



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA ENUMERACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA
GARANTÍA REAL DE HIPOTECA REGULADAS EN EL ARTÍCULO
1122° DEL CÓDIGO CIVIL”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

ELSA MAVILA RAMÍREZ PINEDO

ASESOR:

Mg. *GRETHEL SILVA HUAMANTUMBA*

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO CIVIL - REGISTRAL

TARAPOTO – PERÚ

2015

LUS AURORA SAAVEDRA SILVA **Presidente**

JOSE WILLIAN ROMERO ASENJO

Vocal

GRETHEL SILVA HUAMANTUMBA

Secretario

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de tesis a Dios y a mis padres. A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento. Depositando su entera confianza en cada reto que se me presentaba sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Su tenacidad y lucha insaciable han hecho de ellos el gran ejemplo a seguir y destacar, no solo para mí, sino para mis hermanos y familia en general. Es por ellos que soy lo que soy ahora. Los amo demasiado.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a mi familia por confiar en mí, en forma generosa y altruista; me han brindado su apoyo espiritual, moral y material en la culminación de la presente tesis. A mi padre Jaime Ramírez, que fue un respaldo constante en todos los temas y primer referente para continuar con el arduo trabajo. A mi madre Teresa Pinedo que con sus consejos y personalidad me ha comprendido y apoyado siempre. A mis hermanos Arturo y Nilo que siempre estuvieron al tanto de mis desvelos y perseverancia motivándome a seguir adelante. A mi Tío Nilo Ramírez que descansa en la gloria de Dios por su ejemplo y admirable carrera en el apasionado mundo del derecho.

Asimismo, quiero dar un especial agradecimiento a la Dra. Cristina Gavancho, por su guía, consejos, precisiones y aporte en la estructura y temas planteados en la investigación. Por otro lado, quiero dar un agradecimiento a mis amigos de SUNARP, que siempre tuvieron la predisposición para ayudarme con los temas relacionados en la investigación.

También quisiera agradecer a la Universidad César Vallejo – filial Tarapoto, a la Escuela profesional de Derecho y cada uno de sus docentes, forjadores de mi formación profesional. A mis amigos de INDECOPI cuyo ejemplo motivó mi perseverancia y logré afianzar mis conocimientos.

Finalmente quisiera agradecer al Ministerio de Música del Movimiento Católico “Seguidores de Jesús el Maestro”, quienes supieron comprender mis horarios apretados, a pesar de ello, seguimos reflejando el amor de Dios y nuestra madre la Virgen María a través de la alabanza y oración. A mis mejores amigas desde el colegio Emy y Maju que compartieron a mi lado una etapa inigualable y con cuyas vivencias empecé a forjar mi gusto por la investigación.

DECLARACIÓN JURADA

Yo, Elsa Mavila Ramírez Pinedo, estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo, identificada con DNI 70470285, con la tesis titulada “ENUMERACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA REAL DE HIPOTECA REGULADAS EN EL ARTÍCULO 1122° DEL CÓDIGO CIVIL”.

Declaro bajo juramento que:

- 1) La tesis es de mi autoría.
- 2) He respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas. Por tanto, la tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente.
- 3) La tesis no ha sido autoplagiada; es decir, no ha sido publicada ni presentada anteriormente para obtener algún grado académico previo o título profesional.
- 4) Los datos presentados en los resultados son reales, no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados y por tanto los resultados que se presenten en la tesis se constituirán en aportes a la realidad investigada.

De identificarse la falta de fraude (datos falsos), plagio (información sin citar a autores), autoplagio (presentar como nuevo algún trabajo de investigación propio que ya ha sido publicado), piratería (uso ilegal de información ajena) o falsificación (representar falsamente las ideas de otros), asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad César Vallejo.

Tarapoto, 22 de Junio, 2015

Elsa Mavila Ramírez Pinedo
DNI 70470285

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado, presento ante ustedes la Tesis titulada “ENUMERACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA REAL DE HIPOTECA REGULADAS EN EL ARTÍCULO 1122° DEL CÓDIGO CIVIL”, con la finalidad de determinar si la enumeración de causales de extinción de la hipoteca regulada en el artículo 1122° del Código Civil es taxativa o *numerus apertus*, en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo para obtener el Título Profesional de Abogada.

Esperando cumplir con los requisitos de aprobación.

ÍNDICE

PÁGINA DEL JURADO.....	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD	v
PRESENTACIÓN.....	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCION	12
II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	37
2.1. Aproximación temática	37
2.2. Formulación del problema de investigación.....	38
2.3. Justificación.....	38
2.4. Relevancia	39
2.5. Contribución.....	39
2.6. Objetivos	40
2.6.1. Objetivo General	40
2.6.2. Objetivos Específicos.....	40
2.7. Hipótesis.....	40
III. MARCO METODOLÓGICO.....	40
3.1. Metodología	40
3.1.1. Tipo de Estudio.....	40
3.1.2. Diseño de Investigación.....	40
3.2. Escenario de estudio	41
3.3. Caracterización de sujetos	41
3.4. Trayectoria metodológica	41
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	41
3.6. Tratamiento de la información: Unidades temáticas, Categorización.....	41
3.7. Mapeamiento.....	41
IV. RESULTADOS	43
4.1. Descripción de resultados de entrevista.....	44
4.2. Descripción de resultados de guía de observación.....	46

V. DISCUSIÓN.....	48
VI.CONCLUSIONES.....	57
VII. RECOMENDACIONES.....	59
VIII.REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	60
IX. ANEXOS	62

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1. Cronograma de actividades.....	63
Anexo 2. Presupuesto de Investigación.....	66
Anexo 3. Formato de entrevista.....	70
Anexo 4. Formato de Guía de Observación.....	72
Anexo 5. Entrevistas resueltas.....	74
Anexo 6. Resolución del Tribunal Registral.....	79

RESUMEN

La tipificación en cuanto a los derechos reales responde al sistema de numerus clausus; dicha posición es acogida por nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, hay quienes consideramos que la posición del numerus apertus es el más adecuado para las actuales circunstancias de la sociedad. Razón por la cual, se han generado polémicas arduas llenas de fundamentos de distinta índole.

En nuestro ordenamiento jurídico esta realidad no es ajena; por ello, la discusión mencionada ha tomado mucha importancia en el ámbito jurídico peruano, cada una de las cuales es defendida a cabalidad y con fundamentos frente a la otra.

En el artículo 1122° de nuestro Código Civil se establece las causales de extinción de la garantía real de hipoteca y en concordancia con el artículo 881° constituye un catálogo taxativo que no incluye otra causal distinta, ello en base a que nuestro legislador adquirió como postura el numerus clausus; sin embargo, la aparición en el derecho registral de la Ley N°36639 que regula la aplicación de la caducidad en las cancelaciones de hipoteca ha permitido mediante las resoluciones del tribunal registral y el criterio adoptado por los registradores públicos la creación de una causal adicional a las establecidas por el código civil, dando nacimiento a una postura numerus apertus.

Se puede imponer un sistema u otro, pero la práctica demuestra la flexibilidad del derecho y la permeabilidad de sus instituciones. El imponer el numerus clausus llevará como lo hemos visto a que se busque por todas las circunstancias la posibilidad del numerus apertus. Y la imposición del segundo llevará a su constante crítica.

Mediante la presente investigación se pretende demostrar que las Causales de Extinción de la garantía real de Hipoteca es Numerus Apertus , para lo cual se ha procedido a exponer de la manera más clara cada uno de estos sistemas, sus ventajas y desventajas , la posible postura e intenciones de nuestros codificadores; todo esto a la luz de un análisis paralelo entre la rigidez del derecho tradicional, su función económico social y su permeabilidad en cuanto al ámbito registral, permitiendo tomar una posición debidamente sustentada.

ABSTRACT

The classification as for the royal rights answers to the system of numerus clausus; the above mentioned position is received by our juridical classification. Nevertheless, it is who we think that the position of the numerus apertus is most adapted for the current circumstances of the company.

Reason for which, there have been generated arduous polemics full of foundations of different nature. In our juridical classification this reality is not foreign; for it, the mentioned discussion has taken a lot of importance in the juridical Peruvian area, each of which is defended to cabalidad and with foundations opposite to other one.

In the article 1122 ° of our Civil Code there are established the grounds of extinction of the royal guarantee of mortgage and in conformity with the article 881 ° constitutes a restricted catalogue that does not include another different grounds, it on the basis of which our legislator acquired as position the numerus clausus; nevertheless, the appearance in the right registral of the Law N°36639 that regulates the application of the caducity in the cancellations of mortgage has allowed by means of the resolutions of the court registral and the criterion adopted as the public recorders the creation of an additional grounds to the established ones for the civil code, giving birth to a position numerus apertus.

It is possible to impose a system or other one, but the practice demonstrates the flexibility of the right and the permeability of his institutions. To impose the numerus clausus will go since we it have seen to that the circunstancias looks for all for the possibility of the numerus apertus. And the imposition of the second one will lead to his critical constant.

By means of the present investigation one tries to demonstrate that the Grounds of Extinction of the royal guarantee of Mortgage it is Numerus Apertus, for which has proceeded to expose in a clearest way each of these systems, his advantages and disadvantages, the possible position and intentions of our codifiers; all that in the light of a parallel analysis between the inflexibility of the traditional right, his function economic social and his permeability as for the area of public records, allowing to take a due sustained position.

I. INTRODUCCIÓN

Al realizar el estudio de títulos de inmueble podemos encontrar el tema de la inscripción de cargas y gravámenes cuya ejecución podría afectar el derecho de propiedad que se pretende adquirir. Por tanto, el vendedor hará todo lo posible por regularizar el inmueble a fin de que éste resulte atractivo para el comprador; para ello, verificará si se ha configurado algunas de las causales de extinción de hipoteca reguladas en el artículo 1122° del Código Civil, para así poder cancelar el gravamen en la correspondiente partida registral.

Adicionalmente, a las causales reguladas en el código civil que se consideran *numerus clausus* y que conllevarían a la extinción del derecho real de hipoteca, el tribunal registral en el IV Pleno, realizado los días 6 y 7 de junio del 2003, aprobó como precedente el criterio adoptado en la Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L del 11 de enero de 2003 que establece que : “El artículo 3° de la Ley N°26639 ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca, adicional a las señas en el artículo 1122° del Código Civil”¹.

En relación a esta investigación se encontraron algunos autores que han tratado en parte el tema en mención, ROCCA GUZMAN, Cary Evelyn² concluye que si bien la Ley N° 26639 regula el plazo de caducidad de las inscripciones de los gravámenes y ha permitido el cierre de las partidas registrales de gravámenes que no pueden ser ejecutados, su aplicación tiene una connotación mayor en el caso de la hipoteca. Ello se debe a que el cierre de una partida registral que contenía una hipoteca determina no sólo la extinción de la inscripción, sino también la extinción de la hipoteca como garantía real. Más aún si consideramos que la hipoteca ha nacido como garantía real a través de su inscripción en Registros Públicos.

GHERSI, Enrique³ conforme a su investigación el número *apertus* en materia de derechos reales, es mucho más eficiente y superior que el sistema de número *clausus*; por lo tanto, hay una relación entre costo de transacción y utilización en materia de derechos reales que ha llevado a que a lo largo de la historia hayamos pasado de un sistema a otro; sin embargo, debido a la reducción de los costos en la información en los tiempos contemporáneos no existe ninguna razón para mantener el sistema de número *clausus*.

ARBULÚ CELI, Juan Antonio⁴, mediante su publicación en Actualidad Jurídica trata el tema de *Numerus Clausus* y *Numerus apertus*, llegando a la conclusión que en la práctica la flexibilidad del derecho y la permeabilidad de sus instituciones permite su posición a favor del sistema *numerus apertus* ya que la principal virtud está en el libre desarrollo de nuestra

¹ Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L del 11 de enero de 2003

² ROCCA GUZMAN, Cary Evelyn. “LA CADUCIDAD COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA” Universidad de San Martín de Porres - Facultad de Derecho Perú, 2010.

³ GHERSI, Enrique. “Del *Numerus Clausus* al *Numerus Apertus*”, 2008

⁴ ARBULÚ CELI, Juan Antonio. Informe Práctico: ¿*Numerus clausus* o *Numerus Apertus*? Respeto al Principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomía de la voluntad. Actualidad Jurídica. 2008.

autonomía para poder adecuar nuestros problemas a nuestros intereses, siempre respetando los límites impuestos.

Hay fundamentalmente dos maneras de crear derechos reales, por un lado existe el denominado *numerus clausus* y por otro lado existe el denominado *numerus apertus*.

El ***numerus clausus*** significa que por disposición jurídica hay una reserva legal para la creación de derechos reales, es decir, los derechos reales en el sistema jurídico que adopta el procedimiento del *numerus clausus* sólo se establecen mediante la ley. Únicamente la ley dice cuáles son los derechos reales que existen y regula sus alcances, características y limitaciones. El sistema del *numerus clausus*, entonces, es el del monopolio legal. Solo mediante la ley es posible determinar y establecer los tipos de derechos que vincularán a las personas con las cosas.

El ***numerus apertus***, en cambio, no hay reserva legal; la autonomía privada puede generar el derecho real que sea posible. Las partes pueden crear el derecho real que les parezca, libremente, no hay limitación alguna a la voluntad de las partes.

Uno puede crear, modificar, mezclar, imaginar el derecho real que le parezca y es la autonomía contractual de las partes la que puede establecer derechos reales autónomamente.

Al referirnos a la **historia de derecho registral**, debemos precisar que el espíritu capitalista empieza adueñarse de los hombres a partir del siglo XV, específicamente en las grandes ciudades marítimas cuyo florecimiento tiene como causa el comercio. Paralelamente, la concepción medieval de la vida se resiste a desaparecer. Las sociedades evolucionan, pero a un ritmo lento, pues detrás de la idea entonces imperante se tiene una tradición subyacente que se arrastra por muchos siglos; además, la influencia religiosa todavía es grande para que se produzcan cambios dramáticos. Pero ¿Que significa este naciente espíritu capitalista?

"Pues, nada menos, que el objeto principal de la acción humana era la búsqueda de la riqueza"⁵.

No es que antes no existiese el espíritu mercantil, sino que la Edad Media se encuentra dominada por la religiosidad, la tradición, la aspiración suprema a la vida ultraterrena o por el honor. La sociedad estamental, sin cambios, tiene como característica que ricos y pobres lo son de generación en generación; sin movilidad social, en donde la riqueza no se explota a su máximo potencial, pues no existe el crédito, ni la Banca, ni los préstamos a interés; en donde

⁵ LASKI, Harold J. El Liberalismo Europeo. 1ª reimpresión de la primera edición española de 1939, Fondo de Cultura Económica, México 1992, p. 19.

el máximo valor es la vida contemplativa y monacal, y no la burguesa del comerciante. Todavía se piensa en la nobleza por razón de sangre, lo que es incompatible con el trabajo, el esfuerzo y la aventura. La hidalguía se emparenta con la ociosidad; y las faenas de trabajador, artesano o comerciante constituyen oficios poco menos que despreciables. En ese mundo existe la idea de lucro, pero no ganado a través de la producción, sino por medio de la nobleza, los privilegios o los derechos de conquista que implica la cesión de extensos territorios a los latifundistas.

En el Antiguo Régimen, liquidado por la burguesía liberal, las transmisiones de la tierra eran escasas, o simplemente no podían hacerse, ya que el suelo estaba vinculado con la nobleza, la casta y el estamento.

Esas clases eran perpetuas, no había movilidad social; y en tal sentido, no era usual que la tierra cambiase de manos. En un mundo de esas características no existía razón alguna, económica o jurídica, para dotar de especial seguridad a unas transferencias que simplemente no se realizaban⁶. Pero eso pronto habría de cambiar.

En el siglo XIX el liberalismo económico, por lo menos en la teoría, había triunfado en forma decisiva. "La riqueza de las naciones" de Adam Smith era un libro de cabecera, y describía el éxito a través del libre cambio de mercancías y capitales; fomentando el comercio, el crédito, la producción a través de la liberalización de la economía, pues los empresarios deberían deducir, al margen del control estatal, que producir, que comprar, que vender, que salarios pagar. El mercado, en buena cuenta, decide sobre todos y cada uno de esos ámbitos en forma espontánea, fuera de intervenciones o reglamentaciones, que solo impedirían que las inmensas fuerzas productivas puedan desarrollarse a su máxima plenitud. La diferencia con el anterior sistema, basado en el estamento, la religión y el desprecio por la actividad mercantil, era evidente.

No debemos olvidar que la corriente está marcada por la liquidación y venta en serie de venta de una serie de bienes públicos y privados, y asea los vinculados (cuya venta estaba prohibida), los de la Iglesia, los estatales y comunales. La idea es formar una masa de propietarios que inviertan en la agricultura, la industria, la minería o la construcción. Para ello se necesita también darles seguridad, garantías, protección frente a cualquier reclamo de los antiguos titulares basados en las normas del régimen jurídico que se desplomaba. La liberación de la propiedad tiene un rol fundamental para desactivar el poder terrateniente de

⁶ La economía de la época no pedía más. Las enajenaciones no eran frecuentes y la demanda de capitales estaba reducida a la mínima expresión: LACRUZ BERDEJO, Jose Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. Derecho Inmobiliario Registral, Jose Maria Bosch Editor, Barcelona 1984, p. 39

las clases estamentales, de la Iglesia, de la nobleza; y disolverlos mediante el tras-paso en masa de tierras a favor de burgueses, comerciantes y productores. Es el triunfo de una clase basada en el esfuerzo individual sobre otra clase que seguía pensando en la vida de tiempos pasados, y que la ociosidad era el mejor signo de honor y prestigio social, aunque no sea el triunfo de los pobres.

