estos no hacen uso del bien o no quieren, en este caso no existirá exclusión, ya que existe desinterés de los demás copropietarios, agrega además que, si el copropietario que hace uso del bien realiza una inversión, esta deberá ser compensada pero igualmente también deberá indemnizar a los otros copropietarios.



Para concluir, Ramírez (2017), menciona que, en caso de uso exclusivo de la copropiedad, este no será declarado nulo o inválido, sino que el mal uso de este o aprovechamiento solitario dará como resultado un pago proporcional de indemnización, por ello, si alguien hace uso indebido o a espaldas del otro u otros copropietarios deberá retribuir en forma proporcional, convirtiéndose esto en una obligación del beneficiario para con sus análogos.

2.2.2.13. Disfrute

El art. 976 del Código Civil Peruano de 1984 menciona que “El derecho de disfrutar corresponde a cada copropietario. Estos están obligados a reembolsar proporcionalmente los provechos obtenidos del bien”. Comprendemos entonces que el disfrute lo puede ejercer cada copropietario, caso contrario, aquel que sea excluido será indemnizado en el porcentaje que le corresponde.

Sobre el disfrute de la cosa en la copropiedad Arata (2016), indica que esta va de la mano del uso que se le da a la cosa, siendo la característica principal la de obtener una ganancia, lo que significa que los actos que se desarrollen pueden ser de índole material o legal como consecuencia del derecho que ostenta, lo que le permitirá ejercer trabajos o la explotación del mismo, lo que traerá como resultado la obtención de rendimientos, rentas y utilidades. Menciona además que, incluso en el caso que por el uso y disfrute de la cosa no se obtenga ganancias, estas igualmente constituyen actos de disfrute.

2.2.2.14. Ejercicio de las facultades de disfrute

Los copropietarios para el ejercicio de disfrute de la cosa pueden hacerlo bajo acuerdos convenidos y en otros por discrepancias del uso y disfrute, Arata (2016), menciona que en el primer caso uno de los copropietarios puede hacer ejercicio de uso y disfrute de la cosa sin que los demás copropietarios se lo impidan, existiendo en ello una aceptación tácita,



ello quizá como consecuencia de realizar acciones que permitan que el bien produzca una renta o simplemente que el bien no se pierda por la inacción de ningún copropietario; en el segundo caso de discrepancia, para el uso que se le da a la cosa y el consiguiente disfrute, se tendrá que llegar a instancias jurisdiccionales para que se nombre un administrador o se llegue a tomar acuerdos comunes, ya que los copropietarios tiene diferentes propósitos para el bien.

2.2.2.15. Acuerdos de explotación

Arata (2016), precisa que cuando existe desavenencia entre los copropietarios, esta debe ser resuelto en conformidad con el art. 971 del Código Civil Peruano, que precisa que las decisiones sobre el uso, disfrute y disposición que se le dará al bien deberá ser tomado por mayoría absoluta o por acuerdo unánime de los copropietarios, en cuanto a la mayoría absoluta esta será de acuerdo al porcentaje de los copropietarios, y en caso de empate será el juez quien decida. Si bien cabe la posibilidad de que la opción de la minoría pudiera resultar más favorable que el de la mayoría, esta no tendría mayor relevancia ya que esta forma de decisión se funda en una decisión de la mayoría democrática.

2.2.2.16. Designación de un administrador

Para el nombramiento de un administrador Arata (2016), menciona que este cargo será designado a un tercero o a uno de los copropietarios, a consideración del acuerdo mediante elección, caso contrario será el juez quien decida.

2.2.2.17. Facultad de disfrute de acuerdo a las cuotas ideales

Según Arata (2016), en la adquisición de frutos provenientes de la explotación del bien, es de gran importancia las cuotas ideales que cada copropietario ostenta, lo que se entiende que el rédito que obtenga cada uno será en proporción a la cuota que estos ejerzan. Así, obtenidos los beneficios estos no serán entregados físicamente en la proporción que



cada uno tenga en su cuota ideal, sino que los bienes pertenecen indeterminadamente a la copropiedad, por lo cual, recién, luego de un acto de reparto del fruto, podrán ser adjudicados a cada copropietario en proporción de sus porcentajes. Esto último sigue la línea que precisa que en la copropiedad no existen partes materiales de las cuotas ideales.

2.2.2.18. Disposición

Sobre la disposición en copropiedad, cabe mencionar la semejanza de disposición entre la propiedad y copropiedad, ya que “el legislador establece que el copropietario no solo tiene el derecho de uso y de disfrute del bien, sino también el derecho de disponer (*ius abutendi*), lo que significa enajenar y gravar su cuota ideal” (Ramírez, 2017, p.575).

En este caso de copropiedad, la disposición por un copropietario según Ramírez (2017), es un derecho de doble vertiente, por un lado, se tiene a la cuota ideal única y soberana sobre el copropietario, el cual puede hacer uso de ella casi ilimitadamente, incluso gravarla o venderla y por otra la del bien común, la cual es limitada por el conjunto mismo de copropietarios, salvo pacto entre ellos.

Así, sobre la disposición de la cuota ideal y sus frutos el art. 977 del Código Civil Peruano vigente menciona que “Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos”. Este artículo manifiesta claramente que la venta o disposición del porcentaje que a cada copropietario le corresponde puede ser vendida, incluso ser gravada.

En síntesis, lo regulado por el Código Civil Peruano, concede al copropietario un derecho indiscutible sobre su cuota ideal para hacer con ella todo lo que la ley no le prohíba.



2.2.2.19. La cuota ideal como bien propio disponible

Cuando hablamos de copropiedad es fácil determinar la existencia de dos derechos conexos, uno referente a la cuota ideal o porcentaje y otro que pertenece al grupo común, comunidad, colectivo o conjunto de los copropietarios. Para el caso que nos compete, según Arata (2016), precisa que existen derechos, obligaciones y cargas tanto para las cuotas ideales como para el bien común, en cuanto al origen de las cuotas ideales estas por su regulación tienen una semejanza con el derecho romano individualista, es por ello que nuestro código civil trata a la cuota ideal como un bien negociable, lo que supone una esfera individual dentro de una más grande, siendo una expresión del poder de cada copropietario, de poder ejercer su libertad y de hacer con ella lo que mejor le convenga.

2.2.2.20. Disposición de la cuota ideal

Para empezar, la cuota ideal se entiende como “una doble proyección, como porcentaje de participación (“quantum”) en el bien común, sea en los gastos o en los beneficios, y como derecho real de carácter individual, enajenable e hipotecable” (González, 2010, p. 510).

Arata (2016), define a la cuota ideal como el porcentaje que cada copropietario tiene y ejerce en la copropiedad, lo que es reconocido como un bien en sí mismo, lo que como consecuencia trae que una vez transferido este porcentaje, el nuevo propietario entrara en la misma posición que el transferente (expropietario), por otro lado, transmitir el bien o porcentaje es también transferir obligaciones y responsabilidades más que solo el porcentaje, lo que implicara entrar en la posición del vendedor, con las responsabilidades que le correspondan.

Igualmente, Arata (2016), precisa que una de las formas de adquirir una cuota ideal es la enajenación, la cual se realiza de forma consensuada entre las partes, asumiendo el



nuevo copropietario la cuota en la situación que se encuentre, igualmente se puede adquirir la cuota de manera forzosa a través del remate de una cuota, ello a consecuencia de un embargo originado por una hipoteca o garantía mobiliaria.

Finalmente, sobre la disposición de la cuota ideal, en palabras de Avendaño y Avendaño (2019) “cada copropietario puede disponer de su cuota como le parezca. Puede venderla, darla en usufructo o gravarla, sin limitación alguna y sin necesidad de consentimiento de los demás copropietarios” (p. 97).

2.2.2.21. Constitución de gravamen por cuota ideal

Se ha mencionado en párrafos precedentes que la libertad individual de los copropietarios respecto de sus cuotas es amplia, lo que permite de entre muchas de sus facultades disponer o gravar las mismas, siendo ello así, los copropietarios a fin de sacar beneficios a sus cuotas, pueden y son capaces de gravar los mismos como bienes individuales, lo que les faculta poder constituir una hipoteca sobre sus porcentajes, así lo menciona también Arata (2016) cuando refiere que “el copropietario puede hipotecar, constituir una garantía mobiliaria o constituir algunos derechos reales de goce sobre cosa ajena” (p. 55).

Consiguientemente, el art. 977 del Código Civil Peruano, faculta a los copropietarios a poder gravar sus cuotas ideales, al respecto Arata (2016), precisa que es posible la constitución de derechos de usufructo, así como de hipoteca siempre y cuando este pueda inscribirse, como requisito de validez. Estando a lo precedente, los acreedores en caso no se satisfaga la obligación constituida por una hipoteca o por otro acto de gravamen, pueden afectar el bien a través de un embargo, lo que tiene implicancias con el art. 646 del Código Procesal Civil Peruano que dice “Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado”.



2.2.2.22. Sobre el destino del gravamen

Sobre este punto vale determinar qué es lo que ocurre cuando se pone fin a la copropiedad mediante la partición del inmueble, y previamente se ha constituido un gravamen, en este sentido Arata (2016), precisa que las legislaciones extranjeras se han dividido en dos vertientes para determinar la naturaleza jurídica de la partición del bien inmueble, existiendo así, la tesis declarativa y la tesis constitutiva; respecto de la primera, esta hace referencia a que el inmueble o fracción adjudicado a un copropietario siempre le hubo pertenecido, lo que hace suponer que la copropiedad nunca existió, por el contrario la segunda tesis se entiende cuando la copropiedad es extinguida mediante la reciprocidad de sus porcentajes entre los copropietarios, siendo esta última la tesis practicada por nuestra legislación

Por otro lado Arata (2016), precisa además que, existen dos momentos para hacer efectivos las garantías constituidas, la primera antes de la partición y la segunda después de la partición, respecto de la primera, el acreedor hipotecario podrá entrar a ocupar el lugar del copropietario ejecutado o embargado, en el segundo caso, pueden suceder dos situaciones, la primera situación, que la hipoteca subsista sobre la porción que se hubo adjudicado al copropietario o se extiende a toda la integridad de la copropiedad, en la segunda situación es que, si no se le adjudica ningún bien al copropietario, la hipoteca se extingue por la ficción legal de la tesis declarativa de la copropiedad.

2.2.2.23. El gravamen en la teoría constitutiva

Si bien nuestra legislación posibilita y viabiliza gravar un porcentaje o cuota ideal por un copropietario, no existe mayor enunciado sobre el mismo en nuestra normativa peruana, sin embargo, de revisado el art. 983 del Código Civil Peruano de 1984, se puede advertir que nuestra legislación ha optado por una tesis traslativa o constitutiva para la extinción de la copropiedad, Arata (2016), menciona al respecto que, la copropiedad siempre



existió, por tanto, los efectos de la partición no tienen efectos retroactivos como lo sería una tesis declarativa.

Gonzales (2010), añade que nuestra legislación ha optado por una tesis constitutiva sobre la traslación de un gravamen constituido por un copropietario en su cuota ideal, señalando que los gravámenes se trasladan a todas las partes integrantes resultantes de la división y partición

2.2.3. La Partición

La partición o división y partición, que para el caso son lo mismo, están regulados en el inc. 1 del art. 992 del Código Civil Peruano de 1984, el cual es uno de los mecanismos de extinción de la copropiedad. La partición de la copropiedad se trata de dar a cada copropietario la parte que resulte correspondiente de la división del inmueble, para Ramírez (2017), la partición es un concepto que va muy cercano a lo que es la división, pues es otorgar a los copropietarios un aparte que en un principio era indeterminada en determinada, convertir el porcentaje o cuota ideal en un área real o material.

Ramírez (2017), comenta además que la partición es un acto el cual puede realizarse de forma judicial o extrajudicial, teniendo en ambos casos la finalidad de otorgar una parte material al porcentaje que cada copropietario ostenta en el bien,

En el mismo sentido Avendaño y Avendaño (2019), refiere que la copropiedad en la línea de la tradición romana, esta no es perpetua, y que, con el objetivo de poner fin a este estado de indivisión se otorgará una parte determinada para que esta sea fija, así también precisa que la partición es un acto de permuta por el cual cada condómino concede su porcentaje por la otorgada por los demás.



En la misma línea, la partición es un derecho que puede ser ejercido por cualquier copropietario o un tercero que tuviera derecho, como podría ser un acreedor, tal como lo precisa el art. 984 de nuestro Código Civil Peruano de 1984.

Finalmente, la partición como institución jurídica, así como lo antes precisado, ha sido recogido por nuestro Código Civil Peruano de 1984, el cual en su art. 983 menciona que “por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican”. Redacción que sustenta la tesis constitutiva de extinción de la copropiedad al utilizar la permuta como medio de extinguir la copropiedad.

2.2.3.1. Naturaleza jurídica de la partición en la copropiedad

Como toda institución jurídica, la partición de la copropiedad tiene diferentes posiciones o teorías sobre cómo debe ponerse fin a esta, al respecto existen dos enfoques sobre la extinción del mismo:

a) *Teoría declarativa*

Para Ramírez (2017), el otorgamiento de la parte material se da de conformidad con el porcentaje que cada copropietario ostentaba, lo que significa dar una parte real que previamente ya existía o de la cual el copropietario ya era “poseedor”, ante ello el derecho ostentado en un porcentaje se concretiza en algo físico, se otorga o reconoce la parte física que siempre le hubo correspondido al propietario, en este entender, no se realiza ninguna transferencia o permuta sino un reconocimiento de propiedad material que siempre existió. Esto se traduce en que cada copropietario es receptor de una parte física que siempre le correspondió, diferente a decir que le tocó una parte respecto del predio mayor. De manera que, la teoría declarativa considera que en la partición cada copropietario es dueño de una



fracción material y real, ya que nunca tuvo derechos sobre el bien matriz, se hace uso por tanto de una ficción legal al momento de otorgar la fracción física.

Sobre la teoría declarativa Gonzales (2010), precisa que los defensores de esta “sostienen que la partición no produce ninguna transmisión de derechos, sino que se limita a declarar o fijar, es decir, dar certeza ("accertamento") a la situación interina de cada copropietario” (p. 515).

Ramírez (2017), refiere que para la legislación francesa “la partición no es más que una operación de carácter distributivo y declarativo” (p. 596), por tanto, los copropietarios siempre fueron propietarios de una parte determinada, considerándose dicha práctica una ficción legal.

b) Teoría constitutiva

Jurídicamente para nuestra legislación la partición sigue esta teoría de extinción de la copropiedad, lo que se desprende de lo regulado por el art. 983 del Código Civil Peruano de 1984, el cual manifiesta que “Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican”.