Existe, pues, un nuevo modo de ver la vida y la sociedad. Una idea de progreso, basada en la libertad y en la fe de la razón, hace que las elites creen que el camino al desarrollo se encuentra servido con solo mantener esa receta.

La liberalización de los factores de producción hace que estos se sometan a la lógica del mercado, lo que incluye desterrar las vinculaciones de la tierra; permitir la libre circulación del capital, dejar librado a la oferta y la demanda los salarios de los obreros; cerrar los gremios y sus regulaciones asfixiantes. En el mundo del Derecho estos cambios se aprecian dramáticamente:

"Los códigos civiles liberaron la riqueza de los antiguos vínculos, suprimiendo el *dominium directum* de la tierra y haciendo del *dominium utile*, es decir, de la propiedad burguesa, la única forma de propiedad, expropiable por los poderes solamente por necesidad pública legalmente constatada. En el derecho sucesorio se introdujo el principio de igualdad entre los coherederos, lo que quebró las grandes propiedades de tierra y transformo para la burguesía la riqueza inmobiliaria accesible, que después de algunas generaciones habría asumido el control integral. La introducción en los códigos civiles del principio de la igualdad entre los hombres valió para crear el intercambio de mercado. Sus valores no dependen más de los status subjetivos de los contratantes, sino que vuelven libre juego de las fuerzas económicas"⁷.

El Perú no es ajeno a estas corrientes y establece, por mandato constitucional, la libertad de comercio e industria, así como la libre enajenación de los bienes, específicamente de la tierra. Por su parte, la necesidad de dotar de crédito a las iniciativas empresariales hace que surjan las primeras entidades financieras luego de la mitad del siglo diecinueve; y los bancos hipotecarios recién tendrán una ley en 1889. Un año antes, y eso no es casualidad, se instaura el Registro de la Propiedad Inmueble mediante Ley de enero de 1888, cuyo considerando escueto dice: "que es necesario dar seguridades a los que contratan sobre las propiedades inmuebles".

⁷ GALGANO, Francesco, La globalización en el espejo del derecho. Traducción de Horacio Roitman y María de la Colonia, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, p 56.

Pues bien, como sería posible que el ideario liberal se cumpla? No basta eliminar las reglamentaciones, los privilegios, las vinculaciones a la tierra, los gremios, los estamentos mercantiles contrarios a la libertad de comercio. Se necesitan también medidas positivas que impliquen una acción efectiva, y una de ellas es asegurar que el inversionista pueda adquirir, o dar un préstamo, con seguridad razonable de su retorno. En ese punto entra precisamente a jugar el Registro.

No es casualidad, por tanto, que el siglo XIX sea aquel en el cual se generaliza en Europa y América, la adopción de los sistemas registrales sobre bienes inmuebles, por cuanto en ese momento la tesis económica imperante postula la necesidad de liberalizar el comercio⁸, permitir el libre cambio con el extranjero, atraer inversiones, desregular las actividades económicas, abrir la producción a las fuerzas del mercado, fomentar el crédito mediante sistemas modernos de garantía real (ejemplo: la hipoteca inscrita en un registro público, a diferencia de las garantías reales del pasado, ocultas y generales). La necesidad prioritaria es que el capital se dirija hacia los propietarios de la tierra, pero no a los aristócratas o a los barones del antiguo régimen, que solo querían mantener el honor del status, sino que permita el desarrollo de los burgueses inspirados en la idea de ganar dinero. De esa forma el capital permitiría modernizar las explotaciones agrícolas e industriales a través de la tecnología, y con la consiguiente obtención de eficiencia que posibilitaría participar con éxito en el mercado mundial.

El Registro se enlaza siempre con la necesidad de crédito seguro por medio de las entidades financieras destinadas a prestar capitales con garantía de hipotecas. En el caso nuestro, se buscó levantar o modernizar la búsqueda de inversionistas que desarrollen la industria o la minería, que en esa época se desarrollaba de forma artesanal y precaria; en fin, todo gira en torno a la idea de promover la producción y fomentar la más rápida y segura circulación de la riqueza.

El sistema económico se basa en los sucesivos intercambios de bienes y servicios, que se producen entre los distintos sujetos a efectos de satisfacer las crecientes necesidades e intereses de la vida. El hombre requiere de una base material que permita la subsistencia; en

⁸ "La propiedad y la producción agrarias quedan liberadas de un golpe del intervencionismo, mas o menos intenso, tradicional y pasaron a una economía de mercado libre. A la sociedad estamental sucedió la capitalista en la que tierras y trabajadores (empresarios o proletarios) eran simples factores de producción. Por otra parte -y esto no es menos esencial- se trató de una reforma real no meramente legal, puesto que la propia sociedad se encargó de llevarla a cabo con una velocidad pasmosa": NIETO, Alejandro. "Desamortización ilustrada y desamortización liberal". En: DE DIOS, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (Coords.). Historia de la Propiedad en España. Bienes Comunales, Pasado y Presente. Centra de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 285.

consecuencia, todos necesitan de la riqueza, ya sea material o intelectual, para conservar adecuadamente el ser físico e interno de cada uno, pues obviamente no es posible el autosostenimiento. En la economía de especialización del trabajo que impera con el capitalismo, cada quien produce algo, pero necesita de muchas otras cosas, por lo cual se hace imperativo las relaciones de cooperación entre ellos.

Pues bien, en este sistema generalizado de intercambio, los particulares buscan precaverse con el fin de que las promesas sean finalmente cumplidas, esto es, que las legítimas pretensiones de los contratantes no queden defraudadas. Así surge la necesidad de asegurar los intercambios, de reducir a la mínima expresión el riesgo de los productores y comerciantes, de proteger sus adquisiciones. Este es el fundamento que se encuentra detrás de la creación del registro.

En efecto, para entablar cualquier relación jurídica se requiere de un mínimo de certeza para asegurar la legalidad de la adquisición; así, en el caso de una compraventa, por ejemplo, es menester que el comprador indague sobre la titularidad del bien y los gravámenes que soporta. Para lograr ese conocimiento, los particulares pueden emprender averiguaciones largas y costosas; o puede el Estado preconstituir un sistema que facilite el acceso a la información jurídicamente relevante. Por tanto, no cabe duda de que la economía liberal extrema (la del "dejar hacer y dejar pasar") se vincula indisolublemente con la aparición del mecanismo técnico del registro, que a manu militari otorga garantías al derecho de los financistas y burgueses.

El registro es hijo de su tiempo, de la visión individualista extrema en la que solo interesa asegurar el reparto de los bienes que se produce con la liberalización de la tierra. Toda fase inicial de privatización de tierras públicas, comunales o baldías conlleva el "remate de la riqueza" (la misma situación se presentó a fines del siglo XX, con los neoliberales agrupados bajo el Consenso de Washington), y los inversionistas re-claman garantías. El registro, al igual que la codificación, es un instrumento jurídico que sirvió para lograr esa finalidad política, que no es otra que asegurar los derechos, aun a costa de la justicia o de la ponderación de intereses, por lo que se pretendía consolidar el reparto de la riqueza, sin importar su causa u origen.

Según el ***análisis económico del derecho y el orden económico de la atribución y explotación de los bienes***, Lacruz Berdejo⁹ indica que "La organización de la coexistencia

⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho". Segunda Edición. Dykinson. Madrid. 2000.

(que, por ciento, no tratará simplemente de hacer posible la vida individual de cada uno sin ser atacado por los demás, sino de optimizar la convivencia), no se para en el establecimiento de una normas que delimiten las facultades y los deberes de cada uno, tanto con relación a la vida en común y a la cooperación como a las esferas de poder individual: requiere correlativamente, el de una autoridad que haga efectivas esas normas (...)” “(...) es importante darse cuenta de que el Derecho no es solo un conjunto de reglas, sino, adicionalmente, una organización que las hace valer, ambos componen el ordenamiento jurídico de cada grupo social”.

Una análisis funcional del Derecho nos lleva a enfrentarlo necesariamente con uno de los ejes de la sociedad moderna, la economía, que permite el estudio de un amplio grupo de comportamiento humano, los cuales buscan encuadrarse, desde esta perspectiva en un “orden público económico”.

Ahora este análisis económico del derecho, que no es otra cosas que un análisis económico de las instituciones jurídicas y las normas que la regulan, tiene como presupuestos, determinados elementos socioeconómicos, los mismos que se agrupan a esta idea de “orden público económico”.

Cabe, en primer lugar, precisar que la idea de “orden público” implica la “formulación de los principios fundamentales y de interés general sobre los que apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado”¹⁰.

Este concepto adquiere gran importancia para nosotros, tal es así que el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, sanciona con nulidad los actos jurídicos contrarios a las leyes que interesan al orden público.

Para Diez – Picazo¹¹, "el orden público económico está constituido por aquellas reglas que son básicas en el orden jurídico global y con arreglo a las cuales en un momento dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad".

¹⁰ MESSINEO, Francesco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América. 1971.

¹¹ DIEZ-PICAZO, Luis. “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tecnos. 1986.

Ahora bien, Luis Pizarro Aranguren, a decir de Jorge Avendaño¹², nos dice que hay unos principios fundamentales en los que se apoya, o debería apoyarse, el ordenamiento jurídico de nuestra sociedad: unos criterios que subyacen al análisis económico del Derecho; esas columnas que el Estado no debería tocar sino proteger; en última instancia. los presupuestos que fundamentan el ordenamiento de la sociedad moderna; y, en términos generales, los señala: la atribución de los bienes económicos a través del derecho de propiedad privada; la idea de una movilización de riqueza en favor del interés general; la primacía de la iniciativa privada y la libertad económica, expresada en la libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica (competencia) y libre contratación; las grandes decisiones de precios, asignación de recursos y niveles de producción se toman en el mercado, en el que las actividades económicas se llevan a cabo sin ninguna dirección centralizada por parte de nadie; el dinero, medio por excelencia de intercambio, se convierte en el criterio de medida de la mayoría de aspectos, valorándose las expectativas, la tranquilidad, la privacidad, la salud y hasta la vida; la exigencia de una información abierta para la toma de decisiones con menores riesgos y costos; la seguridad del ordenamiento legal, para que los actores económicos puedan desenvolverse en un ambiente de predictibilidad y la seguridad del tráfico jurídico, protegiéndose la confianza razonable del contratante, lo que obliga a que las relaciones jurídicas sean conocibles por los interesados, por la posesión de los bienes y/o por sus inscripciones registrales.

Los derechos reales, derechos sobre las cosas o derecho sobre los bienes; constituyen el elemento estático de atribución de los recursos (bienes) a las personas, del Derecho Civil Patrimonial; como contraparte del elemento dinámico de intercambio y cooperación cual es el Derecho de Obligaciones.

Diversas son **las posturas en cuanto al fundamento de cada tipo de relación jurídica** (real y obligacional); si es que uno se basa en la relación persona – cosa y el otro en la persona-persona o si ambos surgen como efecto de las relaciones entre las personas, etc.

El desarrollo de los derechos reales origina el concepto de la explotación de los bienes como su mero uso para la obtención de beneficios por parte del dueño. Sera con López Jacoiste hacia 1960 que este concepto de explotación estará identificado con la consecución del

¹² AVENDAÑO V., Jorge. “Garantías. Materiales de enseñanza”, Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. 1991.

máximo rendimiento posible de las cosas para el beneficio no solo del individuo sino de la sociedad. Los bienes adquirirán así un "destino económico", concebido por Diez – Picazo como un destino no natural, sino como algo determinado por factores culturales y económicos, criterios sociales; que se lo otorga el propietario para colocar así límites al ejercicio de los derechos subjetivos, especialmente en el orden del uso y disfrute de estos; constituyéndose en una relación jurídica, como origen de deberes de comportamiento y establecerá también, el destino, el régimen jurídico que va a tomar determinado bien.

Es importante para el presente análisis tener en cuenta la permanente discusión que constituye la diferenciación entre los derechos reales y los obligacionales y la pluralidad de teorías que se manejan al respecto. No cabe en el presente contexto el desarrollo de las mismas, más si conviene enumerar tres aspectos generales de diferenciación. Por un lado, en los derechos reales se ejerce una influencia directa e inmediata sobre la cosa, sin la necesidad de la intervención de un tercero; lo que si ocurre en los derechos obligacionales, en los cuales no hay un el acceso directo sobre el bien.

Por otro lado, los derechos reales presuponen la existencia material y actual de un bien, en la relación jurídico – obligacional el objeto puede ser presente o futuro.

Por último, el perecimiento del bien extingue el derecho real, lo mismo no ocurre con la obligación, que permanece ante la extinción del objeto.

La finalidad del análisis económico del derecho, es comprobar si el sistema Jurídico crea las condiciones necesarias favorables para lograr la eficiencia económica. Entendida esta, como la asignación de recursos a los usos más valiosos, maximizando beneficios¹³.

El método del análisis económico del derecho permite analizar la eficiencia a la que conducen las instituciones jurídicas; evalúa si la norma jurídica crea condiciones que acerquen al sujeto de derecho al óptimo o lo alejen de él. En otras palabras, analiza si mediante el sistema jurídico se obtienen mayor beneficio o muchos costos.

Con respecto a las ***diferentes posiciones dentro de los derechos reales respecto al numerus clausus y numerus apertus***, tenemos que la clasificación más importante con respecto a los

¹³ MURILLO, María de los Ángeles. "Numerus Clausus VS Numerus Apertus". ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia? Revista Jurídica del Perú. Vol 47 N°10.Lima, 1997.

derechos reales es la que versa sobre la extensión de las facultades del titular con respecto a la cosa según sea total o parcial distingue entre un derecho real limitadas.

La inherencia, característica determinada por Lacruz Berdejo para los derechos reales supone la influencia directa y exclusiva del sujeto sobre la cosa que permite un dominio total y esto constituye la "propiedad plena" o como dice el mismo Lacruz Berdejo¹⁴: el derecho sobre las utilidades y posibilidades de servicio.

Bernardo Moreno Quesada¹⁵ definirá la propiedad como el derecho real pleno que confiere a su titular el señorío total sobre la cosa (...) es el más comprensivo y sirve de tipo y referencia a los demás derechos reales.

A la vez existen los derechos que están restringidos a algún o algunos aspectos del aprovechamiento. Son los llamados derechos reales ilimitados, que atribuyen solo de las posibilidades de goce que proporciona una cosa. Son los que recaen sobre cosas que pertenecen a una persona distinta, los "jura in re aliena" y se llaman limitativos porque restringen el provecho del propietario.

Esta diferenciación es muy importante para nuestro cometido, los derechos reales limitados, si bien pueden estar preestablecidos en el código civil, construyen una puerta abierta para el desarrollo de la imaginación humana y la creación así de nuevas formas derivadas de ellos, que se pretenden establecer como nuevos y verdaderos derechos reales. Criterios angulares, sin duda, cada uno de ellos, para la polémica de los *numerus clausus* versus *numerus apertus*.

Las teorías de defensa del sistema de numerus clausus, manifiestan que los *numerus clausus*, inspirados en la tipicidad del Derecho Romano aceptan como únicos y verdaderos derechos reales los establecidos por ley. Se limitan al catálogo que esta les presenta, son tipos cerrados y no es necesario que los particulares constituyan más de los ya establecidos.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis.

¹⁵ MORENO QUESADA, Bernardo; BUSTOS VALDIVIA, Ceferino. TRUJILLO CALZADO, María Isabel. "Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica". Tercera Edición. Editorial Comares. Granada. 1997.

El nombre de cada derecho real hace referencia al contrato del cual surge y señala su contenido, en el cual los particulares no pueden introducir modificación alguna más que las ya legalmente predeterminadas.

Son muchos los argumentos de defensa de este sistema se trata de grupos definidos ayuda, sin duda, la labor registral, haciéndola más rápida y simple.

En la libertad del numerus apertus se encuentra la amenaza al orden público y la posibilidad del ejercicio abusivo del derecho. Este orden público implica la defensa de las figuras existentes y la acentuación de las instituciones. La taxatividad de los derechos reales no implica el fin de su producción, el Estado puede, a través de su órgano legislativo, instituir más.

Los hermanos Mazeaud, a decir de Cuadros Villena¹⁶, sostienen que la definición de los derechos reales corresponde al legislador, por concurrir en ellos una persona con poderes sobre una cosa, mientras que en los derechos obligacionales o personales la voluntad de los sujetos de las relaciones jurídicas tiene libertad para crear diversos vínculos de derecho que no pueden caber en una enumeración taxativa.

Como tercer argumento, se sostiene que la concurrencia de varios derechos sobre una misma cosa ocasionaría, sin ninguna duda, que quien quiera invertir en ella lo piense muy cuidadosamente, incluso es más factible que llegue a desanimarse de tal inversión. Esto trae como consecuencia que los bienes se desvaloricen, al verse excluidos del tráfico jurídico.

Continúan sosteniendo que la producción indistinta de derechos reales acarrearía un incremento en el costo de transacción, en cuanto sería necesario para la averiguación del contenido, la esencia y todo lo no claro de los tipos creados.

Así como que los derechos reales atípicos, propios de los defensores del numerus apertus, son todos ellos encajables en cualquiera de las figuras típicas preestablecidas. Así, la creación de nuevos derechos reales no puede ser vista como tal, se impondrán como tales, pero solo serán una apariencia bajo la cual se configura un derecho real típico. Y el mismo hecho de tratar, con el fin de obtener mayores y/o distintos derechos sobre una misma cosa, de hacer encajar a la fuerza los tipos creados dentro de los típicos, termina por desnaturalizar a estos últimos y perjudicar el sistema jurídico.

Lacruz Berdejo detalla que el reconocer como derecho real a un grupo de facultades acarrea consecuencias muy relevantes tanto para terceros, para la economía y para la riqueza nacional; como para que el Estado lo deje en manos de particulares. Y, cita a Barassi, en

¹⁶ CUADROS VILLENA, Ferdinand. "Derechos Reales". Editorial Cuzco. Lima. 1994.

cuanto a que los derechos reales constituyen relaciones que establecen un deber general de conducta, ámbito del cual debe quedar fuera el arbitrio individual.

La postura de los defensores del numerus apertus, refutan algunos argumentos de sus contrarios y establecen los suyos propios. Sostienen, por un lado que la publicidad de la que requieren los derechos reales no se vería afectada con este síntoma ni tampoco la viabilidad del aspecto registral.

Todo gravamen o aglomeración de derechos sobre un bien requiere de su inscripción y, entonces, todo derecho real nuevo quedaría perfectamente registrado y sería fácil su ubicación y reconocimiento. Díez – Picazo considera necesaria la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse así como que se cumplan los requisitos de forma exigibles para el acceso al registro.

Agregan a sus argumentos el hecho que los cambios dentro de la sociedad constituyen un proceso permanente y muy exigente. Estos cambios al ser tan bruscos requieren que las condiciones en las que se manejan las personas se adecuen a ellos. Para esto es muy importante que sean los mismos a quienes les afectan directamente estos cambios los que lleven a cabo esta ambientación; y la creación de derechos reales es un modo más que adecuado para que los individuos satisfagan sus requerimientos sociales como se debe. Si bien aún argumento fuerte de los numerus clausus es que los derechos reales interesan a la comunidad y no de manera exclusiva a quienes los crean; sin embargo son las personas individualmente y en relación con las demás, las que deben satisfacer directamente sus necesidades y solucionar sus problemas, los que justamente surgen de esas relaciones. Nadie mejor que ellos para conocer su realidad más próxima y saber cómo manejarla.

Otra idea en la que basan su postura es que nadie más que los propios individuos sabrán lo que les conviene y lo que no, saber manejar sus intereses de acuerdo con sus necesidades. El manejo de la propiedad y la atribución de derechos limitados por parte de los particulares, no hará sino que mediante ello las personas alcancen el mayor aprovechamiento económico de los bienes; y así buscar reducir lo máximo posible los costos de transacción; lo que aluden los numerus clausus, aumentará al ser necesaria la identificación de las nuevas formas de derechos reales.

El argumento más fuerte y que muchos consideran dentro del cual se engloban todos los demás, es el de la autonomía de la voluntad. Es fiel respeto a ella el permitir que los individuos dispongan de los derechos que tienen sobre las cosas, resultado lógico del natural

deseo del hombre a conseguir su provecho. La doctora María de los Ángeles Murillo¹⁷, siguiendo la postura de Highton y de Hayeck sostiene que el derecho no se crea, sino que se descubre del quehacer diario, de la costumbre, de la cotidianidad, de la sucesión espontánea de hechos fruto de decisiones racionales. Por ello, difícilmente se podrá encasillar en un número limitado, los derechos reales, dado el dinamismo de las relaciones intersubjetivas.

En lo que respecta a la **evolución histórica de la hipoteca**¹⁸ podemos referir que en la **legislación griega** la hipoteca se le conocía con diversas modalidades en la antigüedad, así en Grecia tenía el carácter de una dación en pago - DATIO INSOLUTUM¹⁹ - que era el pago por entrega de bienes de forma pública. Muchas investigaciones no pudieron establecer si la hipoteca romana es una adaptación fiel del sistema griego o se trata de una original creación, ello en base a que sus diferencias son muy notorias; por tanto sólo cabe confirmar su existencia en ambos países. Se consideró en Grecia en favor de un acreedor la afectación de un inmueble, quien tenía prioridad para recibir pago con su valor e importe sobre cualquier otra persona, a pesar de quedar en manos del deudor el inmueble. Para otorgar seguridad jurídica era necesaria la publicidad, pero en ese entonces no existían medios suficientes que permitieran a los ciudadanos tener conocimiento de cuales inmuebles estaban gravados con hipoteca. Por ello, se creó la forma rudimentaria de colocar en la parte externa o fachada del inmueble hipotecado, una lápida o un pedestal para dar a conocer que el inmueble había sido gravado con hipoteca y en consecuencia, existía un derecho preferente constituido sobre él.

Luego, en la **legislación romana** aparece la enajenación como una garantía dada al propietario de un fundo destinado a la agricultura. Podía ser general cuando recayera sobre la totalidad o especial cuando afecte uno o más bienes del deudor.

En Roma, la hipoteca se imaginó como una prenda sin desplazamiento en beneficio de los chacareros que se veían imposibilitados de entregar a sus acreedores los instrumentos agrícolas, ya que son indispensables para la explotación de la tierra. El principio “*accessorium sequitur principale*”(lo accesorio sigue a lo principal) fue consagrado en el Digesto.

¹⁷ MURILLO, María de los Ángeles. “Numerus Clausus VS Numerus Apertus”. ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia? Revista Jurídica del Perú. Vol 47 N°10.Lima, 1997.

¹⁸ LALUPÚ, Luis. Curso “Derechos Civil VI (Reales)” dictado el en semestre académico 2005-I. -ULADECH-PIURA.

¹⁹ Es la acción de dar algo para pagar una deuda. Se refiere por tanto al acto por el cual el deudor realiza, a título de pago, una prestación diversa de la debida al acreedor, quien acepta recibirla en sustitución de ésta.(Blanch Nougés, José María, Universidad Autónoma de Madrid, 2010,Revista jurídica)

No era indispensable señalar en el contrato el inmueble gravado, por eso no se tenía la certeza que si el inmueble que se ofrecía en garantía estaba libre de gravámenes o no.

Como institución primigenia era defectuosa; confería al acreedor, un privilegio innecesario; el de entrar en posesión de los bienes. Además, al no estar sujeta a un régimen de publicidad, los terceros ignoraban su existencia posibilitando el fraude.

Conforme pasó el tiempo el acreedor hipotecario adquirió el derecho de vender y se le otorgó una acción contra el tercero adquirente del bien hipotecado. En el caso de pluralidad de hipotecas, se daba preferencia a la más antigua, lo que llamaríamos actualmente el derecho de preferencia y persecución.

En la **legislación francesa**, la hipoteca apareció en el siglo XIII con el nombre de OBLIGATIO BONORUM. En esa época, el acreedor disponía de procedimientos largos y difíciles para ejecutar los bienes de su deudor. En Picardía por ejemplo que era una región de Francia, sólo se le permitía embargar los bienes muebles y los frutos de los inmuebles. Entonces, el deudor declaraba que obligaba todos sus bienes en garantía de la deuda y permitía al acreedor venderlos para pagarse. Esta "obligación de los bienes" tomó en el siglo XVI el nombre romano de hipoteca y era equivalente.

La "obligatio bonorum"²⁰ podía establecerse por documento privado o por instrumento público. Pero, no se mantuvo ya que la inferioridad del documento privado había sido cuestionada en el siglo XVI por Rebuffe y por Dumoulin por lo cual únicamente pudo constituirse una obligación hipotecaria por instrumento público o notarial.

En Francia, durante la revolución se promulgó el Código Hipotecario y la Ley de Declaraciones Mobiliarias, inspiradas en el derecho alemán, pero legislaron en forma defectuosa, se estableció la publicidad pero se omitió algo fundamental, que es la especialidad.

En 1804, al redactarse el Código de Napoleón, se dividieron los juristas en cuanto a la forma como debía considerarse la hipoteca; para resolver el conflicto tuvo que recurrirse al mismo Napoleón, quien adoptando un sistema transaccional, estableció que la hipoteca para su validez debía de ser pública y especial y se admitieron hipotecas que surtían efectos sin necesidad de inscribirlas, tales son las hipotecas legales y judiciales.

En la **legislación germana**, a diferencia del sistema romano, la hipoteca tenía como base dos principios fundamentales: la publicidad y la especialidad.

²⁰ Dicha obligatio podría ser general, sobre todos los bienes presentes y futuros, muebles e inmueble, del deudor; pero no se trataba de una hipoteca, ya que sus efectos eran limitados en la práctica pues los bienes estaban obligados no solamente a la familia del individuo, sino también a las cargas señoriales a las que podía estar sujeto.

En el derecho germano, la propiedad y la constitución de gravámenes sobre ella se consideraba un acto de interés público y no privado. Tanto así que, era necesario realizar ciertos actos solemnes ante un consejo o un tribunal que debía aprobarlos y demostrar que dichos actos eran públicos.

En Prusia, apareciendo el Código Prusiano de 1774 se restableció el sistema germano, debido a que por primera vez, la hipoteca presentó caracteres fundamentales que la distinguen en el derecho moderno. Estas son:

- 1) La especialidad, que significa que el gravamen debe constituirse afectando determinado inmueble.
- 2) La legalidad, que determina que la inscripción debe hacerse por la autoridad de acuerdo con los requisitos de la ley.
- 3) La publicidad, que significó la necesidad de poder conocer de la existencia de los gravámenes mediante las inscripciones.
- 4) La prioridad, que era la preferencia establecida según la antigüedad de la inscripción.

Ahora, si analizamos las principales diferencias entre el sistema germano y francés en cuanto a la hipoteca son: En el francés se admiten hipotecas que surten efectos sin haber sido inscritas. En cambio en el germano sólo tienen valor con la inscripción. Otra diferencia es que en el germano la validez de la hipoteca subsiste mientras no se logre cancelar la inscripción, en el francés la hipoteca es un derecho accesorio, que se extingue junto con la obligación principal.

En la **legislación peruana**, Los redactores del Código de 1852 se inspiraron, en la legislación española y en el Código de Napoleón, ambas eran defectuosas en el tema hipotecario.

En la época en que se promulgó el Código de 1852 no existían los medios de publicidad suficientes, mucho menos adecuados a las circunstancias, ni tampoco se habían creado los registros de la propiedad, se quiso dar solución al problema estableciendo que las hipotecas debían inscribirse en el oficio de hipotecas, en cada capital de departamento, esto a cargo de un Escribano Público, como en esa época se llamaba, hoy día son los notarios.

Dichos oficios de hipotecas se encontraban contemplados en los artículos 2051° a 2054° del Código Civil de 1852. Estos artículos quedaron derogados en el año de 1888 por la ley que creó el Registro de la Propiedad Inmueble, que estableció la inscripción obligatoria de toda clase de hipotecas, inclusive las legales.

Dicha reforma en 1888 sobre el sistema del Código de 1852 fue muy útil e importante, ya que dicho Código era muy defectuoso y existía una gran incertidumbre en relación con las

hipotecas, esto porque los terceros no tenían cómo conocer con certeza la condición del bien que debían recibir en garantía. Por lo cual se presentaba una incertidumbre jurídica.

Como consecuencia de la creación del Registro de la Propiedad Inmueble, resultó que la propiedad que no aparecía inscrita en él no podía ser hipotecada. También desaparecieron las hipotecas generales y ocultas. Con el Código Civil de 1936 se reconoció el doble carácter que tiene la hipoteca voluntaria, que servía como derecho de garantía y como instrumento de crédito. Así mismo, se suprimieron las hipotecas judiciales porque eran una institución vieja que ya no tenía defensores. Se mantuvieron las hipotecas legales en dicho código.

La **hipoteca se define** según el Código Civil como *“Un derecho real, accesorio e indivisible, pues el acreedor tiene el derecho de persecución y venta del bien y que se constituye en garantía de un crédito u obligación, extendiéndose a todas las partes del bien hipotecado”*²¹.

Es muy clara la jurisprudencia peruana, al señalar la definición de hipoteca en base a las resoluciones casatorias que establecen que: *“La doctrina considera varias definiciones, pero en todas ellas se le reconoce a la hipoteca la calidad de derecho real adherido al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, de tal manera que sigue siempre a la cosa hipotecada cualesquiera que sean las manos a que pase, y a pesar de los cambios que ocurran en la propiedad que grave, de donde resulta que el acreedor hipotecario tiene una acción real”*²²

Jorge Avendaño Valdez²³, manifiesta en rigor que: *“La hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar dinero, pero no una obligación de hacer o no hacer”*. La razón de esta opinión es que la hipoteca, en caso de incumplimiento del deudor, desemboca en la venta del bien gravado.

Como comenta MERY²⁴: *“El derecho real puede contener dos categorías de facultades sobre la cosa que recae: a) facultad de goce directo en función a su valor de uso, y b) facultad de utilización indirecta respecto a la cual la cosa no tiene sino un valor de cambio”*.

El artículo 1097° del Código Civil establece que *“Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y*

²¹ Jurisprudencia Casatoria (Cas. N°30697, p.358)

²² (Cas. N° 306-97. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, p. 358).

²³ Jurista y docente en la Pontífice Universidad Católica del Perú. Comentario al Código Civil Peruano.

²⁴ MERY Berisso, Rafael. Derecho Hipotecario. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958. N°3 p. 10.

venta judicial del bien hipotecado". Del artículo en referencia podemos resaltar lo siguiente: La hipoteca es un derecho real de garantía, que afecta un inmueble, para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación. La hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesoria de una obligación.

Las principales **características de la hipoteca** son: Ser un derecho real y accesorio, tener un carácter inmobiliario, su constitución es por el deudor o por un tercero, no hay desplazamiento del bien ni desposesión, especialidad, indivisibilidad y publicidad.

Al decir que es un derecho real y accesorio significa que está dentro de la categoría de los derechos reales, pero es un derecho real accesorio. No permite al acreedor actuar material y directamente sobre la cosa, ello lo diferencia del derecho real de propiedad. La hipoteca debe transmitirse junto con el crédito al cual sirve de garantía y no independientemente. El hecho de que la hipoteca sea accesoria a un crédito indica que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación, y que no puede constituirse en forma autónoma. De esta manera queda claro precisar que la hipoteca sólo nace cuando nace el crédito asegurado; su validez se condiciona a la del crédito y se extingue con la extinción de la obligación.

Su carácter inmobiliario significa que solamente puede ser constituida sobre inmuebles, aun siguiendo la suerte del crédito, la hipoteca conserva su carácter inmobiliario, es decir, que para renunciar a una hipoteca o ceder un crédito hipotecario, se necesita tener la capacidad requerida para enajenar un inmueble. Debemos precisar que el titular de la hipoteca posee: Un derecho de preferencia en relación a los demás acreedores y un derecho de persecución contra el tercero adquirente del inmueble hipotecado.

Nuestra legislación en el artículo 1100° del Código Civil rescata este carácter inmobiliario. Debo agregar que cuando mencionamos el hecho de que la hipoteca recaerá sobre inmuebles específicamente determinados, ello significa que estará individualizado con la fijación del área, linderos y medidas perimétricas que deberán coincidir con aquellas insertas en la ficha registral del Registro de la Propiedad Inmueble.

No es necesario que la hipoteca sea constituida por el obligado principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente. La situación del tercero puede asemejarse a la del fiador, pero se distingue de éste por responder únicamente con la cosa. Un ejemplo sería: el hijo obtiene un crédito de una entidad financiera, el padre para dar seguridad a esta operación decide hipotecar un bien de su propiedad en favor de la entidad crediticia. El artículo 1097 de nuestro Código Civil Peruano, permite la constitución de la hipoteca por parte del deudor o de un tercero.

La principal diferencia entre la hipoteca y la prenda común, es que la prenda recae en cosas muebles y la hipoteca en inmuebles. Otra diferencia es que en la prenda común el constituyente debe hacer entrega de la cosa al acreedor; en cambio, en la hipoteca no existe entrega del inmueble al acreedor. La hipoteca como acto constitutivo se sustituye con la inscripción del gravamen en el Registro de la Propiedad Inmueble.

A decir de Boulanger- Ripert²⁵ la expresión "especialidad de la hipoteca" tiene doble sentido. Por un lado, significa que la hipoteca garantiza un crédito determinado y por otra que la hipoteca se constituye sobre determinado inmueble.

Por su parte Beatriz Arean²⁶ en su Curso de Derechos Reales nos dice que: “Este carácter juega en un doble aspecto: en cuanto al crédito y en cuanto al objeto. En cuanto al crédito: se traducirá no sólo en la expresión de su monto en una suma de dinero cierta y determinada, o el valor estimativo en su caso, sino que, además, será necesaria su correcta individualización a través de la enunciación de sus elementos: sujetos; objeto y causa. Ahora, en cuanto al objeto: El inmueble o los inmuebles sobre los que recae la hipoteca deben también estar perfectamente determinados. En sentido concordante, en cuanto a los enunciados que debe contener el contrato hipotecario, se establece la situación de la finca y sus linderos: si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre.”