Sobre esta teoría Gonzales (2010) indica que esta “es una transmisión de derechos que se producirá desde el grupo de copropietarios hacia aquél, de ellos que después de la división resulte propietario de cada porción del bien, o de todo el bien, o del precio compensatorio” (p. 515).

Agrega Ramírez (2017), mencionando que en Roma la teoría predominante era la traslativa la cual finalizaba con el intercambio de partes indivisas entre los copropietarios, por tanto, cada propietario era copropietario en porcentajes de todo el inmueble, lo que



quiere decir que eran participes en determinados porcentaje o parte del total. El mismo autor además refiere que, en El Digesto la partición se hacía por pacto de permutación, por tanto, está finalización de la copropiedad era un acto conmutativo. Para sintetizar, debo mencionar que esta tesis es la que sigue nuestra legislación, siguiendo la tendencia de nuestros códigos de 1852 y 1936.

En resumen, como bien se ha indicado, cuando existe copropiedad, nadie de los copropietarios es dueño material de una parte determinada, sino que todos son dueños de todo el bien inmueble en porcentajes correspondientes a cada uno. Esta forma de extinguir la copropiedad conforme Palacio (2005), corresponde a una tesis constitutiva de extinción de la copropiedad, por la cual el porcentaje que cada uno de ellos tenía, nunca estuvo representado en una parte física del bien, sustentado así en el art. 983 del Código Civil (pp. 06-07). A este hecho, el gravamen que se constituyó sobre el porcentaje de un copropietario no está determinado en algo material, sino que este gravamen es indeterminado, transmitiendo el porcentaje gravado en la misma proporción a cada unidad independizada. Así, por ejemplo, cuando se realiza un gravamen sobre una cuota ideal de 20%, posteriormente realizada la independización y partición, dicho gravamen se transfiere a cada unidad independizada, afectando el 20% del total de sus propiedades, por cuanto los copropietarios se hicieron mutua gracia o permuta entres sus porcentajes.

2.2.3.2. Teoría declarativa en la legislación comparada

a) *España*

Sabemos que la teoría declarativa constituye que la división del predio se entiende como un acto retroactivo, lo que significa que los actos que lleven a realizar los copropietarios están condicionados por el resultado definitivo de la partición. Esto está plenamente legislado en el ordenamiento español, sustentándose esta teoría en el art. 450 del



Código Civil Español que dice “Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión”. El artículo mencionado considera a la posesión del copropietario posterior a la partición como una continuidad de la anterior, y no como si fuera una nueva posesión.

Así también, respecto a la constitución de una hipoteca sobre una cuota ideal en la copropiedad vigente, la parte final del art. 399 del Código Civil Español menciona que “Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad”. Dejando están redacción claro que el gravamen únicamente se mantendrá en la parte determinada que se adjudique al copropietario, como bien lo precisa la teoría declarativa de reconocer que la propiedad del copropietario siempre le perteneció, por tanto, no existe permuta de porcentajes entre ellos.

Así también lo precisa Pérez (2018), mencionado que, el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

b) Chile

Siguiendo la tesis declarativa de la extinción de la copropiedad por partición del bien, el Código Civil de Chile fija que el fundamento de la ficción, está expresamente establecido en la norma, concretamente en el inc. 2 del Art. 1344 el cual precisa que, “Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena”. Por tanto, se entiende que el fundamento para acoger esta postura, es proteger a los comuneros de los posibles actos de enajenación o gravamen realizados por los otros copartícipes.



Consiguientemente, el hecho precedente, enlazada a la regulación de la hipoteca de cuota en el inciso 1 del Art. 2417 de su Código Civil, precisa que “El comunero puede antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota, pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca”. Esto da como resultado la protección de los otros copropietarios que no gravaron su parte o porcentaje.

c) *Argentina*

En cuanto a la teoría que La Argentina ha adoptado, Castillo (2020) afirma lo siguiente:

Lo propio sucede con la legislación argentina en donde se considera que si el acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca mientras está vigente la copropiedad, es decir, antes de la partición, entonces la ejecución se realizará sobre la parte indivisa del copropietario. Empero, si la partición se realiza antes de la ejecución, entonces la hipoteca quedará sin efecto si el inmueble, o parte física de él, no es adjudicada al copropietario-deudor.

En resumen, en los sistemas jurídicos en donde la partición tiene naturaleza declarativa, a saber, Chile, Argentina entre otros, en el caso la partición se realizará antes de la ejecución de la hipoteca, ésta quedará sin efecto, si el inmueble no es adjudicado al copropietario que a la vez se constituye en deudor hipotecario. Ello por el sencillo efecto declarativo de la partición, merced al cual, al crearse la ficción jurídica de que el adjudicatario siempre fue propietario, se tiene que el titular de la cuota hipotecada no era tal. Es decir, no era propietario, razón por la cual la hipoteca deviene caduca (Chile) y sin efecto (Argentina). (p.

10)



Como se puede apreciar, la teoría declarativa en sistemas jurídicos cercanos al peruano, han adoptado la teoría declarativa como forma de regular la extinción de la copropiedad en la partición del bien, lo que supone otro tipo de mecanismo a la hora de repartir el bien y/o ejecutar algún gravamen que se haya constituido sobre el mismo.

2.2.3.3. Efectos de la partición

Se ha explicado ampliamente que la partición de un bien inmueble en copropiedad conforme el art. 983 del Código Civil Peruano, se realiza mediante la permuta de las cuotas entre los copropietarios. Ramírez (2017), refiere que este acto de permutar es un acto jurídico de disposición, por tanto, este hecho recae dentro de la teoría traslativa de extinción de la copropiedad, existiendo una reciprocidad de porcentajes, lo que significa que la partición no sigue la teoría declarativa, la cual es ampliamente seguida por variadas legislaciones desde la legislación francesa y el *Code*.

2.2.3.4. Forma de dividir y partir el bien

Siguiendo el punto precedente, la permuta es un acto jurídico que es utilizado en el procedimiento de división y partición de la copropiedad, para Ramírez (2017), este acto jurídico entendido como contrato, no exige una forma legal o especial para su constitución, ya que la norma no ha establecido una forma de celebración, lo que es sustentado normativamente, conforme lo precisa el art. 143 del Código Civil Peruano, el cual determina la utilización de la forma que las partes vean por conveniente siempre que la ley no prescriba una forma especial.

De igual forma, los actos como la compraventa no requieren una formalidad específica, sin embargo, cuando la copropiedad está inscrita, esta debe hacerse por medio de algún documento público o privado. Por otro lado, Ramírez (2017), menciona que la permuta debe hacerse por escritura pública en el caso del art. 853 del Código Civil Peruano o sea



“Cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en registros públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firmas notarialmente legalizadas”.

Sobre esto último, se entiende que cuando el bien inmueble no está registrado, la partición puede realizarse sin ningún problema por cualquier documento privado con firmas legalizadas.

2.2.3.5. Clases de partición

En cuanto a las clases de partición, nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido una clasificación determinada de partición, sin embargo, para Ramírez (2017), existen dos tipos comunes de partición las que son aceptadas y reguladas en nuestro Código Civil, la convencional y la judicial, con variantes en la convencional. Así tenemos:

a) *Partición convencional*

Nuestro Código Civil Peruano expresamente ha establecido en su art. 986 que “Los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime. La partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo”. Este artículo es claro, ya que se entiende que por acuerdo entre todos los copropietarios se podrá extinguir la propiedad y otorgar a cada cual lo que se pacte, pudiendo además de mutuo acuerdo hacerlo por sorteo.

Por otro lado, Ramírez (2017), sobre la partición convencional menciona que los copropietarios manifiestan su voluntad de cancelar la copropiedad siempre y cuando exista acuerdo mutuo entre todos, recalca además que este acto de partición no está sujeto a una formalidad especial, y que si encaso se pretendiera la inscripción del mismo, necesariamente se tendría que optar por realizarlo vía escritura pública para su inscripción. Finalmente, este autor ha de recalcar que como cualquier contrato este es pasible de ser declarado nulo por causal existente.



b) *Partición convencional por sorteo*

En este punto igualmente nos encontramos ante una partición convencional, sin embargo, su concretización tiene una forma diferente a la anterior, hecho que ha sido regulado por la segunda parte del art. 986 de nuestro Código Civil Peruano, el cual precisa que “La partición convencional puede ser hecha también mediante sorteo”. Sobre este tipo de partición Ramírez (2017), refiere el carácter de apuesta que tiene este método, el cual se definirá por una suerte de azar, acto de juego o sorteo, lo que en nada altera su forma de convencionalidad.

c) *Partición convencional especial en vía jurisdiccional*

Acto regulado por el art. 987 de nuestro Código Civil Peruano el cual dispone:

Si alguno de los copropietarios es una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil o ha sido declarado ausente, la partición convencional se somete a aprobación judicial, acompañando a la solicitud tasación de los bienes por tercero con firma legalizada notarialmente, así como el documento que contenga el convenio particional, firmado por todos los interesados y sus representantes legales. Puede prescindir de tasación cuando los bienes tienen cotización en bolsa o mercado análogo, o valor determinado para efectos tributarios.

La solicitud de aprobación se sujeta al trámite del proceso no contencioso, con citación del Ministerio Público y del consejo de familia, si ya estuviera constituido.

Este artículo deja en claro que la actuación convencional está únicamente vigilada en cuanto a la persona que es incapaz o ha sido declarado ausente, por tanto, estas personas



no quedarán en indefensión, sino que serán las autoridades jurisdiccionales las que velen por sus derechos, los cuales aprobarán la partición a la que llegaron los demás copropietarios.

d) *Partición judicial*

A diferencia de la convencional, la partición judicial es el remedio a esa desavenencia o desacuerdo de llegar a un punto de reciprocidad y acuerdo, y como bien se ha dicho, es un mecanismo cuando la norma así lo exige, por ejemplo, en la existencia de incapaces o ausentes.

Siguiendo la línea precedente Ramírez (2017), precisa además que la solicitud de partición ante el órgano jurisdiccional puede ser hecha por cualquiera de los copropietarios o por varios de ellos, así también manifiesta que el Código Civil Peruano no precisa la partición judicial, salvo cuando hace referencia a los artículos 854 y 855, cuando habla de la partición en la herencia cuando existe herederos incapaces o ausentes. Así también los acreedores pueden solicitarla.

2.2.3.6. Extinción de la copropiedad

Cuando hablamos de extinción, hablamos de poner fin a la relación de comunidad que tienen los copropietarios dentro de un bien inmueble, nuestro Código Civil Peruano actual ha regulado una clasificación de formas de terminar la copropiedad; el art. 992 establece que la copropiedad se extingue por:

1. División y partición del bien común.
2. Reunión de todas las cuotas partes en un solo propietario.
3. Destrucción total o pérdida del bien.
4. Enajenación del bien a un tercero.
5. Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios.



Para Ramírez (2017) esta clasificación de la extinción de la copropiedad tiene fuentes distintas como lo detalla en la siguiente forma:

- **La voluntad de las partes:** división y partición del bien común (art. 992, 1°); la reunión de todas las cuotas en un solo propietario, lo que en Derecho de obligaciones se llama consolidación (art. 992, 5°).
- **La ley:** pérdida o resolución del derecho de los copropietarios (art. 992, 5°).
- **Acto fortuito:** destrucción total o pérdida del bien (art. 992, 3°). Esto escapa a la voluntad de los condóminos.

2.2.3.7. División y partición del bien común

La división y partición del bien común es para nuestro Código Civil Peruano, conforme el inc. 1 del art. 992 una forma de extinción de la copropiedad, por tanto, es un mecanismo que permite terminar el estado de indivisión existente.

2.2.4. La Hipoteca

2.2.4.1. Definición

La Hipoteca para Vásquez (2011), es un mecanismo por el cual una persona accede a un capital dinerario otorgando en garantía su propiedad, sin ser despojado de su predio, ni limitado en el ejercicio de los atributos de la propiedad, por ello, no es desplazado y sigue ejerciendo derechos sobre su bien, sin embargo, el predio hipotecado será sustento para el cobro del dinero a favor del acreedor hipotecario, en caso el deudor no satisficiera o no cumpliera su obligación de pago.

Así mismo, Varsi (2020), precisa que la hipoteca pertenece al grupo de derechos reales de garantía, constriñendo que el derecho principal es el derecho personal de crédito, lo que significa que la hipoteca es un acto accesorio al de la obligación de préstamo otorgada por el acreedor, constituyendo el bien inmueble una garantía de cumplimiento.



Ampliando, menciona Varsi (2020), que la hipoteca es la garantía que se otorga a consecuencia de la entrega de un dinero, debiendo este inmueble constituir una fracción determinada y necesariamente estar inscrito en los Registros públicos para su validez y debida publicidad registral, lo cual otorga además al acreedor el derecho de persecutoriedad del inmueble gravado e inscrito.

2.2.4.2. Características

De las consideraciones previas, podemos advertir que la hipoteca permite al deudor conservar el bien inmueble, y estar gravado por una obligación. Varsi (2020), indica que el acreedor hipotecario no puede hacer uso del bien puesto en hipoteca, por tanto, no ejerce atributos propios de la propiedad, es además considerado un derecho accesorio de garantía, no es independiente y no se crea de la nada o autónomamente, por ello, estará condicionada a que exista un acto previo denominado crédito.

a) Derecho real

Esta característica de ser real se entiende al recaer la hipoteca únicamente sobre bienes inmuebles. A ello, Vásquez (2011), menciona que al ser la hipoteca un derecho real, recae sobre éste las consecuencias de los derechos reales, por ello existirá la preferencia del primer acreedor hipotecario y el derecho de persecución del inmueble, lo que regula el art. 1100 de nuestro Código Civil Peruano, al señalar el carácter inmobiliario de la hipoteca, la cual además debe recaer sobre un área determinada y coincidir con las áreas que se publicitan en los Registros públicos.

b) Voluntariedad

Hablamos de voluntariedad cuando no existe coerción para actuar de una forma no deseada, para Varsi (2020), las partes actúan pactando sus conveniencias, bajo el consentimiento de determinar las formas en cómo van a realizar el acto jurídico, este acuerdo



dará como resultado la constitución de un derecho real de garantía, de libre acuerdo, voluntario y privado.