De ello puedo concluir que la escritura hipotecaria debe designar individualmente la naturaleza del inmueble. De esta manera, el deudor podría gravar todos los inmuebles que es dueño, pero deberá individualizar a cada uno de ellos. Con respecto al monto, tanto en la obligación dineraria como en la no dineraria, representa el máximo por el que va a responder el inmueble. De todo esto, debo precisar que quedan excluidas las hipotecas generales que afectan todos los bienes del deudor, sin especificarlos y, con más razón, las que gravan los bienes presentes y futuros.

El artículo 1099° del Código Civil con el rubro de "Requisitos de validez de la hipoteca esta característica está regulada en nuestro país.

En la legislación francesa a decir de Colin – Capitant²⁷ , “la acción hipotecaria, a diferencia de la acción personal, no se divide. El inmueble hipotecado responde siempre de la totalidad de

²⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges Ripert. “*Tratado elemental de derecho civil*”, tomo III, 2ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.

²⁶ AREAN de DÍAZ de VIVAR, Beatriz, “Curso de Derechos reales, privilegios y Derechos de retención”, 4ª ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997

²⁷ AMBROSIO, Colin y H, Capitant. “Curso elemental de derecho civil”

la deuda, y, cosa notable, cada fracción del inmueble hipotecado responde también de la totalidad”.

Valencia Zea²⁸, siguiendo a la legislación colombiana señala que: “La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraría manifiestamente el carácter de la accesoriedad, pues a pesar de la división del crédito o de la división del inmueble la hipoteca no se divide, y conserva intacta su integridad jurídica. Podemos inferir entonces que todo el crédito y cada fracción de él se encontrarán respaldados por el valor total del inmueble.

En nuestro país, el artículo 1102° del Código Civil menciona lo siguiente: "La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados"; de esta manera se pone de manifiesto el carácter intangible mientras subsiste la obligación. El Código ha previsto también la figura de la reducción de la hipoteca en dos artículos: Artículo 1115° y en el artículo 1116°.

Ambas formas de reducción del monto de la hipoteca son para facilitar al deudor acceder a futuras operaciones crediticias, ya que no es lo mismo que el bien esté garantizando un monto, cuando en realidad éste pudo haber disminuido lo que permitiría al deudor acceder a nuevas fuentes crediticias.

La característica de la publicidad refiere que el ejercicio del iuspreferendi y del iuspersequendi está supeditado a la previa inscripción. Esto se debe a que la ley establece que el acreedor hipotecario únicamente puede hacer valer si la hipoteca está registrada.

La publicidad registral es carácter esencial de la hipoteca: la hipoteca no inscrita no es un derecho real²⁹.

En el artículo 1099° del Código Civil, nuestra legislación lo regla cuando señala: "Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble"; lo que quiere decir que si este derecho no se inscribe, no ha nacido la hipoteca, y no sería posible llevar a cabo un proceso de ejecución de garantía el Código Procesal Civil.

Conforme al artículo 1101° del Código Civil, la hipoteca se extiende a las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado salvo pacto distinto. El antecedente histórico se remonta al Digesto, "si no se daba una cosa en prenda, quedaba igualmente obligado su solar, como parte de la misma" la Ley de las Siete Partidas establecía que: "cualquier mejora o accesión

²⁸ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. Tomo III. De las Obligaciones. Bogotá: Temis, 1990

²⁹ Curso “Derechos Civil VI (Reales)” dictado el en semestre académico 2005-I el mismo que fue dictado por el Abg. Luís Lalupú S

mediante la que se beneficie la cosa empeñada estará incluida dentro del gravamen, rigiendo lo mismo respecto de los frutos³⁰

El artículo 2046° del Código Civil de 1852 establecía que: "la hipoteca se extiende a todas las partes de la cosa hipotecada y a todos sus accesorios". El artículo 1017° del Código Civil de 1936 dispuso que: "la hipoteca se extiende a todas las partes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación".

La doctora Delia Revoredo de Debakey³¹ señala, que: "la extensión de la hipoteca sobre el inmueble ha sido mejorada y resalta, en este numeral no se ha incluido: las acciones naturales, ni los bienes vinculados, ni las mejoras introducidas; materia que tal vez el legislador pensó haber comprendido en el término "accesorio".

En nuestro ordenamiento jurídico **respecto a la hipoteca se establecen tres clases**: La hipoteca legal, la hipoteca convencional y la hipoteca judicial.

La hipoteca legal es definida para Planiol-Ripert y Becqué³²: *"aquella que de pleno derecho la ley une al crédito, sin que sea necesario que el acreedor haya de hacer que se le constituya por contrato expreso: antiguamente se denominaban hipotecas tácitas."*

En conclusión puedo inferir que la hipoteca legal es producto exclusivamente de la ley, la que es una creación puramente legal. Es la llamada "hipoteca tácita" en el derecho francés³³.

Luego, tenemos a la hipoteca convencional que se constituye por acuerdo de partes, que son acreedor y propietario. Se caracteriza por que la constituye por escrito el propietario del inmueble y requiere de inscripción en el registro de predios. La hipoteca no se inscribe de oficio sino se debe al pedido de la parte interesada. El Principio Registral de Rogación se en el artículo 2011° del Código Civil Peruano de 1984, el cual establece: "Los Registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulte de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos". Por ello, se deduce que la hipoteca convencional generalmente asegura el cumplimiento de un contrato de mutuo o de crédito bancario

³⁰ Leyes 15 y 167, título XIII, partida 5ta. de la Ley de las Siete Partidas

³¹ Revoredo Marsano, Delia. Abogada, egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1975- Volumen 5 de Código civil

³² PLANIOL-RIPERT y BECQUE, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo XIII, ed. 1940

³³ Derecho Civil: Louis Josserand ; revisado y completado por André Brun ; traducción de Santiago Cunchillos y Manterola

Finalmente, la hipoteca judicial es aquella que se concede al acreedor en la ejecución de la sentencia.

Según reconoce la doctrina unánimemente, existen diferencias entre forma y formalidad de los actos o negocios jurídicos; en ese sentido, *"toda declaración requiere de una forma externa que refleje la voluntad; pero no todo negocio reclama de formalidad"*³⁴

El principio de libertad de forma, consagrado en el artículo 143° del Código Civil, el acto jurídico puede exteriorizarse a través de diferentes formas; o las partes pueden establecer una determinada formalidad para la exteriorización del acto jurídico.

La formalidad será ad probationem, si solo sirve como medio de prueba, o ad solemnitatem, si su inobservancia es sancionada con nulidad por la ley.

En el caso de la hipoteca, el artículo 1098° del Código Civil indica que su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad en este caso mediante escritura pública o aquella prevista por la ley (ej. "declaración jurada con firma legalizada notarialmente"³⁵)

Ahora es importante establecer que la constitución de hipoteca tiene requisitos AD SOLEMNITATEM, lo que significa, que a falta de ellos el acto carecería de existencia legal y no sería posible demostrarlo por otros medios. Por tanto, se requiere que la hipoteca se constituya por escritura pública y se debida inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de SUNARP.

La hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones, incluso la posibilidad de garantizar obligaciones condicionales o a plazo.

Si hablamos de obligación a plazo o sometida a condiciones suspensivas, la hipoteca podrá surtir efecto contra tercero, desde su inscripción si la obligación llega a contraerse o se cumple la condición. Y cuando se contraiga la obligación a plazo o se cumpla la condición suspensiva en cuestión, los interesados podrán hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria.

Desde el Código de 1852, en el Perú, no es posible la hipoteca sobre bienes futuros, esto se debe a que es requisito sine qua non que la hipoteca sea inscrita en el registro por la insuficiente garantía que ofrece al acreedor hipotecario y por su escasa aplicación. En el artículo 1106° de nuestro Código Civil esta limitación o prohibición está reglada.

³⁴ LOHMANN, Juan. *El Negocio Jurídico*. Lima, Editora Jurídica Grijley, 1994.

³⁵Ley N° 26639

En la presente investigación tenemos como premisa **las causales de extinción de la garantía real de hipoteca**. Según nuestro Código civil en el artículo 1122° se establecen cinco causales taxativas que extinguen la hipoteca: la extinción de la obligación que garantiza; la anulación, rescisión o resolución de dicha obligación; la renuncia escrita del acreedor, la destrucción total del inmueble y la consolidación.

El primero de las causales según nuestro código civil es la **extinción de la obligación que garantiza**, esta causal es por excelencia el modo principal de extinción. No tiene razón de ser por sí misma la hipoteca, sino como garantía de un derecho de crédito. Sin embargo, hay situaciones que son admitidas por la legislación, como por ejemplo los casos de las hipotecas en garantía de una obligación futura o eventual regulada en el artículo 1104 del Código Civil. Se desprende del artículo 56° del Reglamento de las Inscripciones, que se debe tener en cuenta que todas las vicisitudes de la obligación también deben incorporarse al Registro, para que tenga efectos frente a terceros. Por tanto, son datos relevantes que deben constar en el asiento de inscripción de hipoteca: el capital y el interés. Así mismo cualquier cambio respecto a estos. La hipoteca se debe extinguir con la obligación garantizada, por tanto la extinción de la hipoteca por causas que solo se refieren al derecho real de garantía no extinguen el derecho personal de crédito.

El segundo es la **anulación, rescisión o resolución de dicha obligación**. Si la obligación resulta anulable³⁶ por cualquiera de las causas señaladas para el acto jurídico, entonces la hipoteca será parte de las consecuencias y se extinguirá. Igualmente, si la obligación se rescinde o resuelve, conforme a lo pactado o en virtud de la ley, la hipoteca se extinguirá totalmente. Debemos precisar que la hipoteca es oponible a aquellos que hayan inscrito antes de la cancelación, pero no será oponible a los acreedores que hayan publicado sus derechos entre la cancelación y el restablecimiento de la inscripción.

El tercero es la **renuncia escrita del acreedor**, que se sustenta en la autonomía de la voluntad como ocurre con la renuncia de otros derechos reales. Por ello, con independencia de la subsistencia de la obligación, el acreedor puede renunciar a la garantía hipotecaria si lo desea y se observa conveniente según sus intereses. Para ellos se exige renuncia por escrito, por lo tanto debe ser expresa y no tácita.

³⁶Artículo 221 del Código Civil

También se requiere que el acto sea unilateral y que no perjudique al tercero, porque el acreedor del renunciante puede solicitar la ineficacia de la renuncia si este acto le perjudica en virtud de la acción revocatoria o pauliana³⁷.

El cuarto es **la destrucción del inmueble**, esta causal se da cuando se extingue o desaparece totalmente la cosa hipotecada, la hipoteca queda sin efecto. Pero, de tratarse de una destrucción parcial, la hipoteca subsiste sobre la porción del bien no afectada por la destrucción, ello en aplicación de la indivisibilidad de la hipoteca. Además, existe también la posibilidad de la pérdida jurídica del bien. José María Chico y Ortiz³⁸ cita, entre otros, los siguientes casos: *“cuando se extingue el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario; la subhipoteca o la hipoteca sobre el derecho de hipoteca, cuando se extinga la primera; la hipoteca constituida sobre concesiones administrativas cuando estas caduquen o quedan extinguidas; cuando se trate de hipotecas sobre bienes litigiosos y la sentencia sea favorable a la demanda presentada; cuando la hipoteca recaiga sobre bienes sujetos a condición resolutoria, y esta se cumpla”*.

Y como última causal tenemos **la consolidación**. La Exposición de Motivos del Código Civil, citando a Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón³⁹, señala que: *“La consolidación no puede operar en perjuicio de tercero. Si el derecho real está gravado con otro derecho real, aquel frente al titular de este, subsistirá como si la consolidación no se hubiese producido”*.

Esta causal, la doctrina la llama confusión de derechos. Se trata del caso en que el derecho real de hipoteca se extingue cuando en una misma persona se da la cualidad de titular dominical y de titular del derecho real que lo grava. Esto se produce porque no es posible que se admita la hipoteca sobre cosa propia.

Ahora, el artículo 1122° que contempla las causales de extinción de la garantía real de hipoteca han sido establecidas taxativamente (númerus clausus), sin posibilidad de insertar una causal adicional, y menos aún referida a la caducidad de la hipoteca.

Esta imposibilidad fue reconocida en la Resolución de fecha 13 de marzo de 1998, mediante la cual la Sala Nº 03—con intervención de García Godos Campos como vocal ponente—ha señalado en el Expediente 3818-97 lo siguiente: *“La hipoteca es un derecho real establecido*

³⁷ Artículo 195° del Código Civil

³⁸ CHICO Y ORTIZ, José María. Estudios de Derecho Hipotecario. Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 1994

³⁹ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen /11. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Editorial Tecnos. Madrid, 2000

en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles, quedando éstos en poder del deudor que aún no ha cancelado la deuda. Si los accionantes no han cumplido con honrar la deuda contraída, no pueden excluirse del pago de la misma cabe la extinción de la hipoteca por caducidad.”

Sin embargo, mediante la Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral reconoció que “el artículo 3 de la Ley N° 26639 ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca, adicional a las señaladas en el citado artículo 1122° del Código Civil”.

Esta resolución fue aprobada en la sesión del Cuarto Pleno del Tribunal Registral de acuerdo a la Resolución N° 014 – 2003 – SUNARP -SA constituyendo el sexto precedente de observancia obligatoria, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de julio del 2003.

En dicha resolución, el Tribunal Registral se pronunció sobre: “la denegatoria de inscripción formulada por una registradora respecto a la reinscripción de una hipoteca, cuyo asiento de inscripción había sido cancelado por caducidad.”

Analizando la decisión del Tribunal Registral, al aplicar la Ley N° 26639 ha buscado cancelar, las inscripciones de hipotecas que afectan a determinados bienes y que no han sido ejecutadas dentro del respectivo lapso de tiempo.

Ahora, la aprobación de la Ley N° 26639 establece que para que se produzca la extinción de las hipotecas, deben transcurrir 10 años desde la fecha del vencimiento del plazo del crédito garantizado y no desde la fecha de las inscripciones, como lo estableció el artículo 1049° del Código Civil de 1936.

Esto significa que, se contabiliza a partir de la fecha del vencimiento de la obligación garantizada y no desde la inscripción de la hipoteca.

Para que no se aplique el presupuesto de la caducidad, en el plazo señalado en la ley el acreedor debe ser diligente y debe renegociar la deuda y renovar la hipoteca. O en todo caso interponer la demanda en la vía judicial con el objeto de hacer efectivo el pago de la deuda, ya que el descuido del acreedor puede originar que se cancele en el Registro por caducidad.

De otro lado, el primer párrafo del artículo 3 de la Ley N° 26639 establece: “la caducidad de las hipotecas por el transcurso del tiempo del asiento de inscripción: 10 años de la fecha de la inscripción. Este supuesto solo se aplicaría a las hipotecas que no garantizan un crédito, porque si lo hacen, entonces resultaría de aplicación el segundo párrafo del artículo 3, ya expuesto en párrafos anteriores”.

En el L Pleno del Tribunal Registral, realizado el 3, 4 y 5 de agosto de 2009: “La extinción de la persona jurídica acreedora determina la extinción de la obligación y consecuentemente la extinción de la hipoteca”. Se establece que en aplicación del principio del iuranovit curia

procede disponer la cancelación de una hipoteca por extinción de la acreedora, aun cuando no esté contemplada taxativamente en el artículo pertinente del código civil respecto a las causales de extinción de la garantía real de hipoteca, aun cuando en la rogatoria se haya solicitado la cancelación por caducidad conforme a la Ley N° 26639.

Si bien, conforme al precedente citado, es factible cancelar la hipoteca por extinción de una de las partes de la relación obligatoria garantizada con la hipoteca, pero ello solo está previsto para los casos de extinción de la persona jurídica acreedora, mas no de la persona jurídica deudora.

Esto se debe, a que la situación del acreedor y la del deudor no es la misma. Ya que en el caso de la parte deudora no implica que no exista obligación, pues la deuda se transmite a los obligados a asumirla con el fin de cumplir con el acreedor.

En efecto, como señalan Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Fryre, citando a Pothier, “No hay obligación sin la existencia de dos personas; una que sea la que contrae la obligación y otra en favor de quien se haya contraído. Aquel en favor de quien se ha contraído la obligación se llama acreedor; el que la ha contraído se llama deudor”.

En el caso de las personas jurídicas, a diferencia de las personas naturales, no existe sucesión, ya que al extinguirse, y por consecuencia dejar de ser sujetos de derechos y obligaciones, se extingue también las relaciones obligatorias en las que fueron parte, ello en base a que no es posible la sucesión universal en favor de otra persona natural o jurídica. Ahora , recordemos que en forma previa a la extinción de una persona jurídica, esta se disuelve y liquida, con la finalidad que en esta etapa, concluyan todas sus relaciones jurídicas.

Sobre el particular, Enrique Elías Laroza señala, refiriéndose a la disolución: “Resulta importante señalar que la disolución no es asunto que afecta únicamente a la sociedad que se encuentra incurso en alguna de sus causales, pues con ella también quedan resueltas las relaciones jurídicas que la sociedad hubiese contraído frente a terceros. A partir de la ocurrencia de la causal o del acuerdo de disolución, la sociedad tiene como finalidad la de liquidar su patrimonio y extinguirse”

En tal sentido se concluye que la extinción de la persona jurídica, determina la extinción de la obligación, por cuanto, como hemos dicho, no ha obligación sin la existencia de dos personas: una que sea acreedora y la otra que sea deudora.

Por ello, Tribunal Registral ha introducido nuevas causales de extinción de la hipoteca que son la caducidad y la extinción de la persona jurídica acreedora, adicional a las establecidas en el artículo 1122º del Código Civil y ha establecido este criterio como precedente de observancia obligatoria.

II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1. Aproximación temática: observaciones, estudios relacionados, preguntas orientadoras

Al hablar de hipoteca podemos definirla como un derecho real accesorio que grava los bienes inmuebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación, como por ejemplo el pago de una deuda.

Como derecho real de garantía, la hipoteca se constituye a través de su inscripción en el registro de propiedad inmueble como lo reconoce el numeral 3 del artículo 1099° del Código Civil. En este sentido, el registro no solo es un medio de publicidad de la hipoteca, es esencialmente el que determina su nacimiento.

Y su extinción, a diferencia de su nacimiento no es determinada por el registro. De acuerdo al artículo 1122° las causales de extinción no se encuentran relacionadas directamente al registro sino a otros factores como son: la extinción de la obligación que garantiza, la anulación, rescisión o resolución de dicha obligación, la renuncia escrita del acreedor, la destrucción total del inmueble; y la consolidación. Está demás precisar que estas causales han sido establecidas taxativamente (numerus clausus), sin posibilidad de insertar una causal adicional, y menos aún referida a la caducidad de la hipoteca.

Sin embargo, mediante la Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral reconoció que el artículo 3 de la Ley N° 26639 ha introducido una nueva causal de extinción de la hipoteca, adicional a las señaladas en el citado artículo 1122° del Código Civil. Por tanto, surge una problemática de analizar si las causales de extinción de la hipoteca que contempla el código civil peruano constituyen una norma numerus clausus (taxativa) o numerus apertus.

El Código Civil consagra el sistema del «numerus clausus» para los derechos reales. Según el artículo 881, los derechos reales son únicamente los regulados en el Libro de Reales y en otras leyes. Lo anterior significa que el número y contenido de los derechos reales está determinado por ley y que las personas no pueden establecer o crear sino los derechos reales previstos en la ley.

Entonces, teniendo en cuenta que la sección cuarta del V Libro del Código Civil hace referencia a los derechos reales de garantía, dentro de los cuales se encuentra la Hipoteca, podríamos concluir que el Art. 1122° establece un catálogo cerrado de causales de extinción de la hipoteca siendo imposible la incorporación de nuevas causales.

Sin embargo, el sistema de Numerus apertus se emplea cuando se pretende expresar, con finalidad o valor jurídico, que una determinada relación no se agota en su propia expresión sino que se halla abierta y admite la acumulación o inclusión de nuevas

unidades o individualidades según el encuadre jurídico actual, ello en base a la realidad social que se presenta.

En este contexto, interesa poner de manifiesto la necesidad de modificar algunos aspectos de la normatividad vigente en materia de derechos reales de garantía (Art. 1122°), a la vez introducir en base a la realidad social nuevo supuesto de causal de extinción de la Hipoteca como es la caducidad.

Por ello, la realización de esta tesis mediante el análisis de la relación de los fenómenos sociales y la flexibilización de las normas jurídicas tiene como finalidad determinar si la enumeración de causales de extinción de hipoteca regulada en el artículo 1122 del Código Civil es taxativa o *numerus apertus* estudiando el fenómeno social registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca como es la caducidad regulada en una ley especial (Ley N° 26639).

2.2. Formulación del problema de investigación

¿LA ENUMERACIÓN DE CAUSALES DE EXTINCIÓN DE HIPOTECA REGULADA EN EL ARTÍCULO 1122 DEL CÓDIGO CIVIL ES TAXATIVA O NÚMERUS APERTUS?

2.3. Justificación

Teórica:

Como futura profesional de derecho, es interesante el poder crear un proyecto de Ley con el cual se pueda agregar un supuesto más al Art. 1122° del Código Civil que establece las causales de extinción de la hipoteca. Ellos, en base a la conclusión de la presente tesis que corroboraría el fenómeno social registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca.

Metodológica:

Tiene importancia metodológica, porque es conveniente determinar si la enumeración de causales de extinción de hipoteca regulada en el artículo 1122° del Código Civil es taxativa o *numerus apertus*, con el fin de adquirir nuevos conocimientos, desarrollar un análisis crítico jurídico respecto a la relación de los fenómenos sociales y la flexibilización de las normas, ampliando un juicio doctrinal con influencia a un juicio práctico social. Por ello, me permite desarrollar mis capacidades respecto al tema y profundizar mi espíritu investigador para encontrar nuevos alcances.

Práctica:

La presente investigación tiene importancia práctica, porque en la actualidad en los registros públicos se han dado muchos casos de ingresos de títulos solicitando levantamiento de hipotecas teniendo como causal la caducidad, lo cual refleja una situación real que se da en la sociedad y que el registrador aplicando una ley especial (Ley N° 26639) refleja en el asiento de anotación de inscripción la caducidad como causal de extinción de hipoteca aun cuando no esté contemplado en el Art. 1122° del Código Civil que establece un catálogo taxativo.

2.4. Relevancia

En base a la conclusión de la presente tesis que corroboraría el fenómeno social registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca se podrá desarrollar un análisis crítico jurídico ampliando la teoría doctrinal existente que es el *numerus clausus* para pasar a un análisis práctico social que sería el *numerus apertus*, ya que mediante el desarrollo de la investigación se refleja una situación real en el ingreso de títulos a las oficinas registrales del Perú que solicitan la cancelación de hipoteca por caducidad, lo cual demuestra que el registrador aplicando una ley especial (Ley N° 26639) plasma en el asiento de anotación de inscripción la caducidad como causal de extinción de hipoteca aun cuando no esté contemplado en el Art. 1122° del Código Civil que establece un catálogo taxativo. Por ende, es interesante sumergirnos en el análisis mediante las resoluciones del Tribunal Registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca y mediante el criterio adoptado por los registradores públicos al aplicar la caducidad como dicha causal.

2.5. Contribución

La presente investigación brinda aportes a nuestro ordenamiento jurídico, al tratarse de un tema práctico como es la cancelación de hipotecas que diariamente ingresan a los registros públicos. Por ello, al aplicarse una causal no regulada en el artículo 1122° del Código Civil se pretende demostrar que existen leyes especiales que regulan situaciones reales como es la caducidad que por el transcurso del tiempo y debido al descuido el acreedor no ha renovado dicha hipoteca mucho menos ha renegociado la deuda que garantiza; razón por la cual, se pretende innovar la modificatoria de dicho artículo a fin de que incorporar una sexta causal de cancelación de hipoteca que sería la caducidad, otorgando de esta manera seguridad y coherencia jurídica.

2.6. Objetivos

2.6.1. Objetivo General

- Determinar si la enumeración de causales de extinción de la hipoteca regulada en el artículo 1122° del Código Civil es taxativa o número apertus.

2.6.2. Objetivos Específicos

- Estudiar las causales de extinción de la hipoteca en el código civil peruano.
- Analizar el fenómeno social registral de la caducidad mediante las resoluciones del Tribunal Registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca.
- Identificar la relación de los fenómenos sociales y la flexibilización de las normas jurídicas mediante el criterio adoptado por los registradores públicos al aplicar la caducidad como causal de extinción de hipotecas

2.7. Hipótesis

“LA ENUMERACIÓN DE CAUSALES DE EXTINCIÓN DE HIPOTECA REGULADA EN EL ARTÍCULO 1122° DEL CÓDIGO CIVIL ES NÚMERUS APERTUS.”

III. MARCO METODOLÓGICO

3.1 Metodología

3.1.1 Tipo de estudio

De acuerdo al fin que se persigue: Aplicada porque se utilizará conocimientos ya existentes (leyes y jurisprudencia), para el proceso de desarrollo de la investigación.

De acuerdo al diseño de investigación: Explicativa porque se analizará el cambio de un fenómeno social a efectos de verificar si realmente se relaciona a la norma actualmente aplicada, explicando la importancia del fenómeno social en la investigación.

3.1.2 Diseño

Teoría Fundamentada: ya que se basa en la interacción teórica de variables para determinar su relación y arribar a resultados propios de la investigación, es decir,

determinar si las causales de extinción de la hipoteca son *numerus clausus* y *numerus apertus*.

3.2 Escenario de estudio

Superintendencia Nacional de los Registros Público- Oficina Registral de Tarapoto

3.3 Caracterización de sujetos

- El Tribunal Registral a través de su jurisprudencia
- Los Registradores Públicos de Sunarp Tarapoto a través de una entrevista.

3.4 Trayectoria Metodológica

Guía de Observación: Es considerado el medio por el cual se va a recopilar la información para la investigación, se realizará mediante la revisión de fallos del Tribunal Registral en consideración a los criterios metodológicos al momento de recolectar la información, formulando las FICHAS respectivas, a fin de almacenarlas y procesarlas debidamente en el momento respectivo.

Encuesta: Es un cuestionario observando criterios metodológicos para determinar sus términos que servirá para medir el nivel de criterio y aplicación de la LEY 26639, que regula la caducidad como causal de extinción de hipoteca en la calificación registral.

3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

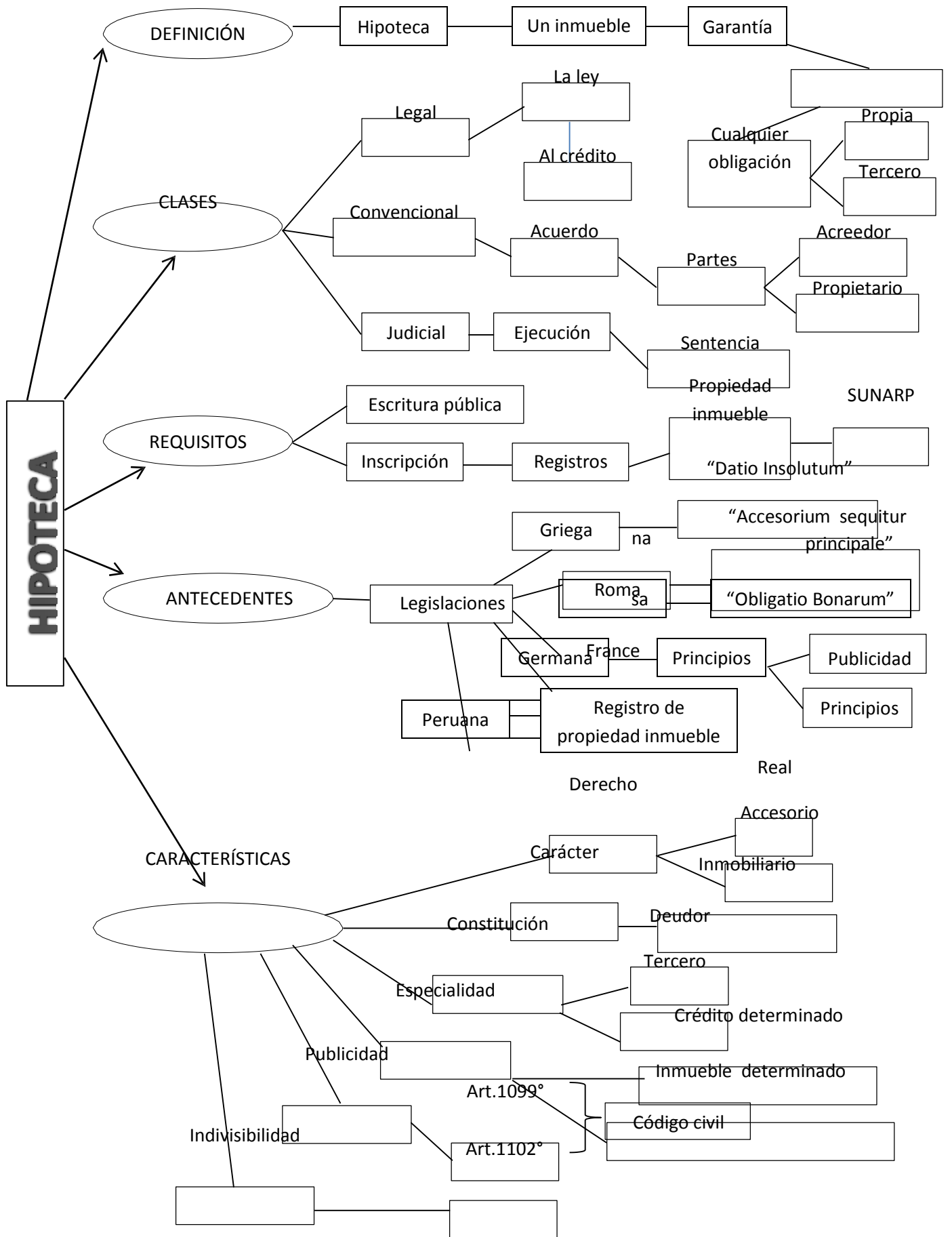
Guía de observación

Entrevista

3.6 Tratamiento de la información

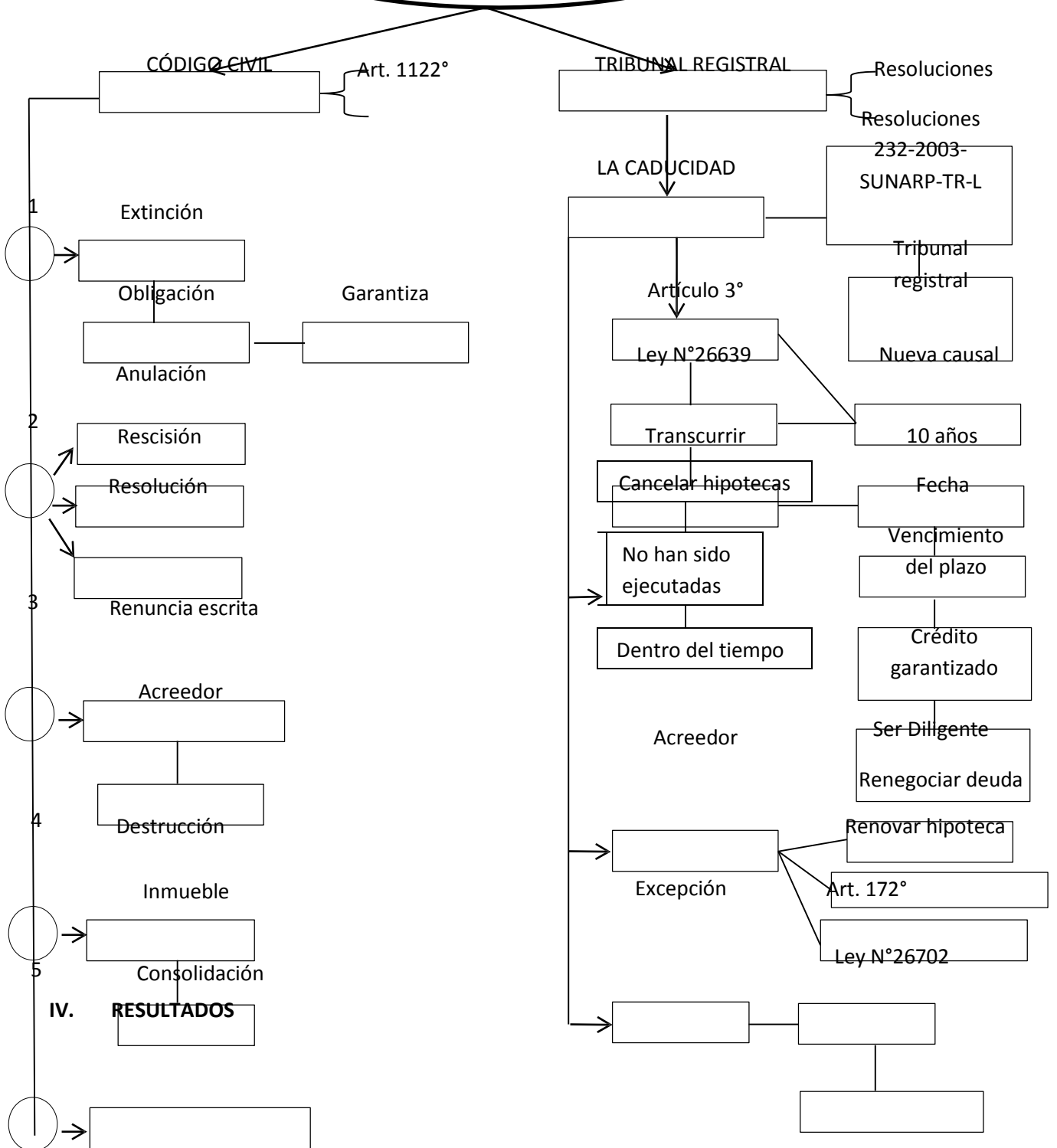
En el presente desarrollo de tesis se ha utilizado gráficos para almacenar y ordenar la información recaudada de las resoluciones del Tribunal Registral a través de la guía de observación. Con respecto, a las entrevistas a los registradores públicos se procedió a estructurar dichas entrevistas mediante cuadro de doble entrada.