Excepción a la voluntariedad - Hipoteca legal

Si bien se ha precisado que la constitución de la hipoteca nace de un acuerdo mutuo, existe otro tipo de hipoteca el cual nace de la Ley, conocida como hipoteca legal, la cual está regulada en el art. 1118 y 1119 del nuestro Código Civil, por el cual se establece que, será el registrador a cargo de la calificación el que de oficio anote dicho gravamen en el asiento y partida correspondiente en caso se configure alguna de las causales establecidas, entendidas estas cuando existe un saldo u obligación pendiente de cumplir

c) Accesoriedad

Se entiende que la hipoteca nace de una obligación previamente contraída, la cual le da nacimiento y final, así también asegura y da respaldo al cumplimiento del crédito pactado, al respecto Varsi (2020), indica que no puede haber derecho real de garantía si no existe el bien inmueble que garantice la obligación contraída por el deudor.

d) Indivisibilidad

Se habla de indivisibilidad cuando el gravamen se extiende sin límites a todo el inmueble sin la posibilidad de únicamente afectar una parte o dividirla, así lo regula el art. 1102 del Código Civil Peruano al señalar que “La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”.

e) Especialidad

Varsi (2020), precisa que la especialidad se da en dos aspectos, uno referido a la determinación plena y cierta del inmueble, en la cual debe constar las características del lugar y área del bien y, por otro lado, la especialidad en cuanto al crédito, el cual debe



asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, expresándose la cantidad puesta en garantía y el monto máximo del gravamen. En suma, se entiende la necesidad de determinar el bien y la cuantía en garantía.

f) Publicidad

Hablamos que existe publicidad cuando un derecho está plenamente registrado y publicitado en el registro correspondiente, este requisito igualmente ha sido redactado en el Código Civil Peruano, siendo el art. 1099 numeral 03 el que señala “Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble”, por tanto se entiende que el predio materia de hipoteca deberá estar inscrito para que la hipoteca igualmente pueda ser publicada, ello como requisito de validez.

g) Formalidad

Según el art. 1098 del Código Civil Peruano “La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley”, por tanto, la hipoteca necesitará de una forma la cual le otorgue validez y le permita inscribir dicho acto en los Registros públicos conforme lo indica el art. 1099 antes precisado. Lo que le otorgara el derecho real de persecutoriedad.

2.2.4.3. Requisitos de validez

Como cualquier contrato está supeditado al cumplimiento de algunos requisitos además de los señalados en el art. 140 de nuestro Código Civil Peruano, así, el art. 1097 y 1099 precisan otros requisitos como son, que el bien hipotecado pertenezca al propietario, que se asegure el cumplimiento de una obligación, que el gravamen sea de cantidad determinada y además este pueda inscribirse en el registro de propiedad inmueble. Varsi (2020), menciona como requisitos además de los antes señalados, la identidad de los contratantes, determinación del bien, valor del crédito, plazo, forma, oportunidad y tasas de interés.



2.2.4.4. Requisitos de ley

Estos se encuentran al leer e interpretar el art. 1097 del nuestro Código Civil Peruano, que define la hipoteca y menciona que, el bien hipotecado debe ser afectado para garantizar el cumplimiento de una obligación propia o de un tercero, precisa además que el gravamen como requisito de ley está íntimamente ligado al monto por la responsabilidad, debiendo ser expresado en números hasta cuanto se asegura la hipoteca. Finalmente, si la obligación es determinada o determinable la garantía deberá correr el mismo destino de conformidad con el art. 1099 del Código Civil Peruano.

2.2.4.5. Derechos y obligaciones del acreedor

Para Varsi (2020), más allá del derecho de persecución, de preferencia y de venta judicial de que goza el acreedor, también está el derecho de transferir la hipoteca, el cual puede hacerse a la muerte de éste o de libre voluntad en vida, también existe el derecho de ceder el rango de la hipoteca, lo que significa que puede dejar adelantar su preferencia a otro acreedor, amparado en la redacción del art. 1104 del Código Civil Peruano.

2.2.4.6. Derecho y obligaciones del deudor

Si bien este sujeto es el pasivo de la relación contractual, como cualquier contratante también este goza de derechos propios Varsi (2020), menciona como derechos del deudor, la posibilidad de poder disponer del bien hipotecado, así como ejercer los atributos de la propiedad, dejando constancia que el gravamen no desaparece con la venta, el cual permanece incluso con un nuevo dueño hasta la cancelación del mismo. Por otro lado, el deudor tiene la obligación de no desgastar el bien, de que no pierda su valor, garantizar la obligación con otro bien, no causar perjuicios al acreedor y constituir la garantía en favor del acreedor.



2.2.4.7. Consecuencias de la naturaleza jurídica de la división y partición en la hipoteca

Como se ha detallado ampliamente en capítulos previos, en conformidad con el art. 983 del Código Civil Peruano, nuestros legisladores y juristas han señalado que la partición de un bien inmueble en nuestra realidad jurídica tiene como naturaleza la de un acto traslativo de dominio, al realizarse está a través de la permuta de porcentajes entre copropietarios sin determinación de parte física alguna. En esta línea, Arata (2016), reconoce que la copropiedad existió y que producto de la partición nacen nuevas situaciones jurídicas. Por tanto, las otras teorías y soluciones que son ejercidas por otras legislaciones no son aplicables a nuestra realidad nacional, para nosotros la copropiedad existe y produce sus efectos como cualquier otro derecho, su extinción no tiene efectos retroactivos ni ningún efecto de ficción legal.

Sobre estas consideraciones existen consecuencias que derivan del modelo utilizado por nuestra legislación, para lo cual se ha afirmado lo siguiente:

Si en la petición se le adjudica al copropietario el mismo bien sobre el cual recaía la cuota que se encontraba gravada con hipoteca, esta última subsistirá bajo sus mismos términos y alcances. No parece coherente con los intereses involucrados el considerar que en esos casos la hipoteca debe extenderse a todo el bien. El acreedor consideró suficiente garantía para su crédito la cuota ideal gravada, es más, al contratar la no tenía ninguna seguridad respecto a que la partición se llegaría a realizar o no, por tanto, mal podría pretender extender su garantía más allá de lo acordado. Queda a salvo, por cierto, el supuesto en que las partes de común acuerdo hayan establecido la posibilidad de dicho efecto. (Arata, 2016, p 57)



2.2.4.8. Ejecución procesal de la hipoteca

La hipoteca como derecho real, es pasible de acción judicial ante el incumplimiento del deudor hipotecario, el no cumplimiento de la obligación faculta al acreedor al cobro de la deuda, afectando el bien en garantía conforme la naturaleza de la hipoteca y el art. 688 y del 720 al 724 de nuestro Código Procesal Civil, los cuales hablan de los procesos de ejecución y el proceso plenamente establecido para las hipotecas, denominado proceso de ejecución de garantías, el cual determina la ejecución de garantías reales como es el caso de la hipoteca.

2.2.4.16. Sujetos legitimados

Como en cualquier proceso judicial, se requiere de sujetos con una relación jurídica procesal válida, por ello el art. 690 del Código Procesal Civil, declara legitimados para iniciar el proceso a las personas que tengan título ejecutivo que reconozca su derecho, dicho de otro modo, que reconozca su derecho de crédito, siendo el demandado la parte deudora de la obligación impaga.

2.2.4.9. Ejecución de garantía hipotecaria

De conformidad con el art. 721, 722 y 723 del Código Procesal Civil, una vez admitida la demanda, se pone de conocimiento del demandado el mandato de ejecución, ordenando al ejecutado/demandado cumpla con el pago de la deuda, pudiendo éste presentar contradicción a la ejecución, sin embargo, declarado infundado la contradicción o vencido el plazo para hacerlo, el juez ordenará el remate del bien en garantía y/o posterior adjudicación en caso necesario.

2.2.4.10. Destino del bien hipotecado

Realizado el remate judicial del bien hipotecado, y de conformidad con el art. 727 del Código Procesal Civil, el acreedor verá únicamente satisfecho su derecho cuando se realice



el pago íntegro con el producto de la venta del inmueble o su adjudicación, Varsi (2020), precisa que será el juez quien declare la adjudicación del bien al mejor postor, lo cual además está condicionado a que el adjudicatario deposite el saldo del precio. Por otro lado, si la deuda no es satisfecha con la venta del bien, se podrá ejecutar otros bienes en la vía correspondiente. Finalmente, conforme el art. 742 del Código Procesal Civil, el ejecutante también puede hacerse adjudicar el bien en caso no se logre adjudicar a algún postor.

2.2.5. Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral

Que, mediante sesión ordinaria realizada los días 20 y 21 de abril de 2006, Publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de mayo de 2006, se acordó establecer 02 precedentes de observancia obligatoria, siendo el segundo de ellos el que nos convoca a su investigación.

Consiguientemente, el Pleno ha decidido aprobar por mayoría el siguiente precedente de observancia obligatoria, el cual estipula lo siguiente “Los gravámenes 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.”

a) De los votos en contra:

Siendo que, 03 de los 16 vocales que votaron en contra del precedente antes mencionado, uno de ellos, el vocal Pedro Alamo Hidalgo ha dado su opinión en la siguiente forma:

No puede tener el mismo tratamiento el gravamen impuesto por uno o más copropietarios sobre su cuota ideal. El tema de la naturaleza jurídica de la partición en nuestra realidad debe inclinarse por acoger como excepciones a la consideración de la permuta que opera sobre dicho acto, a los gravámenes que hayan sido creados por los copropietarios respecto de su cuota ideal, o que hayan sido impuestos por mandato judicial,



como por ejemplo una medida cautelar de embargo en forma de inscripción que recae sobre los derechos y acciones de un condómino.

b) Las resoluciones que sustentan el segundo precedente de observancia obligatoria:

El Segundo precedente de observancia obligatoria contenida en DÉCIMO SÉPTIMO PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL, ha sido adoptado bajo el criterio de las Resoluciones N° 133-2002-SUNARP-TR-L del 21 de noviembre de 2002 y N° 262-2006-SUNARP-TR-L del 28 de abril de 2006. Siendo ello así a continuación se procede a extraer las partes más importantes de las resoluciones antes indicadas.

2.2.5.1. RESOLUCIÓN N° 133-2002-SUNARP-TR-L

Resolución publicada en la ciudad de Lima en fecha 21 de noviembre de 2002, por el cual el Tribunal Registral ha resuelto la apelación sobre la procedencia o no del acto rogado contenido en el título observado N° 165471 del 4 de septiembre de 2002, sobre rectificación de asientos de hipoteca.

a) De la Rogatoria:

Que, en cuanto a la solicitud de inscripción del apelante, la Resolución N° 133-2002-SUNARP-TR-L resume su pedido así:

Mediante título venido en grado se solicita la rectificación de los asientos de hipoteca 1-D, 2-D, 3-D y 4-D del Rubro Gravámenes y Cargas de la partida electrónica N° 11159270, correspondiente al sub lote 4-B del Valle de La Legua, Cercado. El recurrente señala que dichos gravámenes no corresponden a esta partida registral sino al inmueble denominado sub lote 4-A del Valle de La Legua, Cercado, registrado en la partida electrónica N° 11159268 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.



b) De los Antecedentes:

Que, en el as. 09 de la P.E N° 49027174 del bien inmueble denominado Lote N° 4 ubicado en el Valle de La Legua, provincia de Lima, corre inscrita la venta de 2,015 acciones de las 10,000 acciones que representa el predio, que hiciera el propietario del inmueble Marco Antonio Vallve Garro a favor de la sociedad conyugal formada por Roger Gamarra Cáceres y Carmen Olinda Illescas Hidalgo conforme se ve del título archivado N° 50669 del 11 de abril de 1989.

Posteriormente, Marco Antonio Vallve Garro, hipoteca sus acciones y derechos a favor del Banco Internacional del Perú, por sumas determinadas en fechas, 13 de agosto de 1992, 03 de noviembre de 1992, 22 de febrero de 1994, como consta de los asientos 11, 13 y 15.

Seguidamente, en el asiento 17 de la misma partida electrónica, se inscribe la transferencia por anticipo de legítima de las acciones y derechos que correspondían a Marco Antonio Vallve Garro a favor de Mónica Vallve Saavedra, la cual realiza una hipoteca a favor del antes citado Banco, conforme se ve del título archivado N° 141748 del 2 de octubre de 1995. De otro lado, las acciones y derechos de la sociedad conyugal Gamarra y Illescas, son transferidas a Fabiola Raquel Gamarra Illescas y luego a Marco Antonio Vallve Saavedra.

1. Estando a los hechos precedentes, el predio fue materia de habilitación urbana, división y partición e independización, dividiéndose en el sub lote 4-A y en el sub lote 4-B. Registrado este último en la P.E N° 11159270 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, con un área de 2,015,00 m² adjudicado a favor de Marco Antonio Vallve Saavedra, anotándose también en el Rubro D) de Gravámenes y Cargas, las 04 hipotecas constituidas anteriormente en el predio matriz. Por otro lado, el sub lote



4-A inscrita en el la P.E N° 11159268 con un área de 7,985,00 m² adjudicado a favor de Mónica Vallve Saavedra corren registradas las mismas cargas y gravámenes de hipotecas, al haber sido igualmente trasladadas de la partida matriz.

c) De la cuestión a debatir:

La Sala, sobre los hechos y la solicitud de inscripción del apelante, ha planteado la siguiente cuestión a debatir:

Si se incurrió en error registral al trasladar de la partida matriz a la partida independizada N° 11159270, las hipotecas que aparecen en los asientos 1, 2, 3 y 4 del Rubro D) de Gravámenes y Cargas; y, por ende, si procede la rectificación.

d) Fundamentos y análisis de la decisión adoptada:

1. La Sala precisa que, Roger Enrique Gamarra Cáceres, por escritura pública del 25 de enero de 1988 e inscrita en 1989, adquiere de Marco Antonio Vallve Garro (el propietario primigenio) derechos y acciones correspondientes al 20.15% del predio matriz inscrito en la P.E. N° 49027174, lo que significa que adquirió dicho porcentaje previo a que hubiera otros copropietarios más y también previo a la inscripción de las hipotecas constituidas por otros copropietarios.
2. Se deja constancia que Roger Enrique Gamarra Cáceres y su cónyuge, posteriormente transfieren sus derechos y acciones a Fabiola Raquel Gamarra Illescas y luego está a Marco Antonio Vallve Saavedra, siendo el actual titular del sub lote 4-B el apelante Erick Vallve Saavedra.
3. Estando claro el panorama de los hechos, el Tribunal refiere que dicha transferencia se realizó por cuotas ideales y no por una parte material del referido predio, por lo que ambas partes se encontrarían en un régimen de copropiedad regulado en el art. 969 del Código Civil Peruano. Así mismo, se menciona en los considerandos que,



cada copropietario puede disponer libremente de su cuota ideal conforme el art. 977 del Código Civil Peruano, por tanto, puede gravarla, lo que a consideración del art. 1097 otorga al acreedor hipotecario el derecho de persecutoriedad.