3.7 Mapeamiento



CAUSALES DE EXTINCIÓN

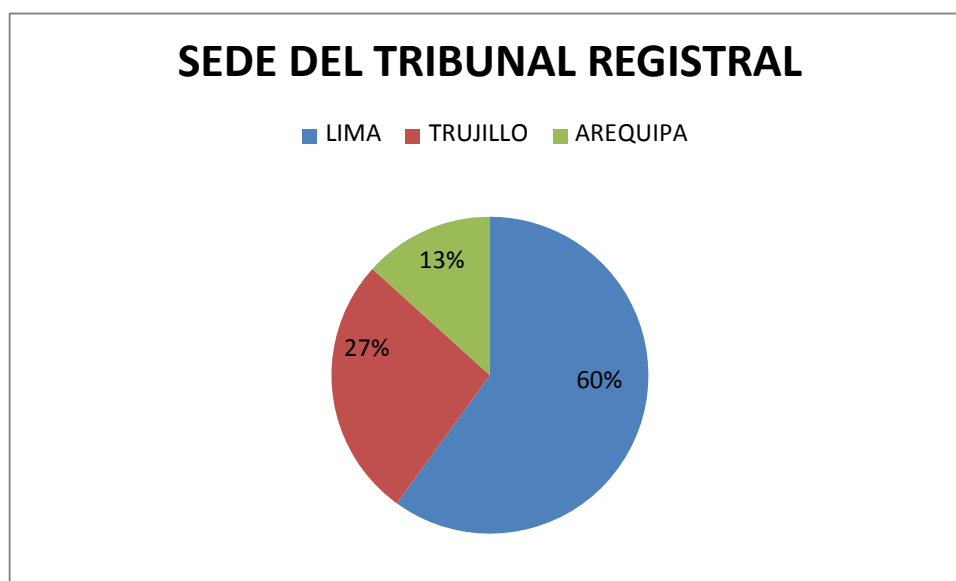
PREGUNTAS	ENTRE N	DE LA HIPOTECA	EVISTADO N°03:
			ENTREVISTADO N°04:



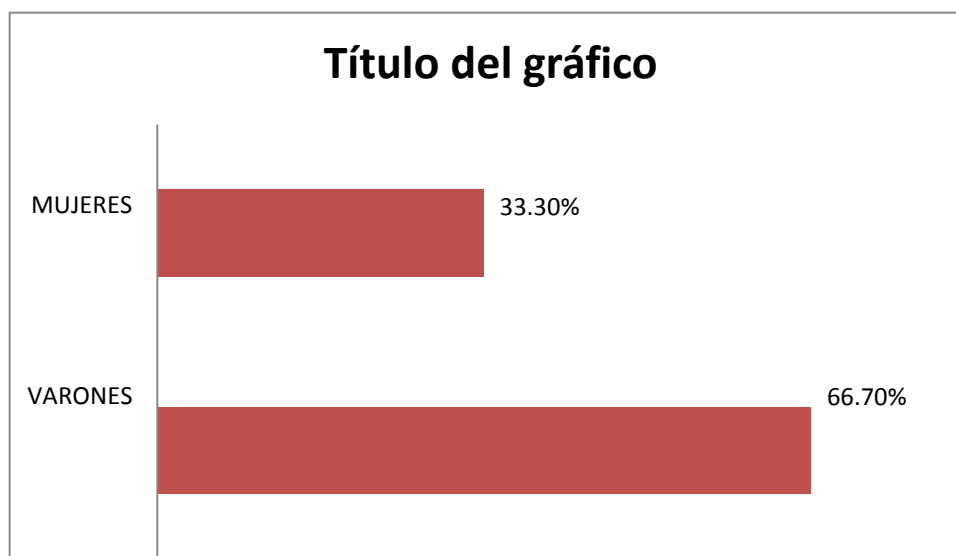
	JOSÉ WILLIAM ROMERO ASENJO	ENRIQUE ROJAS TAMBRA	EVELYN COLLANTES QUIJADA	RAUL CHAVEZ OLANO
1. Tiempo ejerciendo el cargo de Registrador Público	Desde el año 2008	Desde el año 2005	Desde el año 2006	Desde el año 2010
2. Causales de extinción que aplica en los asientos registrales	Las reguladas en el artículo 1122° del código civil y la causal de caducidad contemplada en la Ley N° 26639	Dos causales contemplada en el código civil: extinción de la obligación y la destrucción total del inmueble. Asimismo, la causal de la caducidad de la ley especial N°26639	Extinción de la obligación; anulación, rescisión o resolución de la obligación; renuncia del acreedor; consolidación y la caducidad.	Cancelación unilateral del acreedor (renuncia), cancelación por inexistencia del acreedor, cancelación por caducidad, cancelación por extinción de la obligación, cancelación por anulación, rescisión o resolución.
3. Legislación de las causales de extinción aplicadas	Las causales de extinción de hipoteca no sólo están reguladas en el código civil, sino también en legislación especial	Están contempladas en el código civil y la caducidad en una norma especial	Código civil y otras leyes especiales	Están contempladas en el artículo 1122° del código civil y la ley N°26639
4. Razón para la existencia de una nueva causal de extinción de hipoteca contemplada en una ley especial	El código civil no podría regular todos los supuestos o causales por el cual se extingue una hipoteca. Es posible que una ley especial como la Ley N°26639 regule una causal no contemplada en el código civil.	La casuística ha creado la necesidad de contemplar otra causal adicional a la prescrita en el código civil. Naturalmente son situaciones que se han presentado ya en la praxis y por ende su regulación se ha dado mediante normas especiales.	Se debe a una regulación especial que tiene la cancelación de hipoteca por caducidad	La caducidad está regulada en el código civil, lo que no está precisado es la aplicación de ésta como causal de extinción de hipoteca; por ello, es que el artículo 3° de la Ley N°26639 la regula ante dicho supuesto.

<p>5. Concepto de numerus clausus numerus apertus</p>	<p>Numerus apertus significa que el catálogo de causales reguladas en una norma es abierto. Numerus Clausus que el catálogo que regula la norma es cerrado</p>	<p>Numerus clausus y numerus apertus es una locución latina que comúnmente se utiliza para referirse a la reserva legal. Por ello mediante el numerus clausus se establece taxativamente las causales de extinción de la hipoteca</p>	<p>Numerus apertus significa que no hay reserva legal, las partes tienen autonomía contractual, no hay limitación a la voluntad de las partes. Numerus clausus mediante la ley se establecen los tipos de contratos posibles que vinculan a las partes, la ley determina cuáles son estos contratos y regula sus alcances.</p>	<p>Numerus apertus es cuando un texto normativo regula supuestos generales capaces de incluir supuestos adicionales. Numerus clausus cuando los supuestos regulados son específicos, están determinados por la propia norma.</p>
<p>6. Opinión si se debería modificar el Art.1122° del Código civil.</p>	<p>No debería modificarse el artículo indicado del código civil. En este caso lo que se tiene que hacer es una interpretación sistemática a fin de determinar las causales que ocasionan que una hipoteca se extinga</p>	<p>Si se debería modificar en aras de tener un ordenamiento jurídico más preciso y ordenado.</p>	<p>No necesariamente.</p>	<p>No por cuanto pese a que la norma sustantiva no contempla expresamente como causal de extinción se puede aplicar de manera supletoria o integrada la disposición del Art.3° de la ley N°26639.</p>

RESULTADOS GUIA DE OBSERVACION

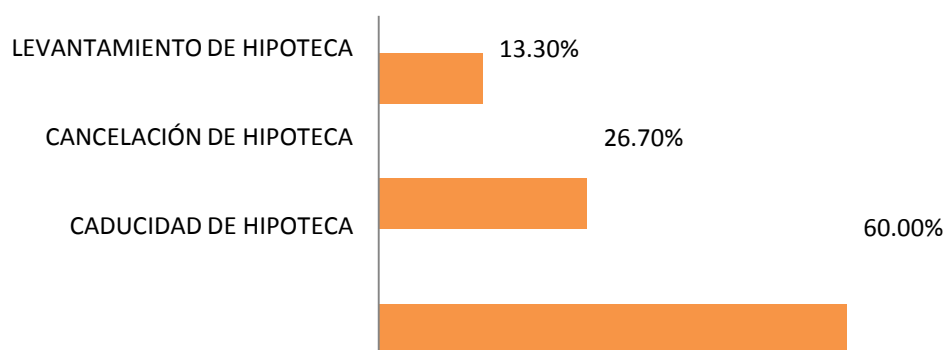


El Tribunal Registral tiene 3 sedes a nivel nacional, que se encuentran en Lima, Arequipa y Trujillo. De un total de 15 resoluciones estudiadas, se puede llegar a la conclusión que el 60% pertenece a la sede Lima, un 27% fueron resueltas en la sede Trujillo y un 13% del total de resoluciones han sido resueltas en la sede Trujillo. Por tanto, la sede que tiene mayores apelaciones en temas de hipoteca es la sede Lima.



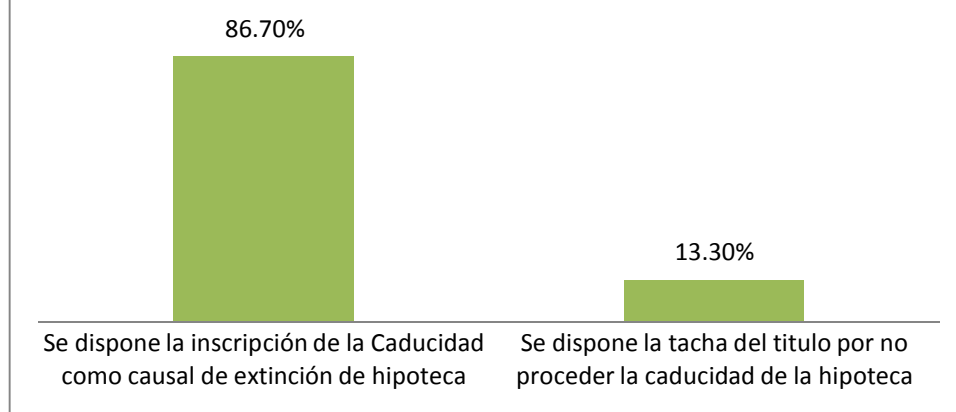
De un total de 15 resoluciones del tribunal registral estudiadas, 10 resoluciones que equivale al 66.7 % de los apelantes son varones y de las 5 resoluciones restantes que equivale al 33.3%. Por tanto, la mayoría de los apelantes en materia de hipotecas ante el tribunal registral son varones.

ACTO MATERIA DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL REGISTRAL



De un total de 15 resoluciones del Tribunal Registral estudiadas, el 60% de ellas tiene como acto materia de apelación la Caducidad de Hipoteca, un 26.7% tiene como acto la cancelación de hipoteca y un 13.3% tiene como acto el levantamiento de hipoteca. Por tanto, podemos concluir que la caducidad de la hipoteca es materia en los tribunales registrales debido a los casos que se presentan en apelación.

SE RESUELVE EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL



De las resoluciones del Tribunal Registral estudiadas, el 86.7 % han resuelto disponiendo la inscripción de la extinción de hipoteca teniendo como causal la caducidad que regula el Art.3° de la Ley N°26639; sin embargo el 13.3% de las resoluciones han procedido a confirmar la tacha del título por no proceder la caducidad cuando se traten de hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema bancario o financiero.

V. DISCUSIÓN

Teniendo en cuenta que **LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA GARANTÍA REAL DE HIPOTECA** se encuentran de forma taxativa en el artículo 1122° del Código Civil se infiere que es **numerus clausus** en concordancia con el artículo 881°, el cual establece que los derechos reales son únicamente los regulados en el Libro de derechos reales. Sin embargo, el sistema de **Numerus apertus** se emplea cuando se pretende expresar con valor jurídico, que una determinada relación no se agota en su propia expresión sino que se halla abierta y admite la inclusión de nuevas unidades o individualidades según el encuadre jurídico actual, ello en base a la realidad social que se presenta, lo que justifica la aplicación de la causal de caducidad que regula la Ley N°26639 en los asientos registrales de cancelación de hipotecas.

Numerus clausus viene del latín y significa número limitado. En materia de derechos reales significa, que solo pueden ser creados por la ley. Si alguien pretendiera constituir un derecho real distinto a los enumerados en el Código, a sea por contrato o disposición de última voluntad, valdrá sólo como constitución de derechos personales, pero no sería nunca un derecho real.

Una cuestión muy debatida por civilistas en varias partes del mundo, y de diversos sistemas jurídicos, es la de la posibilidad o no de admitir en un determinado ordenamiento jurídico más derechos reales que los expresamente regulados por la ley.

Por lo tanto, los dos sistemas existentes son los conocidos como el sistema limitado (numerus clausus) y el ilimitado (numerus apertus) que es el que si permite la creación de otros derechos reales que los expresamente regulados en su propia legislación.

Nuestro sistema jurídico sigue la tradición y el criterio del derecho romano, en virtud de que no permite más derechos reales que los que se especifica y se encuentran previamente establecidos y regulados de manera clara y precisa en nuestra legislación.

El legislador puede crear nuevos derechos reales y configurarlos sin que exista problema de ello, De hecho, ha ocurrido así sin que se produzca hecatombe jurídica alguna de nuestro mundo jurídico real. El siguiente paso es lógico: ¿y los particulares, pueden también crear nuevos derechos reales? Viejo tema sobre el que han existido opiniones diversas, además de divergencias entre las opiniones teóricas. Ambos son temas diferentes, pero están interconectados por una raíz común bastante obvia: el presunto listado de derechos reales,

¿es mejor que se halle cerrado o que permanezca abierto? Y ¿Qué entendemos por abierto o cerrado? Es un tema de separaciones tajantes, que no admite medias tintas, o podemos encontrar vías intermedia.

Según los estudios realizados por **Enrique Gherzi** plantea, en su tesis, que el sistema de *numerus apertus* es más eficiente que el de *numerus clausus*, dado sus características de versatilidad, competitividad y respeto a la autonomía de los contratos. Con base en hechos históricos, afirma que el Derecho romano republicano era *numerus apertus* pero fue reemplazado por el *numerus clausus* en la Roma imperial. Posteriormente, el *numerus apertus* apareció nuevamente durante la Edad Media, y al fusionarse el Derecho romano con el Derecho canónico se retornó al sistema de *numerus clausus*. Gherzi manifiesta que por medio de modernas tecnologías, será posible retornar al sistema de *numerus apertus*, que permitirá crear nuevos derechos reales sobre minería y crianza de especies animales.

La creación legal de nuevos derechos reales, por dentro y por fuera del Código Civil, entiende **Quesada Sánchez**⁴⁰ que resulta acertada desde el punto de vista de progreso del Derecho, ya que permite que nuevos derechos se formen y configuren, sin que haya que estar anclados al texto codificado.

Ofrecer una lista cerrada de derechos reales conlleva, de entrada, considerar cerrada la lista de derechos reales en el momento histórico en que se redacta, pero está claro que la realidad social está por delante de ella: es lógico, por ejemplo, que el codificador, teniendo en mente su concepción de la propiedad, no pudiese prever en ningún momento que cien años después podía pretenderse un turno en el ejercicio de las facultades del propietario, como conllevaba la multipropiedad, o ya definida legalmente, optar por configurar e se derecho como un nuevo derecho real. Si hubiese existido lista cerrada de derechos reales, o bien se modifica dicha lista cada vez que surge un nuevo derecho real (algo que tampoco parece jurídicamente intachable: establecer una lista cerrada e irla ampliando a golpe de movimiento jurídico), o bien se impide de hecho el avance del Derecho, dado que se cierra el paso a la creación de nuevos derechos reales, que es tanto, a medio y largo plazo, como pretender que el Derecho no avance conforme a las nuevas realidades sociales.

⁴⁰ QUESADA SANCHEZ, Antonio José. "El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos reales. Reflexiones inducidas por una ley, en Noticias Jurídicas-Áreas temáticas-artículos doctrinales, Noviembre de 2001

Así mismo, la tesis “Numerus Clausus-Numerus Apertus” presentada por la argentina **Silvia Adriana Paganti**, manifiesta que no existe legislación nacional específica que regula las formas modernas de urbanización como Clubes de Campo, Barrios Cerrados, Parques Industriales, Ciudades Satélites y Centros de Compras, cuyo encuadre legal, relativo al derecho real de propiedad, debe ser materia de la misma. Razón por la cual, propone un proyecto de reforma del Código Civil Argentino libro cuarto Derechos Reales. Dicha reforma establece el carácter exclusivo, perpetuo, indivisible, imprescriptible, insusceptible de gravámenes, inembargables e inejecutable de la propiedad comunitaria de tierras indígenas.

De los **resultados obtenidos de la guía de observación** tenemos que de las resoluciones del Tribunal Registral estudiadas, el 86.7 % han resuelto disponiendo la inscripción de la extinción de hipoteca teniendo como causal la caducidad que regula el Art.3° de la Ley N°26639; sin embargo el 13.3% de las resoluciones han procedido a confirmar la tacha del título por no proceder la caducidad cuando se traten de hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema bancario o financiero. Es importante destacar que la excepción a la aplicación de la caducidad se encuentra en el Artículo 172° de la Ley N°26702 relacionado a que las hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema bancario o financiero.

El Tribunal Registral tiene 3 sedes a nivel nacional, que se encuentran en Lima, Arequipa y Trujillo. De un total de 15 resoluciones estudiadas, se puede llegar a la conclusión que el 60% pertenece a la sede Lima, un 27% fueron resueltas en la sede Trujillo y un 13% del total de resoluciones han sido resueltas en la sede Trujillo. Por tanto, la sede que tiene mayores apelaciones en temas de hipoteca es la sede Lima. Así mismo, 10 resoluciones que equivale al 66.7 % de los apelantes son varones y de las 5 resoluciones restantes que equivale al 33.3%. Por tanto, la mayoría de los apelantes en materia de hipotecas ante el tribunal registral son varones. Por último, el 60% de ellas tiene como acto materia de apelación la Caducidad de Hipoteca, un 26.7% tiene como acto la cancelación de hipoteca por las causales de extinción de la obligación que garantiza y un 13.3% tiene como acto el levantamiento de hipoteca por anulación, rescisión o resolución de dicha obligación. Por tanto, podemos concluir que la caducidad de la hipoteca es materia en los tribunales registrales debido a los casos que se presentan en apelación.