4. Por otro lado, se argumenta que, de conformidad con el art. 1102 del Código Civil la hipoteca es indivisible, por tanto, no desaparece así se haya dividido el bien, por tanto, dividido materialmente el bien cada lote se encuentra gravado por el valor total de la hipoteca.
5. Por último, la Sala deja claro que, para que la hipoteca constituida por un porcentaje, sea trasladada únicamente a la porción material correspondiente a este porcentaje, debe existir un acuerdo entre el Banco y los propietarios, modificando el rango de la hipoteca o cancelando las anteriores y constituyendo una nueva que afecte solamente a un sub lote.

e) Sobre lo decidido:

1. La Sala decidió:

CONFIRMAR la denegatoria de inscripción formulada por la Registradora del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima al título referido en el encabezamiento, de conformidad con los fundamentos expresados en la presente Resolución.

2.2.5.2. RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L

Resolución publicada en la ciudad de Lima en fecha 28 de abril de 2006, por la cual se ha resuelto la apelación sobre la procedencia o no del acto rogado, contenido en el título observado N° 40219 del 24 de enero de 2006, sobre rectificación de asientos de hipoteca.

Hechos:

- a) **De la Rogatoria:**



Que, en cuanto a la solicitud de inscripción del apelante, la Resolución N° 262-2006-SUNARP-TR-L resume su pedido así:

Mediante el presente título se solicita la rectificación de las partidas electrónicas N° 11779293, 11779282 y 11779284 del Registro de Predios de Lima, para que se cancele el asiento de medida cautelar de embargo preventivo en forma de inscripción registrado en el asiento D00001, el mismo que fue trasladado de la partida matriz. Al efecto se adjunta escrito de la propietaria Sonia Patricia Ruiz Díaz solicitando la rectificación de asiento respecto de las partidas de los predios de la que es propietaria.

b) De los Antecedentes:

Que, la P.E. N° 44585340 del Registro de predios de Lima, corre registrado el predio denominado Calle Los Recuerdos N° 416 - 412, constituido por el lote 11 de la Mz. S-2. Urb. Chacarilla del Estanque, distrito de San Borja; se tiene que, por escritura pública del 06 de mayo del 2004, Sonia Patricia Ruiz Díaz, Carlos Luis Paccini Torres y esposa Orietta María Zagazeta Bustamante, conjuntamente con otros copropietarios, adquirieron el predio registrado en la antes indicada partida registral, así consta del as. C00001.

En as. 02 de la P.E. N° 44585340 (matriz), se registró el embargo preventivo en forma de inscripción en razón de las acciones y derechos de Carlos Luis Paccini Torres hasta por S/. 40,000.00. Seguidamente, en el as. 03 de la partida matriz se inscribió la declaratoria de fábrica de un edificio de 9 departamentos y 18 estacionamientos. Así mismo, se inscribió la independizaron de las distintas unidades inmobiliarias que conformaban el edificio, otorgándose a Carlos Luis Paccini Torres y su esposa Orietta María Zagazeta Bustamante el departamento 302 y los estacionamientos 10 y 18 inscritas en las partidas N° 11779300, 11779279 y 11779289 respectivamente.



c) De la cuestión a debatir:

La Sala, sobre los hechos y la solicitud de inscripción del apelante, ha planteado la siguiente cuestión a debatir:

Si los gravámenes que afectan derechos y acciones (cuota ideal) de uno de los copropietarios sobre un predio matriz, deben ser trasladados a todas las partidas registrales que se independicen de dicho predio matriz, o únicamente a las partidas registrales en las que se inscriban las unidades inmobiliarias adjudicadas a favor del referido copropietario, como consecuencia de la división y partición.

d) Fundamentos y análisis de la decisión adoptada por el Tribunal:

El apelante menciona que la solicitud de independización, así como división y partición del edificio se presentó en un solo título, adjudicándosele unidades inmobiliarias determinadas a favor del ejecutado, por lo cual debió trasladarse únicamente dicha medida a la persona cuya cuota ideal fue gravada con el embargo.

La Sala, en aplicación del art. 62 del Reglamento de inscripciones del registro de predios que dice “Las cargas y gravámenes inscritos en la partida matriz cuya cancelación no se encuentre inscrita se trasladarán a las partidas independizadas, siempre que afecten a estos predios”, **analiza si el embargo trasladado afectaba los otros predios independizados.**

Estando al hecho precedente, la Primera Sala del Tribunal Registral emitió la Resolución N° 550-2005-SUNARP-TR-L del 27 de setiembre del 2005 concluyendo que:

Si se ha inscrito una medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre derechos y acciones de uno de los copropietarios en un predio, cuando se produzca la independización como consecuencia de la división y partición, la referida medida cautelar se trasladará exclusivamente al predio o predios que hayan sido adjudicados a los



embargados, de conformidad con la regla contenida en el artículo 62 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

Ante este hecho, la Sala consideró que debía apartarse de dicho criterio, procediéndose a su discusión en el Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP, Sesión Ordinaria realizada el 20 y 21 de abril de 2006, aprobándose el siguiente precedente de observancia obligatoria que dice: TRASLADO DE CARGAS Y GRAVÁMENES “Los gravámenes que afectan la cuota ideal de uno de los copropietarios en un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición de dicho bien.”

e) Los fundamentos fueron los siguientes:

1. Los vocales, inician poniendo en contexto diferentes instituciones jurídicas, mencionan respecto de la copropiedad, que esta se identifica cuando una persona es propietario juntamente con otras de un bien inmueble, denominándose copropietarios, por tanto ninguno de los copropietarios es dueño o ejerce posesión de una parte determinada del bien, mencionan además que a través de la división y partición del bien se pone fin a la copropiedad, indicando además que al momento de extinguir la propiedad, los copropietarios permutan sus cuotas ideales, otorgándose entre ellos sus porcentajes mutuamente, por consiguiente ceden sus derechos así estén afectados por un carga o gravamen. En este punto indican finalmente que conforme el art. 656 del Código Procesal Civil, el embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito, lo que significa que, en la división y partición, se traslada las cargas por cuanto los copropietarios permutan sus derechos, así, todos asumen dicha carga hasta por el monto inscrito.



2. En el caso concreto, la resolución judicial ordenó anotar el embargo de las acciones y derechos de uno de los copropietarios sin que esta resolución determine que esta únicamente afectaría a unidades determinadas del ejecutado. Por tanto, lo que el juez determinó al inscribir el embargo fue, “SE RESUELVE: TRABAR EMBARGO PREVENTIVO en forma de inscripción hasta por la suma de Cuarenta Mil Nuevos Soles sobre las acciones y derechos que le corresponderían al procesado CARLOS LUIS PACCINI TORRES”. Se acredita entonces que el embargo únicamente recae sobre los derechos y acciones del ejecutado y no sobre las unidades que se le adjudique, por tanto, celebrada la división y partición con los otros copropietarios es lógico trasladar las cargas a todas las unidades, ya que la división y partición no es título suficiente para modificar el título constitutivo del gravamen.
3. Los vocales, recalcan que, si la medida cautelar inscrita no fue determinada a alguna unidad independizada, esta debe ser trasladada a todas las unidades inmobiliarias ya que conforme lo dispuesto por el artículo 62° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se estaría modificando el mandato judicial, lo que significa que las decisiones judiciales se acatan en sus propios términos.
4. En el presente caso, cuando Carlos Luis Paccini Torres, su cónyuge Orietta María Zagazeta Bustamante y otros, adquieren el predio inscrito en la P.E. N° 44585340, le corresponde a la sociedad conyugal el 11.11% de acciones y derechos del predio, posteriormente, todos los copropietarios otorgan un mandato con representación el cual es inscrito, para realizar una edificación en predio matriz, acordando que a Carlos Luis Paccini Torres y su cónyuge Orietta María Zagazeta Bustamante le tocaría el departamento N° 302 y estacionamientos. Ya posteriormente en el as. 02 del predio matriz se traba embargo preventivo en forma de inscripción sobre las acciones y derechos que en el inmueble le correspondían a CARLOS LUIS



PACCINI TORRES hasta por la suma de S/.40,000.00 nuevos soles, seguidamente en el as. 03 de la partida matriz se inscribe la declaratoria de fábrica y se procede a independizar las distintas unidades inmobiliarias que conforman la edificación, otorgándoles a Carlos Luis Paccini Torres y su cónyuge Orietta María Zagazeta Bustamante el departamento 302 y los estacionamientos 10 y 18. Ante estos hechos, la Registradora a cargo de la calificación del acto rogado, traslada el embargo del as. 02, a todas las unidades independizadas.

5. Ahora bien, respecto del contrato de mandato con representación, dicho acto tiene efectos en la esfera de dicho contrato y en la representación, sin tener ningún efecto en la titularidad del derecho de propiedad, por lo que la adjudicación de las unidades inmobiliarias a Carlos Luis Paccini Torres y su cónyuge, no significa modificación del régimen de copropiedad.
6. Por otro lado, se menciona que la división y partición se habría efectuado previo a la inscripción del embargo, lo que no ocurrió así, ya que a la fecha del asiento de presentación del mismo, no constaba la división y partición en la partida matriz por lo tanto no era oponible a terceros, ello de conformidad con los artículos 2016 y 2017 del Código Civil recogen el Principio de Prioridad y los artículos IX y X del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos sobre prioridad excluyente y preferente.
7. Así, por los hechos y argumentos esgrimidos, y al no haberse presentado ningún título al registro con la resolución judicial que disponga la cancelación o modificación del embargo registrado, se procedió a revocar la observación formulada por la Registradora, de conformidad con el artículo 42 e) del Reglamento General de los Registros Públicos. intervinieron como Vocal Suplente, Andrea Paola



Gotuzzo Vásquez, de conformidad con la Resolución N° 039-2006-SUNARP/PT del 12/04/2006.

f) Sobre lo decidido:

La sala en la Resolución N° 262-2006-SUNARP-TR-L decidido “REVOCAR la observación formulada por la Registradora del Registro de Predios de Lima y DISPONER la tacha del título referido en el encabezamiento conforme a los fundamentos expuestos en la presente Resolución”

2.3. Hipótesis de trabajo

2.3.1. Hipótesis general

La constitución de una hipoteca por un copropietario en su cuota ideal y el traslado de este gravamen desde la partida matriz a las partidas independizadas provenientes de una división y partición deviene en perjudicial para los otros copropietarios.

2.3.2. Hipótesis específicas

- a) El traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de un división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal.
- b) Se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales.
- c) El sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral no viabilizan una solución adecuada al problema planteado.



2.4. Categorías de estudio

El presente tema de investigación de acuerdo a la naturaleza del enfoque, tiene como variables y categorías de estudio las siguientes:

Tabla 1 Categorías de estudio

Categorías	Subcategorías
1.- Copropiedad	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Cuota ideal ➤ Partición
2.- Gravamen	<ul style="list-style-type: none"> • Hipoteca
3.- Consecuencias jurídicas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Segundo Precedente del Decimoséptimo del Tribunal Registral

Elaboración Propia.

2.5. Definición de términos

2.5.1. Propiedad

Para Vega (2020), la propiedad es el derecho real por excelencia, precisando que cuando se habla de esta nos referimos a un poder absoluto, debemos entenderlo en el sentido que, sobre el inmueble o bien, los terceros no pueden ejercer poder ni intervención sobre el mismo, únicamente la persona que está facultada para explotarla en su correcto desarrollo.

2.5.2. Copropiedad

Para Avendaño y Avendaño (2019), la copropiedad se trasluce cuando sobre una propiedad inmueble existen más de un solo propietario, por lo cual, cuando ocurre ello se le denomina copropiedad, así, cada copropietario es propietario de todo el bien en porcentajes o cuotas ideales determinadas, sin embargo ninguna de estas personas es propietario exclusivo de una parte física o material del bien inmueble, siendo ello una característica particular de dicha institución jurídica, por otro lado, este hecho no limita ni contraviene los derechos y obligaciones que cada copropietario tiene sobre su porcentaje y sobre el bien en su unidad completa.



2.5.3. Cuota ideal

Álvarez (2017), menciona que, esta tiene una proyección en dos sentidos, la primera referida al porcentaje que cada uno ostenta y que está íntimamente referida al bien en su conjunto, lo que quiere decir que el porcentaje que se tiene es sobre la cosa en común, por tanto, tiene obligación dentro de la copropiedad, y la segunda como un derecho propio e individual, sobre el cual puede ejercer todos los derechos que la ley le faculte, como son gravarlo o disponerlo.

2.5.4. Inscripción registral

Conforme lo precisa el Reglamento general de los registros públicos del Perú, la inscripción registral se realiza por el solo mérito del título presentado y lo que se pretende inscribir, teniendo el registrador a cargo o el Tribunal Registral la obligación de revisar los documentos anexados en el título, verificando la legalidad de los mismos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos, así, no habiendo ningún obstáculo, se procede a inscribir el acto rogado.

2.5.5. Independización

Sobre esta institución jurídica Torres (2016) precisa que la independización “es el acto registral que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella” (p. 29). Por tanto, la independización es otorgarle a cada fracción subdividida un número o partida registral el cual la va identificar y en la cual se va consignar toda la información concerniente al nuevo inmueble registrado.

2.5.6. División y partición

En palabras de González (2010), la partición es el derecho del cual goza toda persona que sobre el bien en copropiedad tenga derechos, por tanto, puede ser solicitada por



cualquier copropietario o algún acreedor que tenga derecho de solicitarlo, por otro lado, la división y partición del bien puede ser realizado de forma convencional o judicial. Precisa además dicho autor que nuestra legislación utiliza las palabras división y partición como una sola connotación para la realización del fraccionamiento de la copropiedad.

2.5.7. Gravamen

Vega (2020), menciona que el gravamen hace alusión a un derecho real sobre un bien ajeno, por tanto, esta crea una relación entre una persona llamada acreedor y otra llamada deudor, por lo cual se otorga garantía de ser cumplida sin que otra persona tenga prevalencia antes que el acreedor hipotecario.

2.5.8. Hipoteca

Para Varsi (2020) este es un “derecho real accesorio en función de garantía constituido por convención formal, en seguridad de un crédito estimado en una suma determinada de dinero, sobre cosas inmuebles individualizadas, que continúan en poder del dueño” (p. 115). Acto que se debe realizar por escritura pública, por otro lado, el art. 1099 del Código Civil Peruano precisa que esta recae sobre bienes inscritos, por tanto, la hipoteca también debe ser inscrita para su plena validez y oponibilidad a terceros.



CAPÍTULO III

MÉTODO

3.1. Diseño metodológico

Tabla 2 Diseño metodológico

Enfoque de Cualitativo:

Investigación: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno por lo tanto no está basado en mediciones, cálculos, estadísticas, etc., sino en la facultad discrecional del juzgador.

Al respecto, Hernández Sampieri señala que “el enfoque cualitativo utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas y puede o no probar hipótesis en su proceso de investigación” (Hernández, 2010, p. 7).

Diseño de Investigación: **Dogmática exploratoria o analítica:** Es un análisis a una situación real que se ha plasmado en un precedente jurídico, por lo cual, se pretende poner en contexto las contradicciones o problemas que se suscitan, mediante el análisis de las normas e instituciones jurídicas y doctrinarias circundantes. Al respecto Witket (1995) menciona que “en el caso jurídico a través de este alcance se da pasos preliminares frente a un determinado problema jurídico, resaltando sus principales facetas” (p. 11).

Elaboración Propia.



3.2. Diseño contextual

3.2.1. Escenario espacio temporal

El presente trabajo de investigación se realizó en el área geográfica de la ciudad del Cusco – Perú, delimitado por la institución pública denominada “Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP”, por otro lado, el periodo en el cual se llevó a cabo esta investigación comprendió los meses de marzo a setiembre del año 2022.

3.2.2. Unidad de estudio

La extracción de datos que van a permitir realizar el análisis respecto del estudio materia de la presente investigación va estar sustentado en la siguiente documentación:

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Civil Peruano de 1984.
- Reglamento general de los Registros Públicos del Perú.
- Reglamento de inscripciones del registro de predios.
- Segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral.
- Resolución N°133-2002-SUNARP-TR-L.
- Resolución N°262-2006-SUNARP-TR-L.

3.2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

La recolección de datos es el acopio o recaudación de datos en los ambientes naturales y cotidianos de los participantes o unidades de análisis. (Hernández Sampieri, 2014). Para la tarea de recolectar información pertinente en el desarrollo de la presente investigación se recurrirá al uso de las siguientes técnicas e instrumentos:

Tabla 3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

TÉCNICA	INSTRUMENTO
Análisis documental	Fichas de análisis documental

Elaboración Propia.



CAPÍTULO IV

DESARROLLO TEMÁTICO

4.1. Subcapítulo I

4.1.1. Consecuencias jurídicas por la constitución de una hipoteca

Cuando hablábamos de consecuencias al inicio de esta investigación se hacía referencia a las consecuencias derivadas del Segundo precedente de observancia obligatoria contenida en el Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral, así, se especulaba que dichas consecuencias devienen en la afectación de los copropietarios que no afectaron sus porcentajes con una hipoteca en la copropiedad, sin embargo dicha especulación ha sido afirmada por cuanto, conforme las fichas de análisis documental, se ha determinado la afectación del derecho de propiedad de los copropietarios no hipotecantes, al ver limitado la explotación de su inmueble al ser pasible de una anotación registral de gravamen en sus partidas independizadas provenientes de la división y partición. Para llegar a ese resultado se ha tenido que desglosar lo que son algunas instituciones jurídicas del Código Civil Peruano, así tenemos:

4.1.1.1. Independización y traslado de gravámenes: El art. Artículo 58° del Reglamento de inscripciones del registro de predios, estipula que las cargas y gravámenes que se generen en una partida matriz, se trasladarán a las partidas independizadas; si bien este hecho tiene fundamento en razón que la copropiedad no se extingue por la sola independización de las partidas o fraccionamiento de la propiedad, cierto también es que, esto nos hace formar una idea de cómo el gravamen es trasladado posteriormente a una división y partición, e inscrito en las partidas independizadas.



4.1.1.2. Cancelación de hipoteca y traslado a las partidas independizadas: El art.

Artículo 119° del Reglamento de inscripciones del registro de predios, precisa que la cancelación de las hipotecas trasladadas, únicamente se puede dar en caso se haya cancelado el gravamen que consta en la partida matriz, lo que determina los mecanismos para cancelar las hipotecas trasladadas a las partidas de los copropietarios no hipotecantes.

4.1.1.3. Folio real: El art. Artículo 4 del Reglamento de inscripciones del registro de

predios, determina que en cada nueva partida registral se extenderá todas las inscripciones que le corresponda, situación que va dar como resultado publicitar los actos que en ella se realicen, incluido el gravamen que afectará a los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales.

4.2. Subcapítulo II

4.2.1. Gravamen

Conforme el art. 5° del Reglamento de inscripciones del registro de predios, los gravámenes se deberán inscribir en el rubro correspondiente de acuerdo a su naturaleza, lo que significa que en el caso del tema de investigación los gravámenes determinados a los copropietarios no hipotecantes tendrán un rubro específico en un asiento registral, por otro lado, conforme se estudió, este gravamen es un medio para asegurar el cumplimiento a favor del acreedor hipotecario.

4.3. Subcapítulo III

4.3.1. Hipoteca

Conforme el art. Artículo 1097° del Código Civil Peruano, existe hipoteca cuando “se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de



un tercero”. Sin embargo, de realizado el análisis de la documentación en base a las fichas de análisis documental se ha descubierto que la hipoteca sigue la suerte de la teoría que se adopte.

4.4. Subcapítulo IV

4.4.1. Copropiedad

Conforme el art. Artículo 969° del Código Civil Peruano “Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”. Dicha afirmación conforme se analizó sigue una línea de concepción romana, por lo cual los porcentajes no obedecen a una parte determinada y fija, sino que estas son un cúmulo de sumas que hacen un total, por lo cual, al momento de dividir y partir el inmueble, estas siguen la línea de indeterminación, incluso cuando el porcentaje haya determinado una fracción física.

4.4.1.1. Partición del bien en copropiedad: Conforme el art. Artículo 977° del Código

Civil Peruano “Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican”. Esta forma de terminar la copropiedad sigue la línea romana, incluso si bien este artículo no lo dice expresamente y de forma contundente, esta definición de extinción de propiedad por partición del bien, supone la adopción de los porcentajes indeterminados, lo que significa asumir la adopción de la Tesis constitutiva.

4.5. Subcapítulo V

4.5.1. Disposición de la cuota ideal

Conforme el art. Artículo 977° del Código Civil Peruano “Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos”. Esta



definición conforme lo que significa copropiedad, determina que los porcentajes si bien pueden ser interpretados como un bien en sí mismo diferente al total de la copropiedad, dicho porcentaje igualmente sigue considerándose parte indeterminada de la copropiedad, por lo cual sigue la línea de la indeterminación, incluso luego de fraccionado y de la independización, e incluso luego de ser dividido y partido.

CAPÍTULO V

RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

En este acápite de la tesis, se da a conocer los resultados alcanzados en la investigación, esto de conformidad con los objetivos propuestos y acorde a la metodología utilizada.

5.1. Resultados del Estudio

5.1.1. Resultados respecto al objetivo general

Con el propósito de *analizar las consecuencias jurídicas del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros copropietarios a raíz del Segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral*; conforme el instrumento utilizado se ha llegado al resultado siguiente:

- Se ha analizado la Hipoteca, la cual está regulada en el artículo 1097 del Código Civil Peruano, teniendo como resultado que este artículo únicamente hace una descripción de la función que desempeña la hipoteca, indicando que esta sirve para el cumplimiento de una obligación.
- Se ha analizado la Copropiedad y la disposición de la cuota ideal, instituciones reguladas en el artículo 969 y 977 del Código Civil Peruano, teniendo como resultado que la copropiedad existe cuando esta pertenece a dos o más personas en cuotas



ideales, pudiendo cada copropietario disponer o gravar su cuota; se observa entonces que el legislador ha otorgado a la cuota ideal la posibilidad de ser gravada, diferenciándose como un bien distinto al bien en común.

- Se ha analizado la Partición del bien, el cual está regulada en el artículo 983 del Código Civil Peruano, teniendo como resultado que este artículo, describe la forma de extinción de la copropiedad a través de permuta de derechos entre copropietarios, lo que supondría que el porcentaje que cada copropietario ostenta debe cederlo a todos los demás, haciendo los demás copropietarios lo propio en la proporción que se les adjudica, lo que daría a entender que la copropiedad es un todo sin división, un abstracto de porcentajes que unidos hacen un todo.
- Se ha analizado la Permuta, el cual está regulada en el artículo 1602 del Código Civil Peruano, artículo en la cual se describe la función de esta, la cual consiste en que las personas o permutantes se transfieren recíprocamente los bienes, esto, relacionado con la extinción de la copropiedad por división y partición del inmueble significa la transferencia de porcentajes unos con otros.
- Se ha analizado la Independización, el cual está regulada en el artículo 58 del Reglamento de inscripciones del registro de predios, por el cual se ha determinado que la independización consiste en la apertura de una partida registral independiente resultado de una desmembración de terreno, se señala además que la partida independizada proveniente de una un partida matriz donde conste algún gravamen o carga, será trasladado a las partidas resultantes, situación que, con el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral encuentra sustento en cuanto a la indeterminación de porcentajes que tienen los copropietarios en la copropiedad.



- Se ha analizado la liquidación de derechos por cancelación de hipoteca trasladada a partidas independizadas, la cual está regulada en el artículo 119 del Reglamento de inscripciones del registro de predios, artículo que no solo confirma el traslado de los gravámenes desde la partida matriz, sino que determina que una vez cancelada el gravamen en la partida matriz recién serán canceladas los gravámenes que fueron trasladados a las partidas independizadas.

Conforme los ítems precedentes, la norma civil y registral amparan de forma expresa el traslado de los gravamen desde la partida matriz hacia las partidas independizadas, situación que hasta este punto no tendría nada de malo, si no fuera por el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral que dice: *“Los gravámenes que afecten la cuota ideal de uno de los copropietarios de un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición”*, así, el Tribunal ya no solo refiere que las partidas independizadas sean afectadas con el traslado del gravamen, sino que dicho gravamen incluso va subsistir una vez los copropietarios realicen la división y partición del inmueble, situación que evidencia el desmedro a los copropietarios no hipotecantes y pone en un escalón más alto el interés del acreedor hipotecario, lo que a la postre traerá la afectación de las partidas independizadas ya divididas y partidas con la anotación de un gravamen y la publicidad del mismo a favor del acreedor, en afectación y limitación de explotación del ex propietario en su propiedad.

5.1.2. Resultados respecto al primer objetivo específico

Siendo este objetivo: *Determinar si el traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal*; para lo cual:



- Se ha analizado la Propiedad, la cual está regulada en el artículo Art. 2° inc. 16 y en el art. 70 de la Constitución política del Perú, así como en el art. Art. 923 del Código Civil Peruano, teniendo como resultado que, la propiedad es un derecho fundamental y constitucionalizado, siendo el estado quien debe garantizar su protección y explotación, lo que implica que este derecho es un derecho de primera categoría, no pudiendo privarse a ninguna persona de este, salvo causas de necesidad pública o seguridad nacional, así mismo se ha estipulado que la propiedad es un poder jurídico que permite el uso, disfrute, disposición y reivindicación del bien, por lo cual estas características deben ser ejercidas de forma plena y sin limitación, salvo el mismo propietario las afecte o el Estado por necesidad; situación que es desmerecida, al haberse puesto al acreedor hipotecario y su derecho real proveniente de un derecho personal, por encima del derecho de propiedad del propietario no hipotecante
- Se ha analizado el Desarrollo económico y la dignidad de la persona, los cuales están regulados en el artículo art. 60 y art. 1 de la Constitución política del Perú, por la cual se establece a la propiedad como un forma de sustentar la economía nacional, razón por la cual, si una propiedad es limitada en sus facultades de uso, disfrute y demás, dicho sustento económico nacional se vería debilitado, contraviniendo el derecho mismo de desarrollo económico, personal y nacional, lo que se refleja como un desmedro económico, al valor a la persona y a la no igualdad de sus derechos frente a otros.
- Se ha analizado la preferencia o rango de hipotecas, el cual está regulado en el artículo Art. 1112 del Código Civil Peruano, por el cual se determina que las hipotecas serán cobradas de acuerdo al tiempo en que fueron inscritas en el registro, situación que perjudica a los copropietarios no hipotecantes por cuanto, no solo se verán ejecutados por alguien que posiblemente no conocen, sino también que nadie



querrá arriesgarse a otorgar un crédito hipotecario, sabiendo que existe inscrito uno previamente inscrito, con preferencia de cobro.

Conforme los ítems precedentes, la norma constitucional y civil amparan de forma expresa y tajante la protección de la cual debe ser materia la propiedad, siendo que esta es un derecho fundamental de la persona, así como un derecho completo y oponible a todos, salvo excepciones de fuerza mayor, siendo ello así, la afectación que sufre la propiedad de los propietarios no hipotecantes en su porcentaje de la copropiedad es una afectación a la constitución y al derecho mismo de propiedad, por cuanto, al trasladarse el gravamen desde la partida matriz y publicitarse está, el derecho de propiedad de los no hipotecantes se ve afectada en la plena explotación o aprovechamiento de la misma, siendo que al existir una hipoteca en su partida registral, está limitara una posible venta o constitución de un crédito hipotecario, ya que será visto por terceros como un riesgo el invertir en un propiedad afectada, que tiene además una preferencia de cobro y ejecución.

5.1.3. Resultados respecto al segundo objetivo específico

En cuanto a: *Delimitar por qué se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales*, se realizó la siguiente labor:

- Se ha analizado la Partición del bien, el cual está regulado en el artículo 983 del Código Civil Peruano, por el cual se ha determinado que los copropietarios para poner fin a la copropiedad, deben permutar sus porcentajes y cederse mutuamente estos en la proporción que se les adjudique, hecho que trae como resultado que si existiera algún gravemente este igualmente se cederá a cada copropietario en la proporción que esté adjudicado y afectado.
- Se ha analizado la Teoría constitutiva y la Teoría declarativa sobre la extinción de la copropiedad mediante la división y partición del bien, así, la primera teoría



obedecerá a lo estipulado en el art. 983 del Código Civil Peruano, ya que mediante esta teoría, los copropietarios realizan una transmisión de derechos nacida desde ellos, hacia los otros copropietarios en la porción que les corresponde, lo que significa que no existe situación física de entrega sino una situación de reciprocidad de sus porcentajes. Por otro lado, la segunda teoría, si bien, como la primera teoría si acepta que en la copropiedad nadie es dueño de una parte física, ocurre que, por una ficción legal al momento de partir el inmueble, esta teoría reconoce que el porcentaje que cada uno tiene es equivalente a la parte física otorgada, por tanto, al momento de partir el inmueble se reconoce que este copropietario siempre fue propietario de una parte física en la proporción de sus porcentajes.