De los **resultados de la entrevista**, podemos darnos cuenta que los registradores públicos de la oficina registral de Tarapoto, en los asientos registrales de cancelación de hipotecas

aplican las causales de extinción de la hipoteca contempladas en el código y además, aplican la caducidad contemplada en la Ley especial N°26639. Reflejando que existiendo dos tipos de normas, los registradores públicos realizan una interpretación sistemática a fin de acceder a la petición del usuario. La casuística ha creado la necesidad de contemplar otra causal adicional a la prescrita en el código civil. Naturalmente son situaciones que se han presentado ya en la praxis y por ende su regulación se ha dado mediante normas especiales. Según el criterio de algunos registradores en este caso lo que se tiene que hacer es una interpretación sistemática a fin de determinar las causales que ocasionan que una hipoteca se extinga, sin embargo otros, manifiestan que si se debería modificar el artículo 1122° del código civil en aras de tener un ordenamiento jurídico más preciso y ordenado.

Nuestro Código Civil muestra claramente la intención del codificador de 1984, su artículo 881, el primero del Libro V de los Derechos Reales dice: "Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes". Clara es la manifestación del *numerus clausus*, adoptando un catálogo cerrado de derechos reales, los cuales no pueden ser modificados por la autonomía de los particulares.

La Exposición de Motivos de nuestro código establece que el artículo 881 se inspira en el numeral 852 del Código Civil de 1936, e incluso la postura *numerus clausus* de este último recibo halagos por parte de la doctrina; como así lo hizo Lucrecia Maisch Von Humboldt en su libro "Los derechos reales": "El Código Civil peruano, como sus similares en otros países, prescribe en su numeral 852 que solo pueden establecerse los derechos reales reconocidos por en el propio cuerpo de leyes, o por leyes especiales. La razón de esta limitación es la de impedir la desnaturalización de las instituciones y proteger las figuras existentes, dado que todo ello integra la noción de orden público".

A esta postura se aúnan Max Arias Schrelber y Ferdinand Cuadros Villena, el primero, en su "Exegesis del Código Civil peruano" rechaza el *numerus apertus* porque este daría lugar a la inflación de las vinculaciones, con el consiguiente perjuicio a la circulación de la propiedad. Por su parte, Cuadros Villena señala en su "Derechos Reales" que el art. 881 del CC impide que la voluntad individual contrarié los principios sustanciales relativos al uso de la propiedad en armonía con el interés social y al libertad de enajenación.

Gunther Gonzales Barron, fiel defensor del *numerus clausus*, expone una opinión en defensa de su postura, del profesor español José Antonio Álvarez Caperochipi: "El fundamento ontológico de la tipicidad es que todos los derechos reales limitados deben considerarse de

algún modo como regímenes de desmembración de la propiedad, en razón de una causa jurídica, y que suponen medidas antieconómicas de tutela singular frente al principio supremo de tutela universal de los acreedores. Son, por tanto, derechos excepcionales (típicos). En definitiva todo privilegio crediticio bene vocación de constituirse en derecho real, y, a la inversa, aunque parezca menos evidente, todo derecho real oculta por su parte una desmembración de la propiedad, un privilegio crediticio. Todo derecho real es una excepción al carácter personal de las cargas y una limitación o excepción a la igualdad y tutela universal de los acreedores. La tutela del crédito ha de considerarse el valor universal supremo del Derecho Civil (superior aun al de la autonomía de la voluntad), y las excepciones particulares a dicho principio han de establecerse siempre con mesura y con cautela, pues la destrucción de lo universal es irreversible.

El art. 925 del CC establece que las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico. Todas las disposiciones legales del Estado tienen por objeto guardar el interés de sus ciudadanos, por tanto, ninguna disposición del tipo a la que se refiere este artículo puede ser intervenida por la autonomía de la voluntad.

El art. 882 del CC a la letra dice: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar salvo que la ley lo permita”. Esto es un efecto natural del sistema de *numerus clausus*, que es el fundamento para decretar la nulidad de los pactos prohibitivos de disposición y gravamen, ya que con ello se impide la amortización de la propiedad y se facilita grandemente la circulación.

Jerónimo Gonzales sostiene que estas prohibiciones de disponer engendran situaciones jurídicas ambiguas, y por ende conflictivas, García Pastos también rechaza esta figura por considerarla contraria a la libre circulación de los bienes, obstaculizadora de la ejecución de los créditos y restrictiva del principio de responsabilidad patrimonial universal.

Ahora bien se presenta la polémica cuando los defensores del *numerus apertus* buscan, en artículos del mismo código la razón de ser para la aplicación de su sistema en el ordenamiento peruano. Así surgen las posturas, críticas y réplicas; cada una destinada a construir una nueva tendencia desmitificando argumentos obsoletos, o a mantener la tradición rechazando ideas ilógicas e infundadas.

Nuestro código no prohíbe por ningún lado que no pueden crearse derechos reales haciendo uso de la autonomía o, mejor dicho, fuera de la tipicidad legal. Así, el 881 del CC nos dice que son derechos reales los presentes en él y los establecidos por ley, pero no dice que los que no estén en ellos no lo sean.

El art. 999 del CC establece que “el usufructo contiene las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno” agregando además que de él “pueden excluirse determinados provechos y utilidades”. Da entonces, un margen extralegal a la voluntad de las parte. Asimismo, el artículo 1035° del CC dice, refiriéndose a la servidumbre, que “la ley o el propietario de un predio puede imponerte gravámenes en beneficio de otro”, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir el dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos. Aunque categoría típica clausista, la servidumbre permite la intervención particular para desmembrarla en otros derechos reales.

Los nombres de los tipos de derechos reales hacen referencia al contrato del cual emanan; el art. 1353, aunque perteneciente al libro VII de “Fuentes de la obligaciones”, es aplicable a los derechos reales, y de él se sustrae que los contratos de derecho privado, incluso los innominados, están reglados por las disposiciones de esa sección del código siempre y cuando no resulten incompatibles (es las reglas que los rigen) a las reglas particulares de cada contrato.

Entonces, los particulares tienen libertad de fijar el contenido de su compromiso con los demás; podrán disponer de sus derechos reales como mejor les parezca, y la taxatividad legal no puede ir en contra de ellos, siempre y cuando, obviamente, estos acuerdos privados no violen la ley. Así también lo determina el art. 1354 del CC: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Y el art. 881 del CC no es una norma de carácter imperativo, entonces, en cuanto a los derechos reales su tratamiento por parte de los particulares es libre.

El inciso 1 del art. 2019 del CC y el 926 del CC establecen la factibilidad de la inscripción en registros de los diversos actos y contratos que alteren las disposiciones o constituyan derechos reales.

La Resolución del Tribunal Registral de Lima N° 146-99-ORLC/TR del 11 de junio de 1999 determino, con relación a un inmueble afectado con un derecho real de superficie en el cual el superficiario construyó de tal manera que se creó una propiedad horizontal, es decir, se formaron zonas de propiedad exclusiva y zonas de propiedad común; "que la propiedad horizontal superficiaria era válida aun tratándose de un derecho real atípico, por cuanto el Derecho debe amparar las necesidades de la actividad de construcción. Si bien Gonzales Barrón, con respecto a la citada resolución, en su defensa alega que este derecho no es nuevo sino que fácilmente puede encuadrarse dentro del tipo legal "superficie" en virtud del art. 1030 del CC, incluyendo dentro del término "propiedad separada" la común u horizontal; alegando que en él no se hace distinción alguna. A mi parecer es un error el haber citado esta jurisprudencia, pues constituye una buena arma en contra de su postura clausista.

He realizado La exposición de los argumentos de cada uno de los sistemas en primera persona; lo que posiblemente ha podido ocasionar dudas en cuanto a la postura que posiblemente puedo defender. Lo he hecho de tal manera para buscar objetividad.

Cada sector defiende su postura como puede. La opción correcta será, para cada persona, la que ella según sus conocimientos, su modo de interpretar y su mayor o menor poder de autoconvencimiento, considere como tal.

En el presente trabajo se han confrontado los argumentos sustentatorios de cada sistema de derechos reales con la realidad de nuestro ordenamiento y nuestro Código Civil, para poder así sacar una conclusión y considerar uno u otro sistema como el permitido por nuestro derecho.

Marco Comporti, citado por Gonzales Barrón, considera que la problemática del *numerus clausus* es diversa de aquella de la "tipicidad". En tal sentido, el primero atiende a la exclusividad de las fuentes que originan el derecho real, la cual se reduce al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, este es un problema, principalmente de política legislativa en razón de determinar quién crea los derechos reales: La ley o los particulares. En cambio, el segundo trata sobre la determinación del contenido del derecho real, esto es, el tipo de situación que sujeto puede elegir. Esta última responde a una cuestión estructural, esto es, relación entre el poder y el bien. No obstante esta distinción, ambos principios se consideran interdependientes.

Quise se quiera interponer un sistema y otro, pero la práctica demuestra la flexibilidad de Derecho y la permeabilidad de sus instituciones. El imponer el sistema de *numerus clausus* llevará, cómo los hemos visto, a que se busque por todos lados la posibilidad del *numerus apertus* y la imposición del segundo llevará a su constante crítica.

La persona, por su misma naturaleza, constituye un ser que está en permanente interrelación con los demás de su especie, y de esas relaciones surgen los determinantes de su vida. Son estas relaciones el ámbito perfecto para el desenvolvimiento de la autonomía de la voluntad, con la que buscaremos adecuar sus actividades a su mejor provecho y satisfacción, que se circunscribirá a lo que personalmente conciben como la más provechoso y satisfactorio. Somos nosotros mismos los que vamos a buscar que esta sea de lo mejor o, si no lo es, buscar mejorarla o hacerla más llevadora.

La necesidad social, en todos sus aspectos nos faculta para disponer de nuestros derechos, nos faculta para disponer de nuestros derechos en favor de ella, actuando libremente pero sin salirse de los límites que, aunque legalmente impuestos, son socialmente aceptados.

El *numerus clausus* es un coaccionante de nuestro libre desenvolvimiento, nos frena en unos derechos reales los cuales no subsumen todas las posibilidades que el desarrollo social y los avances en los distintos campos de la vida hacen surgir necesariamente. Es por eso que considero que el codificador de 1984 quiso, en ese momento imponer el *numerus clausus*, pero inteligentemente dejó abierta la posibilidad del *numerus apertus*, pues las circunstancias cambian.

Todo imperativo limitante de acción generará a lo largo descontento y saturación. El libre desenvolvimiento es lo mejor, pero entiéndase a la letra libre desenvolvimiento y no libertino desenvolvimiento; pues lo que si es un imperativo aceptado es que el libre actuar debe estar limitado por cuestiones de orden público y de no uso abusivo del derecho.

No todos los derechos son clasificables dentro de las figuras dentro de las figuras típicas, lo que se hace con esta tendencia es desnaturalizar el verdadero significado que se le ha querido dar a cada derecho real, y quiérase o no, el adecuar cada nueva forma a uno de ellos es variar la forma original y muchas veces sufre tal alteración que no cabe más que reconocer que lo resultante ya no es lo que originalmente se instituyó y que estamos ante un derecho

real atípico. Albajalejo cita como ejemplo el derecho de adquisición de un derecho de goce, no de la propiedad; así al vender una finca puedo retraer un usufructo o un derecho de habitación, derecho de goce, no total sobre una finca, sino solo a percibir cierta clase de frutos; servidumbres establecidas sobre bienes muebles, como el derecho a utilizar una plaza en tu medio de transporte de viajeros o a llevar tu caballo o tus perros en mis cacerías o que estos custodien mi finca en los días festivos, o a guardar mis joyas en tu caja fuerte; derecho o recibir una pensión sobre un bien mueble, como el gravar con ella la propiedad de un camión o vagón de ferrocarril, etc.

El *númerus clausus* deriva a una directa exclusión de la autonomía de la voluntad y sus posibilidades de actuación, expresamente reconocidas con el código civil.

Por tanto, se debe tomar cada uno de los argumentos expuestos en esta investigación en favor del *númerus apertus* como aceptados y asimilados, de esta manera, me ubico en esta posición e infiero que este sistema es más favorable que el *númerus clausus*, debido a que su principal virtud está en la posibilidad que nos brinda del libre desarrollo de nuestra autonomía para poder adecuar nuestros problemas a nuestros intereses, siempre respetando los límites impuestos, los legales y los socialmente aceptados, tal es el caso de la caducidad como causal de extinción de hipoteca regulada en una ley especial.

VI. CONCLUSIONES

Podemos establecer claramente que ***la enumeración de las causales de extinción de hipoteca reguladas en el artículo 1122° del código civil es numerus apertus*** al haberse demostrado que en los asientos registrales de cancelación de hipotecas llevan como premisa la caducidad regulada en una norma especial no contemplada en dicho artículo objeto de estudio.

Respecto al primer objetivo hemos procedido a estudiar las causales de extinción de la hipoteca en el código civil peruano, encontrando que estos son de aplicación y acorde a la realidad social, procediéndose a cancelar por la extinción de la obligación que garantiza, la anulación, rescisión o resolución de dicha obligación, la renuncia escrita del acreedor, la destrucción total del inmueble y la consolidación.

Respecto al segundo objetivo hemos procedido analizar el fenómeno social registral de la caducidad mediante las resoluciones del Tribunal Registral que innova la presencia de una nueva causal de extinción de la hipoteca, tenemos que de las resoluciones del Tribunal Registral estudiadas, el 86.7 % han resuelto disponiendo la inscripción de la extinción de hipoteca teniendo como causal la caducidad que regula el Art.3° de la Ley N°26639; sin embargo el 13.3% de las resoluciones han procedido a confirmar la tacha del título por no proceder la caducidad cuando se traten de hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema bancario o financiero. Es importante destacar que la excepción a la aplicación de la caducidad se encuentra en el Artículo 172° de la Ley N°26702 relacionado a que las hipotecas constituidas a favor de las entidades del sistema bancario o financiero.

El tercer objetivo hemos podido identificar la relación de los fenómenos sociales y la flexibilización de las normas jurídicas mediante el criterio adoptado por los registradores públicos al aplicar la caducidad como causal de extinción de hipotecas, podemos darnos cuenta que los registradores públicos de la oficina registral de Tarapoto, en los asientos registrales de cancelación de hipotecas aplican las causales de extinción de la hipoteca contempladas en el código y además, aplican la caducidad contemplada en la Ley especial N°26639. Reflejando que existiendo dos tipos de normas, los registradores públicos realizan una interpretación sistemática a fin de acceder a la petición del usuario. La casuística ha creado la necesidad de contemplar otra causal adicional a la prescrita en el código civil. Naturalmente son situaciones que se han presentado ya en la praxis y por ende su regulación

se ha dado mediante normas especiales. Según el criterio de algunos registradores en este caso lo que se tiene que hacer es una interpretación sistemática a fin de determinar las causales que ocasionan que una hipoteca se extinga, sin embargo otros, manifiestan que si se debería modificar el artículo 1122° del código civil en aras de tener un ordenamiento jurídico más preciso y ordenado

VII. RECOMENDACIONES

Mediante la presente investigación recomiendo un proyecto de Ley de Unificación del Código Civil y leyes especiales de carácter registral.

En dicha reforma se propone un intento por brindar un marco jurídico adecuado para los derechos reales, evitando la dispersión que existe en el ordenamiento legal en torno a diferentes materias y situaciones prácticas. Es finalmente un código que aspira a brindar seguridad jurídica en las transacciones comerciales, abarcando para ello situaciones que hoy en día se encuentran en diversas leyes especiales y que con el paso del tiempo pueden resultar obsoletas, debido a que se sigue reafirmando el hecho de que nuestro código civil es *numerus clausus* pero que al referirnos a las causales de extinción de la hipoteca notamos que tiene naturaleza *numerus apertus*, por tanto se debe incorporar en su enumeración taxativa de causales de extinción de hipoteca a la caducidad que ha sido materia de la presente investigación; sin embargo, si se pretende llegar aún más lejos, deberíamos separar el libro de derechos reales del código civil mediante una Ley que abarque todos los aspectos necesarios en dicho tema; un claro ejemplo de ese avance doctrinal jurídico peruano es la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Se suma a lo expuesto que la estructura originaria al Código Civil ha ido modificándose a lo largo del tiempo por numerosas leyes especiales que actualizaron distintos aspectos dejaron intactos otros, en los cuales permanecen soluciones no acordes a la realidad actual, fue alterándose así el orden lógico y estructura (*numerus clausus*) existente en el código civil.

Un claro ejemplo de dicho avance es el proyecto impulsado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto N°191 del 23 de febrero de 2011 creó la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del código con las leyes especiales comerciales resaltando los derechos colectivos, adicionando los nuevos derechos reales como la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie.