Conforme los ítems precedentes, la norma civil y jurisprudencial y por añadidura la norma registral ampara de forma expresa la teoría constitutiva de la extinción de la copropiedad por partición del inmueble, en este entender el Pleno registral ha decidido en base a la forma normativa y jurisprudencial antes indicada, anteponer al acreedor hipotecario por sobre el propietario no hipotecante, y no sobre una base de beneficios y perjuicios entre personas.

5.1.4. Resultados respecto al tercer objetivo específico

En cuanto a este punto: *Establecer si el sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral viabiliza una solución adecuada al problema planteado*; se indica que:

- Se ha analizado los Requisitos de validez de los actos administrativos, los cuales están regulados en el artículo 3 del Texto único ordenado de la Ley 27444 – Ley del procedimiento administrativo general, por el cual se establece los parámetros



y requisitos que debe contener una resolución administrativa, siendo la motivación una de las más importantes, en este sentido, y siendo la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L en la cual se han plasmado los fundamentos por los cuales el Pleno ha decidió aprobar el precedente de observancia obligatoria siguiente: *TRASLADO DE CARGAS Y GRAVÁMENES* “*Los gravámenes que afectan la cuota ideal de uno de los copropietarios en un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición de dicho bien*”, se verifica que dicha resolución cuenta con todos los elementos necesarios para la validez del mismo, como son competencia, objeto o contenido, finalidad pública, procedimiento regular, sin embargo, en cuanto a la motivación de la resolución, si bien se especifica los motivos que han llevado al Tribunal a decidirse por dicho precedente, es cierto también que en dicha resolución únicamente se hace mención a motivos jurídicos y entre líneas a la adopción de la teoría constitutiva, indicándose en esta resolución del porqué se prefiere algo, pero no se hace mención de la existencia otras teorías o soluciones que igualmente podrían dar un vista diferente del problema, o que podrían tener una mejor forma de resolver dicho problema, y sobre estas diferencias o convergencias determinar porque una es mejor que la otra, razón por la cual dicha resolución tendría una motivación más consiente y con un soporte más amplio, para los fines públicos que se busca, más aun sabiendo que dicha resolución sustenta un precedente de obligatorio cumplimiento. En este sentido, dicha resolución únicamente se ha limitado a exponer del porqué de la preferencia por algo y ha dejado de un lado exponer una solución diferente o por lo menos situarla para el debate, en este sentido lo decidido únicamente obedece a seguir las normas jurídicas a rajatabla, sin utilizar el pensamiento crítico jurídico de análisis,



inferencia y explicación extensiva; así, en suma, no se advierte que se haya viabilizado una solución adecuada al problema, sin que ello desmerezca que el acto jurídico cuenta con todos los requisitos de validez.

5.2. Análisis de los Hallazgos

5.2.1. Respecto a la hipótesis general

Se postuló al inicio de esta investigación como hipótesis general que, *la constitución de una hipoteca por un copropietario en su cuota ideal y el traslado de este gravamen desde la partida matriz a las partidas independizadas provenientes de una división y partición deviene en perjudicial para los otros copropietarios*, así, en base a los resultados anteriores procedemos a confirmar dicha indicación de manera total; dado que la normativa ha amparado la afectación de la partidas registrales de los copropietarios no hipotecantes, lo que perjudica su partida independizada con la anotación de una hipoteca que este no constituyó ni consintió, así mismo dicha hipoteca es publicitada y puesta en conocimiento de terceros, afectando la libre explotación del mismo, situación que lesiona y deviene en perjudicial de forma directa al derecho fundamental de propiedad.

5.2.2. Respecto de la primera hipótesis y resultado específico

Se postuló al inicio de esta investigación como primera hipótesis específica que, *el traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal*, así, en base a los resultados anteriores procedemos a confirmar dicha indicación de manera total, por cuanto de revisada la normativa constitucional y civil, estos ordenamientos protegen a la propiedad como un derecho de primer orden, y siendo que como resultado del traslado del gravamen a las



partidas independizadas de los copropietarios no hipotecantes estos se ven afectados, el derecho de los propietarios es vulnerado en sus atribuciones por algo que ellos no consintieron o realizaron.

5.2.3. Respecto a la segunda hipótesis y resultado específico

Se postuló al inicio de esta investigación como segunda hipótesis específica que, *se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales*, así, en base a los resultados anteriores procedemos a confirmar dicha indicación de manera total, por cuanto el segundo precedente de observancia obligatoria en base a los artículos del Código Civil sobre extinción de la propiedad por división y porción y en base a la teoría constitutiva de la extinción de la copropiedad determina que al momento de poner fin a la copropiedad los porcentajes de cada copropietario son indeterminados en forma física, por lo cual los porcentajes se ceden entre copropietarios adjudicándose en la parte que se les otorgue, siendo ello así, el gravamen seguirá la suerte de esta transmisión, razón normativa y jurisprudencial por la cual se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario.

5.2.4. Respecto a la tercera hipótesis y resultado específico

Que, se postuló al inicio de esta investigación como tercera hipótesis específica que, *el sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral no viabilizan una solución adecuada al problema planteado*, así, en base a los resultados anteriores, procedemos a confirmar dicha indicación de manera parcial, por cuanto, si bien la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L en la cual se han plasmado los fundamentos por los cuales el Pleno ha decidió aprobar el segundo precedente de observancia obligatoria, dicha resolución cuenta con todos los requisitos de validez del acto administrativo, la



motivación no particulariza sobre qué otras formas diferentes de partición del bien se ha preferido la adoptada, no haciendo mención ni viabilizando un solución sobre en qué estado quedan los propietarios no hipotecantes, por cuanto ellos son los afectados sobre algo que no constituyeron ni consintieron.

5.3. Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

5.3.1. Discusión y contrastación con el primer antecedente internacional

Comparación con el trabajo académico del año 2015 denominado “La copropiedad y la propiedad horizontal y su análisis en el derecho comparado de Centroamérica, México, Argentina y España”. Autor José Alejandro Juárez Moreno.

Con la conclusión número tres, la comparación crítica resulta absolutamente parecida a nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto esta conclusión determina a la copropiedad como un estado donde se ejerce propiedad a través de cuotas ideales, lo cual confirma la línea romana de la cual provienen nuestras raíces jurídicas en la mayoría de países occidentales, por lo cual en Guatemala también la extinción de la propiedad se da mediante la partición del bien inmueble.

5.3.2. Discusión y contrastación con el segundo antecedente internacional

Comparación con el trabajo académico del año del año 2018, que lleva como título “El Régimen de copropiedad y sus problemas jurídicos”. Los autores, María Gabriela Morillo Chamorro y Gonzalo Lascano Báez.

Con la conclusión número uno la comparación crítica resulta que es absolutamente parecida a nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto en la copropiedad los propietarios no tienen determinado una parte física del inmueble, sin que ello limite los derechos que sobre sus porcentajes ostentan, por otro lado, al igual que en la



comunidad romana y en nuestro ordenamiento nacional peruano, dicha copropiedad es meramente transitoria.

Con la conclusión número dos la comparación crítica resulta que es absolutamente parecida a nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto la finalidad o el destino que se le dé a la propiedad deberá ser a satisfacción de la mayoría de los copropietarios, debiendo para ello llegar a acuerdos consensuados, caso contrario será la vía jurisdiccional la última ratio para decidir el destino del bien.

5.3.3. Discusión y contrastación con el primer antecedente nacional

Comparación con el Trabajo académico del año 2019, que lleva como título “¿A quién deberíamos proteger cuándo se produce el traslado automático de gravámenes a las partidas resultantes de la división y partición, al acreedor o a los ex copropietarios?”. La autora Almendra Lizeth Gonzalo Uribe.

Con la conclusión número uno la comparación crítica resulta que es absolutamente igual, ya que, en la copropiedad, las cuotas ideales son consideradas como un derecho real, razón por la cual esta puede ser objeto de garantía, así mismo en dicho porcentaje se pueden hacer uso de los atributos que la propiedad tiene.

Con la conclusión número dos la comparación crítica resulta que es absolutamente igual, por cuanto los copropietarios pueden hacer uso de sus porcentajes en forma individual diferente al total del inmueble, sin que dichos porcentajes determinen una parte física del bien, situación que nace de la comunidad romana.

Con la conclusión número tres la comparación crítica resulta que es casi similar, por cuanto ambos coincidimos que el Tribunal Registral ha antepuesto el derecho de los copropietarios por sobre el del acreedor hipotecario, en este caso la autora menciona que dicha decisión obedece a que los copropietarios podrían bajo una artimaña otorgar una



fracción de poco valor lo cual reduciría el cobro de la obligación de crédito, situación última que no ha sido tomada en cuenta por el Tribunal Registral, por cuanto como se analizó, el Tribunal Registral únicamente se ha inclinado por dicho precedente en razón de una interpretación ortodoxa y a rajatabla de las normas y la jurisprudencia.

Con la conclusión número cuatro la comparación crítica resulta que es similar, por cuanto ambos coincidimos que se ha dejado en indefensión a los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales, siendo que ellos no consintieron ni avalaron ninguna hipoteca, lo que afectará sus partidas registrales posterior a la división y partición del inmueble, situación que no tiene mayor justificación que la adopción estricta de las normas y modo de extinción de la copropiedad.

Con la conclusión número cinco la comparación crítica resulta explicativa, por cuanto dicha autora realiza una diferenciación entre lo que es carga y gravámenes, indicando que el segundo precedente del decimoséptimo pleno el Tribunal Registral, solo se hace mención al traslado de los gravámenes, por ello, de existir una carga, esta no se podría trasladar a la partida independizada resultante de la división y partición del bien.

5.3.4. Discusión y contrastación con el segundo antecedente nacional

Comparación con el Trabajo Académico del año 2013, que lleva como título “División y partición de inmuebles: alcances registrales”. La autora, Karina S. Figueroa Almengor.

Con la conclusión número uno la comparación crítica resulta similar, por cuanto ambos coincidimos que la enajenación de un porcentaje no implica la venta de una parte física del inmueble, así mismo precisa que será recién con la partición del inmueble donde cada propietario tenga una parte material del bien, hecho que es indiscutible. Sin embargo, lo discutible sería optar por una vía donde la partición no se realice por la



permuta de porcentaje sino por la adopción en que los propietarios siempre fueron dueños físicos de sus porcentajes (teoría declarativa).

Con la conclusión número tres la comparación crítica resulta igual, por cuanto ambos coincidimos, en que la partición del bien inmueble puede ser a modo convencional o judicial, lo que implica que por cualquiera de las vías se determine la parte que le corresponde a cada uno en función del porcentaje que ostentan. Sin embargo, dicha libertad de decidir es limitada por el segundo precedente materia de problema, por cuanto los copropietarios no pueden decidir a quién corresponde el gravamen de la hipoteca, debiendo afectar este a todas las fracciones independizadas provenientes de la división y partición del inmueble, lo que limita la libre voluntad de reconocer quien hipotecó su porcentaje, prefiriendo la protección del acreedor hipotecario.

Con la conclusión número cinco la comparación crítica resulta igual, por cuanto ambos coincidimos, en que el porcentaje que cada copropietario goza no determina una fracción física del mismo, sino un porcentaje dentro del todo para poder ejercer facultades de la propiedad en común.

5.3.5. Discusión y contrastación con el primer antecedente local

Comparación con el Trabajo Académico del año 2021, que lleva como título “Limitaciones registrales derivadas del régimen de copropiedad: caso parcela 82 del distrito de San Jerónimo - Cusco”. Los autores, Gabriela Escobar Cruz y Lorena Ofelia Ponce Morales

Con la conclusión número uno la comparación crítica resulta parecida, por cuanto el autor menciona la limitación que tienen los copropietarios al no tener una parte física de su porcentaje, lo que ocasiona no poder explotar dicha fracción, situación que se asemeja a la estudiada en la presente investigación, ya que la limitación de explotación en este caso se dará al afectar las partidas ya independizadas con una hipoteca que los



propietarios nunca realizaron, en ambos casos la limitación de explotación es un detrimento contra el derecho de propiedad misma.

5.3.6. Discusión y contrastación con el segundo antecedente local

Comparación con el trabajo académico del año 2020, que lleva como título “Formalización e independización de un predio transferido, por derechos y acciones, en el proceso de inscripción registral como protección de los derechos e intereses en el Perú”. El autor, José Montes Vargas.

Con la conclusión número uno y dos la comparación crítica resulta parecida, por cuanto dicho autor menciona los beneficios que una propiedad independizada dividida y partida produce, ya que la determinación real y registral le dotará de mayores provechos, sin embargo, para el caso materia de investigación dicha independización va ser limitada con la anotación en de un gravamen, lo que va desmerecer la explotación del predio.

Con la conclusión número tres y cuatro la comparación crítica resulta relacionada hasta cierto punto con la presente investigación, ya que el autor menciona que en una copropiedad es posible la constitución de una hipoteca, lo que constituye un beneficio, y que además dicho beneficio se incrementará al momento de la independización, sin embargo no menciona que los gravámenes constituidos previo a la división y partición deberán ser trasladados a todos los copropietarios, perjudicando así la libre explotación de las nuevas unidades independizadas, perjudicando a los propietarios no hipotecantes.



CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación tuvo como objetivo dar a conocer las consecuencias y perjuicios de los que eran pasibles las personas que sin haber hipotecado su porcentaje en una copropiedad, son perjudicados con la anotación registral de un gravamen en sus partidas registrales provenientes de una división y partición de bien inmueble, situación que constituye una vulneración al derecho de propiedad de estas personas, las cuales nunca consintieron ni realizaron dicha afectación, mucho menos recibieron algún crédito a su favor. Siendo las siguientes conclusiones a las que se arribó:

PRIMERA: Esta tesis ha demostrado que los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales, son perjudicados con la anotación registral de un gravamen en sus partidas registrales provenientes de la división y partición, lo cual como consecuencia es publicitado por el registro de predios, situación que perjudica la explotación de sus predios por cuanto estas personas no pueden ejercer a plenitud los atributos de la propiedad, lo que vulnera el derecho mismo de propiedad, como derecho fundamental y constitucional.

SEGUNDO: Por otro lado, el traslado del gravamen desde la partida matriz hacia las partidas independizadas provenientes de una división y partición, no sólo, no ha sido considerado como un perjuicio por el segundo precedente contenido en el decimoséptimo pleno del Tribunal Registral, sino que con este precedente se ha validado la afectación de los copropietarios no hipotecantes, anteponiendo al acreedor hipotecario, preferencia de derechos que ha sido sustentado entre líneas en la Teoría constitutiva de la extinción de la copropiedad por división y partición, la cual precisa la indeterminación de cuotas ideales y su transmisión mutua e indeterminada entre los copropietarios sin definición de un área física.

TERCERO: Así también, las resoluciones que sustentan el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral, mas precisamente la Resolución N°262-2006-



SUNARP-TR-L, no ha expuesto un análisis reflexivo que posibilite viabilizar una alternativa diferente a la propuesta en dicho pleno, dejando entrever en sus argumentos que, se ha decidido por la transferencia del gravamen desde la partida matriz únicamente por la interpretación sin crítica extensiva de algunos artículos del Código Civil como es el art. 984° sobre partición del bien, que precisa que la forma de extinción de la copropiedad mediante la división y partición se realiza mediante la permuta de sus porcentajes, lo que implicaría la adopción de la Teoría constitutiva, sin que se haga mención siquiera a los perjuicios que ello ocasiona, u otras vías de solución posibles.

CUARTO: Finalmente, se invita al lector a reflexionar y seguir profundizando las teorías que venimos siguiendo desde el derecho romano, por cuanto, a la luz de mejorar nuestro sistema civil peruano, muchas instituciones jurídicas deben ser materia de cambio, sin que ello signifique la destrucción de la fuente del derecho que seguimos, esto con la única finalidad de adecuar la realidad actual con las instituciones jurídicas existentes, a fin de mejorar las relaciones entre los particulares.



RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

PRIMERO: Se recomienda a la SUNARP poner en conocimiento del Ministerio de justicia dicha problemática para que, mediante un análisis y posterior debate, se proponga una iniciativa legislativa de modificación o inclusión en los artículos que correspondan en nuestro Código Civil Peruano, para la adopción de la teoría declarativa de extinción de la copropiedad mediante la división y partición del inmueble.

SEGUNDO: Por otro lado, se recomienda a las personas que son parte de una copropiedad en un bien inmueble, tengan la previsión de suscribir algún documento entre los copropietarios que resguarde su propiedad con previsión de que alguno de ellos grave de forma inescrupulosa su porcentaje.



BIBLIOGRAFIA

- Álvarez Caperochipi, J. (2017). Derechos reales. Lima, Perú: Pacifico Editores
- Arata Solís, M. (2016). La copropiedad y Derechos de los copropietarios. Lima, Perú:
Imprenta Editorial El Búho
- Avendaño Valdez, J., Avendaño Arana, F. (2017). Derechos reales. Lima, Perú: Tarea
Asociación Gráfica Educativa
- Capcha Vera, E. (2011). El ABC del Derecho Civil Patrimonial. Lima, Perú: Editorial
San Marcos de Aníbal Paredes Galván
- Castillo Torres, R., (05 de mayo del 2020). *La hipoteca sobre cuotas ideales. Análisis de las situaciones jurídicas de desventaja respecto del acreedor y el deudor hipotecario.* Civil Law.
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/robertocastillotorres/2020/05/05/la-hipoteca-sobre-cuotas-ideales-analisis-de-las-situaciones-juridicas-de-desventaja-respecto-del-acreedor-y-el-deudor-hipotecario/>
- Código Civil Español [CC]. Promulgado en 1889. 24 de julio de 1889 (España).
- Código Civil de la República de Chile [CC]. Ley de 1855. 14 de diciembre de 1855 (Chile).
- Código Civil Peruano [CC]. DECRETO LEGISLATIVO N° 295 de 1984. 25 de julio de 1984 (Perú).
- Constitución política del Perú [Const]. Art. 2 inc. 16. 23 de diciembre de 1993 (Perú).
- Cruz Gabriela, E., Ponce Morales, L. O. (2021) *Limitaciones registrales derivadas del régimen de copropiedad: caso parcela 82 del distrito de San Jerónimo – Cusco* [Tesis de grado, Universidad Andina del Cusco]. [Limitaciones registrales derivadas del](#)



[régimen de co-propiedad: caso parcela 82 del distrito de san Jerónimo - Cusco](#)
uandina.edu.pe

Décimo séptimo pleno del Tribunal Registral del 2006. Por el cual se ha acordado establecer 02 precedentes de observancia obligatoria. 23 de mayo de 2006.

Figuroa Almengor, K. S. (2013) *División y partición de inmuebles* [Trabajo académico de Post grado en Derecho civil y comercial, Universidad Particular San Martín de Porres].

[División y partición de inmuebles: alcances registrales - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

García de Tiedra González, J., (2011-2022). *Derecho Romano*. derechoromano.

<https://www.derechoromano.es/2011/12/el-condominio.html>

Gonzales Barrón, G., Aliaga Huaripata, L., Tarazona Alvarado, F., Rubio Bernuy, D.,

Gálvez Aliaga, I., Quintana Livia, R., Esquivel Oviedo, J., Huerta Ayala, O. (2010).

Manual de los procedimientos registrales. Lima, Perú: Imprenta Editorial El Búho

Gonzales Barrón, G. (2010). *Derechos reales*. Lima, Perú: EDILECSA

Gonzalo Uribe, A. L. (2019) *¿A quién deberíamos proteger cuándo se produce el traslado automático de gravámenes a las partidas resultantes de la división y partición, al acreedor o a los ex copropietarios?* [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Registra, Pontificia Universidad Católica del Perú].

[Microsoft Word - GONZALO-ALMENDRA-FINAL.docx \(pucp.edu.pe\)](#)

Huerta Ayala, A. (2020). *Inscripción registral de la prescripción adquisitiva de dominio notarial*. Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley

Juárez Moreno, J. A. (2015). *La copropiedad y la propiedad horizontal y su análisis en el derecho comparado de Centroamérica, México, Argentina y España* [Tesis de



grado, Universidad Rafael Landíva].

recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2015/07/01/Juarez-Jose.pdf

Jurista Editores. (2020). Código Civil. Perú: Jurista Editores

Montes Vargas, J. (2020) FORMALIZACIÓN E INDEPENDIZACIÓN DE UN PREDIO TRANSFERIDO, POR DERECHOS Y ACCIONES, EN EL PROCESO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL COMO PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES EN EL PERÚ [Tesis de grado, Universidad Andina del Cusco].
https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/3933/Jose_Tesis_bachiller_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Morillo Chamorro, M. G., Gonzalo Lascano, B., (2018). El Régimen de Copropiedad y sus Problemas Jurídicos. Revista de la Facultad de Jurisprudencia (núm. 3), pp. 139-152. <http://www.revistarfjpuce.edu.ec/index.php/rfj/article/view/41/30>

Palacios, E., (2005). La Copropiedad. Revista jurídica Docentia et investigatio (núm. 1), pp. 73-82.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10552>

Pérez Vallejo, A., (junio/noviembre del 2018). Notas sobre la comunidad de bienes: reglas básicas y algunas cuestiones litigiosas. SciELO Perú.
http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202018000100007

Resolución del Tribunal Registral N° 133-2002-SUNARP-TR-L del 2002. Por la cual se ha resuelto la apelación sobre la procedencia o no del acto rogado, contenido en el título observado N° 165471. 04 de septiembre de 2002.



Resolución del Tribunal Registral N° 262-2006-SUNARP-TR-L del 2006. Por la cual se ha resuelto la apelación sobre la procedencia o no del acto rogado, contenido en el título observado N° 40219. 24 de enero del 2006.

Ramírez Cruz, E. (2017). Tratado de derechos reales. Derecho de propiedad – copropiedad. Tomo II. Lima, Perú: Impresiones Editorial El Búho

Hernández Sampieri, R. (2014). Metodología de la Investigación. Santa Fe, México: Interamericana Editores.

Torres Vásquez, A. (2016). Propiedad Horizontal. Lima, Perú: Pacifico Editores

Vásquez Ríos, A. (2011). Derechos reales de Garantía, Tomo II (Quinta Edición). Lima, Perú: Editorial San Marcos

Vásquez Ríos, A. (2013). Derechos reales, Tomo I (Cuarta Edición). Lima, Perú: Editorial San Marcos

Varsi Rospigliosi, E. (2019). Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad. Tomo 2. Lima, Perú: Universidad de Lima Fondo Editorial

Varsi Rospigliosi, E. (2020). Tratado de derechos reales. Derechos de garantía. Hipoteca. Tomo 4. Lima, Perú: Universidad de Lima Fondo Editorial

Vega Espinoza, D. (2020). Propiedad contra hipoteca. La acumulación de predios, conformidad y el rango hipotecario del acreedor. Lima, Perú: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Witker, J. (1995). Metodología de la investigación jurídica. México: Ed. Mac Graw Hill



ANEXOS

a) MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	CATEGORÍAS Y SUBCATEGORÍAS	MÉTODO
<p>Problema general ¿Cuáles son las consecuencias del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros copropietarios, a raíz del segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral?</p> <p>Problemas específicos a) ¿El traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal?</p> <p>b) ¿Porque se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales?</p> <p>c) ¿El sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral no viabiliza</p>	<p>Objetivo general Analizar las consecuencias del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros copropietarios, a raíz del segundo precedente del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral.</p> <p>Objetivos específicos a) Determinar si el traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal.</p> <p>b) Delimitar porque se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales.</p> <p>c) Establecer si el sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del</p>	<p>Hipótesis general La constitución de una hipoteca por un copropietario en su cuota ideal y el traslado de este gravamen desde la partida matriz a las partidas independizadas provenientes de una división y partición deviene en perjudicial para los otros copropietarios.</p> <p>Hipótesis específicas a) El traslado del gravamen constituido por un copropietario a las partidas independizadas resultantes de una división y partición vulnera el derecho de propiedad de los copropietarios que no gravaron su cuota ideal.</p> <p>b) Se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los ex copropietarios que no gravaron sus cuotas ideales.</p> <p>c) El sustento jurídico que contiene las resoluciones que sustenta el segundo precedente del decimoséptimo pleno del Tribunal Registral no viabilizan una</p>	<p>CATEGORÍAS a. Gravamen b. Copropiedad c. Consecuencias jurídicas</p> <p>SUBCATEGORÍAS 1. Hipoteca 2.1. Cuota ideal 2.2. Partición 5. Segundo Precedente del Décimo séptimo Pleno del Tribunal Registral</p>	<p>Cualitativo: El presente trabajo de investigación tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno por lo tanto no está basado en mediciones, estadísticas, etc., sino en la facultad discrecional del juzgador.</p> <p>Técnicas e instrumentos de recolección de datos: Técnica: Análisis documental. Instrumento: Fichas de análisis documental.</p>



<p>una solución adecuada al problema planteado?</p>	<p>Tribunal Registral viabiliza una solución adecuada al problema planteado.</p>	<p>solución adecuada al problema planteado.</p>		
---	--	---	--	--



b) INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS N° 01

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

DETERMINAR LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL GRAVAMEN CONSTITUIDO POR UNA HIPOTECA SOBRE UNA CUOTA IDEAL PARA LOS OTROS COPROPIETARIOS, A RAÍZ DEL SEGUNDO PRECEDENTE DEL DECIMOSÉPTIMO PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL		
Nivel normativo utilizado:	Constitución política del Perú	
	Código Civil Peruano	X
	Reglamentos	X
	Segundo precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral	
	Resolución del Tribunal Registral	
	Otros	
Datos:	Contenido:	
Hipoteca	<p>Artículo 1097 del Código Civil Peruano:</p> <p>Noción de hipoteca:</p> <p>Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero</p>	
Copropiedad	<p>Artículo 969 del Código Civil Peruano:</p>	



	<p>Noción de Copropiedad:</p> <p>Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas.</p>
Disposición de la cuota ideal	<p>Artículo 977 del Código Civil Peruano:</p> <p>Disposición de la cuota ideal y sus frutos:</p> <p>Cada copropietario puede disponer de su cuota ideal y de los respectivos frutos. Puede también gravarlos.</p>
Partición del bien en copropiedad	<p>Artículo 983 del Código Civil Peruano:</p> <p>Noción de partición:</p> <p>Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.</p>
Permuta	<p>Artículo 1602 del Código Civil Peruano:</p> <p>Definición:</p> <p>Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.</p>
Independización y traslado de gravámenes	<p>Artículo 58 del Reglamento de inscripciones del registro de predios.</p> <p>Independización</p> <p>Definición:</p>



	<p>Es el acto que consiste en abrir una partida registral para cada unidad inmobiliaria resultante de una desmembración de terreno, con edificación o sin ella (...).</p> <p>El Registrador, al independizar, señalará que el terreno independizado formó parte de otro inscrito anteriormente.</p> <p>Asimismo, dejará constancia en la partida matriz de la independización realizada (...).</p> <p>Tratándose de partidas provenientes de otras, en la partida que se genere se procederá a trasladar las cargas y gravámenes vigentes y aquéllas que pese a haber caducado requieran rogatoria expresa para su cancelación, salvo que no afecten al predio inscrito en dicha partida.</p>
<p>Cancelación de hipoteca trasladada a partidas independizadas</p>	<p>Artículo 119 del Reglamento de inscripciones del registro de predios.</p> <p>Liquidación de derechos por cancelación de hipoteca trasladada a partidas independizadas:</p> <p>El acto por el que se declara la cancelación de la hipoteca inscrita en una partida matriz, dará lugar, a la cancelación de los asientos de traslado de hipoteca extendidos en las partidas individuales independizadas de aquélla, aun cuando éstas no hayan sido mencionadas en el título o en la rogatoria. (...)</p>



Partida registral	<p>Artículo 6 del Reglamento General de los Registros Públicos.</p> <p>Partida Registral</p> <p>La partida registral es la unidad de registro, conformada por los asientos de inscripción organizados sobre la base de la determinación del bien o de la persona susceptible de inscripción; y, excepcionalmente, en función de otro elemento previsto en disposiciones especiales.</p> <p>Artículo 4 del Reglamento de inscripciones del registro de predios.</p> <p>Folio real:</p> <p>El Registro de Predios se encuentra integrado por las partidas registrales provenientes de los registros que le dan origen, así como por los asientos que en él se extiendan, organizados mediante un sistema automático de procesamiento de datos. Por cada predio se abrirá una partida registral en la cual se extenderán todas las inscripciones que a éste correspondan ordenadas por rubros. Por cada acto o derecho se extenderá un asiento registral independiente. Los asientos registrales se extenderán unos a continuación de otros, consignando el rubro y la numeración correlativa correspondiente precedida de la letra que identifica al rubro, de acuerdo a la prioridad en el ingreso al Registro, salvo que se trate de títulos compatibles.</p>
Análisis:	Cuando hablamos de las consecuencias jurídicas del gravamen constituido por una hipoteca sobre una cuota ideal para los otros



	<p>copropietarios, nos referimos a los resultados o efectos que se dan como consecuencia de una norma, en este caso, el efecto que se produce a raíz del Segundo precedente de observancia obligatoria contenido en el Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral, son: la afectación de la partida registral de los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales, consistente en la inscripción de un gravamen trasladado desde la partida matriz hacia las partidas independizadas resultantes de la división y partición del bien. Hecho que además produce otro perjuicio derivado del anterior, el cual es la publicidad jurídica registral de dicho gravamen en las partidas independizadas de los copropietarios, lo que ocasiona la divulgación de un derecho a favor del acreedor hipotecario, que los copropietarios nunca suscribieron o consintieron.</p>			
<p>Existencia de consecuencias</p>	<p>Si existen consecuencias</p>		<p>No existen consecuencias</p>	<p>X</p>

Fuente: Elaboración propia.



INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS N° 02

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

DETERMINAR SI EL TRASLADO DEL GRAVAMEN CONSTITUIDO POR UN COPROPIETARIO A LAS PARTIDAS INDEPENDIZADAS RESULTANTES DE UN DIVISIÓN Y PARTICIÓN VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD DE LOS COPROPIETARIOS QUE NO GRAVARON SU CUOTA IDEAL.

Nivel normativo utilizado:	Constitución política del Perú.	X
	Código Civil Peruano	X
	Reglamentos	
	Segundo precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral	
	Resolución del Tribunal Registral	
	Otros	
Datos:	Contenido:	
La propiedad	<p>Art. 2° inc. 16 de la Constitución política del Perú:</p> <p>Toda persona tiene derecho:</p> <p>16. A la propiedad y a la herencia.</p> <p>Art. 70 de la Constitución política del Perú:</p> <p>El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.</p> <p>A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley,</p>	



	<p>y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (...).</p> <p>Art. 923 del Código Civil Peruano:</p> <p>La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.</p>
Desarrollo económico	<p>Art. 60 de la Constitución política del Perú:</p> <p>El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p>
Dignidad de la persona	<p>Art. 1 de la Constitución política del Perú:</p> <p>La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.</p>
Rango de la hipoteca	<p>Art. 1112 del Código Civil Peruano</p> <p>Preferencia de hipotecas:</p> <p>Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango.</p>
Análisis:	<p>Siendo que, los copropietarios no hipotecantes de sus cuotas ideales son perjudicados con la inscripción de un gravamen en sus partidas independizadas, se advierte otro perjuicio, esta vez, directamente a derecho de propiedad, por cuanto los copropietarios, no pueden ejercer a cabalidad los poderes jurídicos de la propiedad que el Código Civil Peruano les atribuye, por tanto, si bien la constitución de un gravamen de la naturaleza de una hipoteca no despoja al</p>



	<p>propietario de la posesión del inmueble y tampoco limita al propietario al uso, disfrute y disposición del bien, lo cierto es que, la inscripción de un gravamen en sus partidas registrales y la publicidad que brinda el registro pone en conocimiento de los terceros que dicha propiedad está afectada con una hipoteca, lo que debilita las intenciones de poder explotar dicho predio. En este sentido, la protección que la Constitución Política del Perú le da a la propiedad como derecho fundamental se ve afectada, limitando el aprovechamiento del inmueble, en el entender de poder enajenar su propiedad, o poder adquirir un préstamo hipotecando, ahora sí de su propiedad, ya que alguna entidad financiera o tercero no querrá arriesgarse a dar un crédito por cuanto existe una hipoteca preferente en el tiempo a ser cobrada.</p> <p>Por otro lado, si este copropietario desearía cancelar del gravamen trasladado desde la partida matriz, necesariamente tendría que asumir la deuda, o concertar con los copropietarios un acuerdo para la cancelación del gravamen o instar al deudor a cumplir su compromiso, lo que resultaría un desgaste de dinero y tiempo, lo que se traduce en más pérdida de dinero.</p>			
<p>Existencia de vulneración del derecho de propiedad</p>	<p>Si existe vulneración</p>	<p>X</p>	<p>No existe vulneración</p>	

Fuente: elaboración propia.



INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS N° 03

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

DELIMITAR PORQUE SE HA PREFERIDO EL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO POR SOBRE EL DE LOS EX COPROPIETARIOS QUE NO GRAVARON SUS CUOTAS IDEALES.		
Nivel normativo utilizado:	Constitución política del Perú.	
	Código Civil Peruano	X
	Reglamentos	
	Segundo precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral	
	Resolución del Tribunal Registral	
	Otros	X
Datos:	Contenido:	
Partición del bien en copropiedad	<p>Artículo 983 del Código Civil Peruano:</p> <p>Noción de partición:</p> <p>Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.</p>	
Teoría constitutiva	<p>Gonzales (2010) indica que esta “es una transmisión de derechos que se producirá desde el grupo de copropietarios hacia aquél de ellos que después de la división resulte propietario de cada porción del bien, o de todo el bien, o del precio compensatorio” (p. 515).</p>	



	<p>Agrega Ramírez (2017), mencionando que en Roma la teoría predominante era la traslativa la cual finalizaba con el intercambio de partes indivisas entre los copropietarios, por tanto, cada propietario era copropietario en porcentajes de todo el inmueble, lo que quiere decir que eran participes en determinados porcentajes del total.</p>
Teoría declarativa	<p>Para Ramírez (2017), el otorgamiento de la parte material se da de conformidad con el porcentaje que cada copropietario ostentaba, lo que significa dar una parte real que previamente ya existía o de la cual el copropietario ya era “poseedor”, ante ello el derecho ostentado en un porcentaje se concretiza en algo físico, se otorga o reconoce la parte física que siempre le hubo correspondido al propietario, en este entender, no se realiza ninguna transferencia o permuta sino un reconocimiento de propiedad material que siempre existió.</p>
Análisis:	<p>Es evidente la clara preferencia que se le ha otorgado al acreedor hipotecario por sobre los copropietarios que no gravaron su cuota ideal, este hecho de preferencia, no tiene sus bases en hechos concretos de cual persona recibe mayor perjuicio por el traslado del gravamen, sino que esta preferencia tiene sus bases en la naturaleza jurídica de la copropiedad y cómo es que se extingue esta mediante la división y partición del bien inmueble, en este sentido, se advierte que el Pleno ha seguido la corriente romana de la existencia de la cuota ideal en copropiedad; así tenemos que, cuando se desea poner fin a la copropiedad, los condóminos intercambian sus porcentajes entre ellos, de tal forma que ceden sus porcentajes unos con otros, entendiéndose que cada uno es propietario de todo el bien sin la</p>



especificación de un área determinada, situación a la cual la doctrina ha denominado teoría constitutiva; en contra posición, la teoría declarativa determina que al momento de dividir y partir el inmueble las partes se adjudican un parte física exacta en la proporción del porcentaje que ostentaban en la copropiedad, así, la fracción física entregada se entiende que siempre existió, lo que implica que, no se niega la indeterminación de la cuota ideal y la propiedad del todo, sino que por una ficción legal, se entiende que la fracción física otorgada al copropietario siempre la tuvo o siempre supo cuál era. Por tanto, en la teoría declarativa, si un copropietario hubiera gravado su porcentaje, por la ficción legal de siempre haber sido dueño físico del predio, el gravamen necesariamente recaería en la parte que se le otorga luego de dividido y partido el inmueble, cosa contraria a la teoría constitutiva, donde el gravamen sigue la línea de indeterminación del porcentaje.

En suma, se entiende entre líneas que el Pleno ha optado por seguir la línea ortodoxa de la indeterminación física de los porcentajes a través de la permuta de estos, entendida como teoría constitutiva, por tanto, se concluye este hecho como el motivo del porque se ha preferido el derecho del acreedor hipotecario por sobre el de los copropietarios; preferencia que no se ha realizado sobre un base de quien recibe el mayor perjuicio o desmedro de sus derechos, sino únicamente en el hecho jurídico, sin que el Tribunal Registral haya expuesto una real necesidad de protección del acreedor hipotecario, limitándose a aplicar la norma contenida en el art. 983 del Código Civil a rajatabla.



Preferencia del acreedor hipotecario	Si existe preferencia	X	No existe preferencia	
---	-----------------------	---	-----------------------	--

Fuente: Elaboración propia.

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS N° 04

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

ESTABLECER SI EL SUSTENTO JURÍDICO QUE CONTIENE LAS RESOLUCIONES QUE SUSTENTA EL SEGUNDO PRECEDENTE DEL DECIMOSÉPTIMO PLENO DEL TRIBUNAL REGISTRAL VIABILIZAN UNA SOLUCIÓN ADECUADA AL PROBLEMA PLANTEADO.		
Nivel normativo utilizado:	Constitución política del Perú.	
	Código Civil Peruano	
	Reglamentos	X
	Segundo precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral	X
	Resolución del Tribunal Registral	X
	Otros	X
Datos:	Contenido:	
Acuerdos del pleno del Tribunal Registral	Art. 31 del Reglamento del tribunal registral Los acuerdos del Pleno Registral que aprueben precedentes de observancia obligatoria establecerán las interpretaciones a seguirse de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito	



	<p>nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior (...).</p>
<p>Requisitos de validez del acto administrativo</p>	<p>Texto único ordenado de la Ley 27444 – Ley del procedimiento administrativo general.</p> <p>Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos</p> <p>Son requisitos de validez de los actos administrativos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.2. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación3. Finalidad Pública. - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.



	<p>4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.</p> <p>5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación</p>
Consecuencias de la teoría Constitutiva	<p>Si en la petición se le adjudica al copropietario el mismo bien sobre el cual recaía la cuota que se encontraba gravada con una hipoteca, esta última subsistirá bajo sus mismos términos y alcances. No parece coherente con los intereses involucrados el considerar que en esos casos la hipoteca debe extenderse a todo el bien. El acreedor considero suficiente garantía para su crédito la cuota ideal gravada, es más, al contratar la no tenía ninguna seguridad respecto a que la partición se llegaría a realizar o no, por tanto, mal podría pretender extender su garantía más allá de lo acordado. Queda a salvo, por cierto, el supuesto en que las partes de común acuerdo hayan establecido la posibilidad de dicho efecto. (Arata, 2016, p 57)</p>
Análisis:	<p>De revisado minuciosamente los alcances del Segundo Precedente del Decimoséptimo pleno del Tribunal Registral y las Resoluciones que la sustentan, se aprecia que, es la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L en la cual se han plasmado los fundamentos por los cuales el Pleno ha decidió aprobar el precedente de observancia obligatoria siguiente:</p>



TRASLADO DE CARGAS Y GRAVÁMENES “Los gravámenes que afectan la cuota ideal de uno de los copropietarios en un bien deben trasladarse a todas las partidas registrales resultantes de la división y partición de dicho bien”.

Estando a ello, el Pleno en sus fundamentos indica que el traslado del gravamen desde la partida matriz hacia las partidas independizadas, hallan sustento en la forma en como nuestro Código Civil ha regulado la copropiedad y la finalización de esta mediante la división y partición del bien, así, el Pleno precisa que los copropietarios son propietarios de porcentajes indeterminados dentro de la copropiedad sin determinación física hasta luego de la división y partición, además, sustenta que la partición se realiza mediante la permuta de porcentajes, cediendo cada uno el porcentaje que le asiste incluido los gravámenes, por estar estos dentro del porcentaje indeterminado.

En esta línea de ideas, si bien en la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L, se ha expresado una motivación del porque se está adoptando el mencionado precedente, en su contenido únicamente se ven argumentos que respaldan el punto de vista adoptado, sin que se plasme en dicha Resolución vías alternativas o doctrinarias similares o que se contrapongan a la adoptada, y sobre la base de ideas contrapuestas o disimiles, se pueda determinar porque una es mejor que la otra.



Por otro lado, si bien en la discusión del Decimoséptimo pleno se ha discutido la razón de la adopción de este precedente, lo cierto es que en la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L, no ha quedado registro de tales deliberaciones, por tanto, la exposición de motivos dentro de la Resolución como un acto administrativo ha quedado con expectativas de mayor análisis, al no tener el administrado mayor sustento que posibilite el entender la decisión adoptada.

Por tanto, en la Resolución antes indicada no consta en forma escrita la posición contraria a la adoptada, sin embargo en el Acta del Decimoséptimo Pleno del Tribunal Registral de fecha 20/04/2006 el vocal Pedro Álamo Hidalgo, deja constancia de que no se debe tener el mismo tratamiento en cuanto al gravamen impuesto por uno o más copropietarios; posición que debió ser incluida en la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L, así como debió ser incluida los sustentos contrarios al adoptado, lo que supondría una motivación amplia del acto administrativo emitido.

Finalmente, este voto en discrepancia no hace más que sostener que los Vocales se han decidido por una teoría que no está del todo clara en nuestra legislación, ya que la normativa civil no es precisa al indicar de forma taxativa que teoría es la que deberíamos seguir, habiendo tomado un camino que no brinda resguardo a la propiedad de los copropietarios no hipotecantes, sin buscar una



	<p>solución más acorde, como lo sería que, el gravamen constituido por un copropietario debe seguir el destino de la propiedad que se le adjudique, por cuanto, es el acreedor hipotecario quien se arriesgó a otorgar un crédito sin ninguna seguridad de que pudiera satisfacerla.</p> <p>A pesar de lo precedente, la RESOLUCIÓN N° 262-2006-SUNARP-TR-L, si bien no debate ni contrasta posiciones divergentes, cumple con sustentar su posición.</p>			
Se viabiliza una solución adecuada al problema planteado	Si se viabiliza		No se viabiliza	X

Fuente: Elaboración propia.