Surge entonces con claridad la necesidad de adecuar y unificar la normatividad vigente, porque de no hacerse ahora finalmente con el transcurrir del tiempo será una opción que se plasmará en la realidad.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- **ALBALADEJO**, Manuel. *Derecho de Bienes*. Derecho Civil I, Tomo III, Barcelona, 1977.
- **AREAN de DÍAZ de VIVAR**, Beatriz, *Curso de Derechos reales, privilegios y Derechos de retención*, 4ª ed, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- **AVENDAÑO V.**, Jorge. *Garantías. Materiales de enseñanza*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho. 1991.
- **CASTAÑEDA**, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. Tomo I. Lima, Perú, 1973.
- **CHICO Y ORTIZ**, José María. *Estudios de Derecho Hipotecario*. Tomo 11. Marcial Pons. Madrid, 1994.
- **CUADROS VILLENA**, Ferdinand. *Derechos Reales*. Editorial Cuzco. Lima. 1994.
- **DÍEZ PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio. *Sistema de Derecho Civil Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Volumen 11, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.
- **Gaceta Civil & Procesal Civil**. *Las Garantías Reales*. Primera edición, Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2014.
- **Gaceta Jurídica**. *Código Civil Comentado, Tomo V, Derechos Reales*. Editorial El Búho EIRL. Segunda edición, Mayo 2007.
- **Galgano**, Francesco. La globalización en el espejo del derecho. Santa fe.
- **LACRUZ BERDEJO**, José Luis. *Nociones de derecho civil patrimonial e introducción al derecho*. Segunda Edición. Dykinson. Madrid. 2000
- **LASKI**, Harold J. *El Liberalismo Europeo*. 1ª reimpresión de la primera edición española de 1939, Fondo de Cultura Económica, México 1992.
- **LEON BARANDIARÁN**, José. *Contratos en el derecho Civil Peruano*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Tomo I. Lima, 1965.
- **LOHMANN**, Juan. *El Negocio Jurídico*. Lima, Editora Jurídica Grijley, 1994
- **PLANIOL**, Marcel y **RIPERT**, Georges. *Tratado elemental de derecho civil*, t III, 2ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- **MERY BERISSO**, Rafael. *Derecho Hipotecario*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- **MESSINEO**, Francesco. *“Manual de Derecho Civil y Comercial”*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América. 1971.
- **MORENO QUESADA**, Bernardo; **BUSTOS VALDIVIA**, Ceferino. **TRUJILLO CALZADO**, María Isabel. *Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica*. Tercera Edición. Editorial Comares. Granada. 1997.

- **OSTERLING PARODI**, Felipe y **CASTILLO FREYRE**, Mario. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1994.
- **PLANIOL**, Marcel y **RIPERT**, Georges. *Tratado elemental de derecho civil*, tomo III, 2ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990
- **PLANIOL-RIPERT y BECQUE**, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo XIII, ed. 1940.
- **RAMIREZ CRUZ**, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. Tomo II, Lima, 2005.

Referencias de artículos, diarios y revistas:

- **ARBULÚ CELI**, Juan Antonio. Informe Práctico: *¿Númerus clausus o Númerus Apertus? Respeto al Principio de legalidad o libre desarrollo de la autonomía de la voluntad*. Actualidad Jurídica. 2008.
- **GHERSI**, Enrique. *“Del Númerus clausus al númerus apertus”*. Conferencia dictada el lunes, 18 de agosto de 2008, Universidad Francisco Marroquín, Auditorio Milton Friedman
- **HERNANDEZ GIL**, Francisco. *“Introducción al Derecho Hipotecario”*. En: Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.
- **LALUPÚ**, Luis. *“Curso Derechos Civil VI (Reales)”* dictado el en semestre académico 2005-I. -ULADECH-PIURA
- **MURILLO**, María de los Ángeles. *“Numerus Clausus & Numerus Apertus”. ¿Cuál es el sistema que conduce a la eficiencia?* Revista Jurídica del Perú. Vol 47 N°10.Lima, 1997
- **ROCCA GUZMAN**, Cary Evelyn. *“La caducidad como causal de extinción de la Hipoteca”* Universidad de San Martín de Porres - Facultad de Derecho Perú, 2010.
- **Vargas**, Natalia. Artículo *“Cancelación de los Asientos de Inscripción del Derecho Real de Hipoteca por Caducidad”*. Portal Jurídico de Derecho Administrativo-Prometheo. 2012.
- **DE TRAZEGNIES GRANDA**, Fernando. *“La transformación del Derecho de Propiedad”*. En Revista de Derecho N°33. PUCP. Lima, 1978.
- **MOSQUEIRA**, Edgardo *“Las reformas institucionales para la creación de un sistema de derecho de Propiedad”*. En: La reforma Incompleta, Lima – Perú. 2000.

Páginas web:

- 📄 TRIBUNAL REGISTRAL. <https://www.sunarp.gob.pe/TribunalRegistral/>

IX. ANEXOS

Anexo 1:
Cronograma de actividades

Actividades	Sem 1	Sem 2	Sem 3	Sem 4	Sem 5	Sem 6	Sem 7	Sem 8	Sem 9	Sem 10	Sem 11	Sem 12	Sem 13	Sem 14	Sem 15	Sem 16
1. Reunión de coordinación, presentación de directivas, presentación del esquema de tesis.	■			■				■					■			
2. El problema de investigación: Aproximación temática, formulación, justificación y relevancia.		■														
3. Objetivos, hipótesis			■													
4. Marco metodológico: Tipo de estudio, diseño.				■												
5. Escenario de estudio y caracterización de sujetos.					■											
6. Trayectoria metodológica, técnicas e instrumentos de recolección de datos.						■										
7. JORNADA DE INVESTIGACIÓN Nº 1 PRESENTACIÓN DEL PRIMER AVANCE							■									
8. Criterios de rigor científico y aspectos éticos.								■								
9. Descripción de resultados, teorización de unidades temáticas.									■							
10. Discusión: Aproximación al objeto de estudio.										■						
11. Conclusiones, recomendaciones y referencias											■					

Anexo 2:
Presupuesto de Investigación

Clasificador	Naturaleza del gasto	Cantidad	Costo unitario	Costo total
2.3.1.5.1.2 Papelería en general, útiles y materiales de oficina	Papel A4	2 millares	S/. 21.00	42.00
	Lapiceros	12 unidades	S/. 0.50	6.00
	Lápices	12 lápices	S/. 0.30	3.60
	Borrador	6 unidades	S/. 0.40	2.40
	Corrector	6 unidades	S/. 1.20	7.20
	Regla	3 unidades	S/. 0.50	1.50
	Resaltador	2 unidades	S/. 1.80	3.60
	Grapas	1 caja	S/. 2.30	2.30
	Folder	3 unidades	S/. 3.50	10.50
	USB	1 unidad	S/. 35.00	35.00
	Engrapador	1 unidad	S/. 20.00	20.00
	Perforador	1 unidad	S/. 20.00	20.00
TOTAL				S/. 154.10

Clasificador	Naturaleza del gasto	Cantidad	Costo unitario	Costo total
2.3.21.2.1 Pasajes y gastos de transporte	Pasajes	16 viajes ida y vuelta	S/. 10.00	160.00
	TOTAL			S/. 160.00

Clasificador	Naturaleza del gasto	Cantidad	Costo unitario	Costo total
2.3.22.11 Servicios de suministro de energía eléctrica, agua y gas	Suministro de energía eléctrica	8 renta mensual	S/. 40.00	320.00
	TOTAL			S/. 320.00

Clasificador	Naturaleza del gasto	Cantidad	Costo unitario	Costo total
2.3.22.2 Servicio de telefonía e internet	Servicio de telefonía móvil	8 renta mensual	S/. 40.00	320.00
	Servicio de telefonía fija	8 renta mensual	S/. 90.00	720.00
	Servicio de internet	8 renta mensual	S/. 85.00	680.00
	TOTAL			S/. 1,720.00

Clasificador	Naturaleza del gasto	Cantidad	Costo unitario	Costo total
2.3.22.44 Servicio de impresiones, encuadernación y empastado	Impresiones	600	S/. 0.30	180.00
	Encuadernación	4	S/. 30.00	120.00
	Empastado	4	S/. 20.00	80.00
	TOTAL			S/. 380.00

4.1.3. Resumen:

Clasificador	Específica	Monto
2.3.1.5.1.2.	Papelería en general, útiles y materiales de oficina	S/. 154.10
2.3.21.21.	Pasajes y gastos de transporte	S/. 160.00
2.3.22.11	Servicios de suministro de energía eléctrica, agua y gas	S/. 320.00
2.3.22.2	Servicio de telefonía e internet	S/. 1,720.00
2.3.22.44	Servicio de impresiones, encuadernación y empastado	S/. 380.00
TOTAL		S/. 2734.10

Anexo 3:
Formato de entrevista



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

ENTREVISTA

Nombre del entrevistado:

Cargo:

Fecha:

Buenos días:

Somos estudiantes de la Escuela de Académica Profesional de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, nos encontramos realizando un trabajo de investigación titulado: "Enumeración de las causales de extinción de la garantía real de hipoteca reguladas en el Art. 1122° del Código Civil". Por ello pido a usted su colaboración en la presente entrevista.

Agradeceré a usted se sirva contestar a las preguntas planteadas con la mayor sinceridad posible.

Gracias por su amabilidad.

CUESTIONARIO:

1) ¿Desde hace cuánto tiempo ejerce el cargo de Registrador Público de la Oficina Registral de Tarapoto?

.....

2) ¿Cuáles son las causales de extinción que aplica en los asientos registrales respecto a la hipoteca?

.....



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

3) ¿Todas estas causales están contemplados por el código civil u otras leyes especiales?

.....

4) ¿A qué se debe la existencia de una causal de extinción de hipoteca no contemplada en el código civil (la caducidad), pero sí en una Ley especial?

.....

5) ¿Qué significa para usted Numerus apertus y numerus clausus?

.....

6) ¿Considera usted que se debería modificar el Art. 1122del Código Civil para incorporar la caducidad como causal de extinción de hipoteca?

.....

Olga C. del Rocio Garsacho León
ABOGADA
CASM N° 528

[Handwritten signature]
ABOGADO
CASM N° 528


Oscar M. Rivera Peña
ABOGADO
REGISTRAL N° 3474
DE LA CAJA PINRA

Anexo 4:
Formato de Guía de Observación


GUÍA DE OBSERVACIÓN



Número de Resolución	Sede del Tribunal Registral	Apelante	N° de título	Oficina Registral	Acto	Sumilla	Antecedente registral	Planteamiento de Cuestiones	Fundamento de Apelación	Análisis del Tribunal	Se resuelve


 Olga C. del Poño Garzacho León
 ABOGADA
 CASM N° 528


 Angel M. Rivas Casilla
 ABOGADO
 CASM N° 456


 Oscar Arturo Rivera Peña
 ABOGADO
 REG. ICAL N° 3474
 CAJAMAQUERA

Anexo 5:
Entrevistas resueltas



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

ENTREVISTA

Nombre del entrevistado: Evelyn Collantes Quijada

Cargo: Registradora Pública.

Fecha: 06/05/15

Buenos días:

Somos estudiantes de la Escuela de Académica Profesional de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, nos encontramos realizando un trabajo de investigación titulado: **"Enumeración de las causales de extinción de la garantía real de hipoteca reguladas en el Art. 1122° del Código Civil"**. Por ello pido a usted su colaboración en la presente entrevista.

Agradeceré a usted se sirva contestar a las preguntas planteadas con la mayor sinceridad posible.

Gracias por su amabilidad.

CUESTIONARIO:

- 1) ¿Desde hace cuánto tiempo ejerce el cargo de Registrador Público de la Oficina Registral de Tarapoto?

Desde el 2006

- 2) ¿Cuáles son las causales de extinción que aplica en los asientos registrales respecto a la hipoteca?

- Extinción de la obligación
- Anulación, rescisión o resolución de la obligación
- Renuncia del Acedor
- Confesión
- Caducidad

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

3) ¿Todas estas causales están contemplados por el código civil u otras leyes especiales?

Si

4) ¿A qué se debe la existencia de una causal de extinción de hipoteca no contemplada en el código civil (la caducidad), pero sí en una Ley especial?

A una regulación especial que tiene la cancelación de la hipoteca por caducidad.

5) ¿Qué significa para usted Numerus apertus y numerus clausus?

Numerus Apertus: significa que no hay reserva y según la partes o bien autónoma o por contrato y no hay limitación a la voluntad de las partes.

Numerus Clausus: mediante ley se establece los tipos de contratos por los que vinculan a las partes. La ley determina cuáles son los contratos y regula sus alcances.

6) ¿Considera usted que se debería modificar el Art. 1122 del Código Civil para incorporar la caducidad como causal de extinción de hipoteca?

No me parece necesario



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

ENTREVISTA

Nombre del entrevistado: JOSE WILLIAN ROMERO ASEÑO

Cargo: REGISTRADOR PÚBLICO

Fecha: 06/05/15

Buenos días:

Somos estudiantes de la Escuela de Académica Profesional de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, nos encontramos realizando un trabajo de investigación titulado: **"Enumeración de las causales de extinción de la garantía real de hipoteca reguladas en el Art. 1122° del Código Civil"**. Por ello pido a usted su colaboración en la presente entrevista.

Agradeceré a usted se sirva contestar a las preguntas planteadas con la mayor sinceridad posible.

Gracias por su amabilidad.

CUESTIONARIO:

1) ¿Desde hace cuánto tiempo ejerce el cargo de Registrador Público de la Oficina Registral de Tarapoto?

Desde el 2008 hasta la actualidad

2) ¿Cuáles son las causales de extinción que aplica en los asientos registrales respecto a la hipoteca?

Las causales son las siguientes:
las reguladas en el Artículo 1122 del Código Civil y la causal de caducidad regulada en la ley n° 26639.

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

3) ¿Todas estas causales están contemplados por el código civil u otras leyes especiales?

Las causales de extinción de hipoteca no solo están reguladas en el código civil, sino también en legislación especial.

4) ¿A qué se debe la existencia de una causal de extinción de hipoteca no contemplada en el código civil (la caducidad), pero sí en una Ley especial?

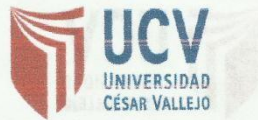
El código civil no podría regular todas las supuestas o causales por el cual se extingue una hipoteca. Es posible que una ley especial como la ley 26639 regule una causal no contemplada en el código civil.

5) ¿Qué significa para usted Numerus apertus y numerus clausus?

Numerus apertus, significa que el catálogo de causales reguladas en una norma, es abierto.
Numerus clausus, que el catálogo que regula la norma es cerrado.

6) ¿Considera usted que se debería modificar el Art. 1122 del Código Civil para incorporar la caducidad como causal de extinción de hipoteca?

No debería modificarse el artículo indicado del código civil.
En este caso lo que se tiene que hacer es una interpretación sistemática a fin de determinar las causales que ocasionan que una hipoteca se extinga.



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

ENTREVISTA

Nombre del entrevistado: ENRIQUE H. ROJAS TAMBRA.

Cargo: REGISTRADOR PÚBLICO(E).

Fecha: 06/05/15

Buenos días:

Somos estudiantes de la Escuela de Académica Profesional de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, nos encontramos realizando un trabajo de investigación titulado: **“Enumeración de las causales de extinción de la garantía real de hipoteca reguladas en el Art. 1122° del Código Civil”**. Por ello pido a usted su colaboración en la presente entrevista.

Agradeceré a usted se sirva contestar a las preguntas planteadas con la mayor sinceridad posible.

Gracias por su amabilidad.

QUESTIONARIO:

1) ¿Desde hace cuánto tiempo ejerce el cargo de Registrador Público de la Oficina Registral de Tarapoto?

HACE 10 AÑOS.

2) ¿Cuáles son las causales de extinción que aplica en los asientos registrales respecto a la hipoteca?

HASTA LA FECHA APLIQUE DOS CAUSALES CONTEMPLADAS EN EL CODIGO CIVIL, QUE SON LA DE LA EXTINCION DE LA OBLIGACION Y LA DE LA DESTRUCCION TOTAL DEL INMUEBLE. ASIMISMO HE APLICADO LA CAUSAL DE CADUCIDAD.

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

- 3) ¿Todas estas causales están contemplados por el código civil u otras leyes especiales?

DOS DE LAS CAUSALES (EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN Y DESTRUCCIÓN TOTAL DEL INMUEBLE) ESTÁN CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y OTRA (CADUCIDAD) EN UNA NORMA ESPECIAL.

- 4) ¿A qué se debe la existencia de una causal de extinción de hipoteca no contemplada en el código civil (la caducidad), pero si en una Ley especial?

PORQUE LA CASUÍSTICA HA CREADO LA NECESIDAD DE CONTEMPLAR OTRA CAUSAL ADICIONAL A LA PRESCRITA EN EL CÓDIGO CIVIL. NATURALMENTE SON SITUACIONES QUE SE HAN PRESENTADO YA EN LA PRÁXIS Y POR ENDE SU REGULACIÓN SE HA DADO MEDIANTE NORMAS ESPECIALES.

- 5) ¿Qué significa para usted Numerus apertus y numerus clausus?

LOS NÚMEROS APERTUS Y NÚMEROS CLAUSUS ES UNA LECIÓN LATINA QUE COMUNNENTE SE UTILIZA PARA REFERIRSE A LA RESERVA LEGAL O NO QUE PUEBA TENER UN DERECHO. EN EL CASO CONCRETO PODRIAMOS DECIR QUE MEDIANTE LOS NÚMEROS CLAUSUS SE ESTABLECE TAXATIVAMENTE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

- 6) ¿Considera usted que se debería modificar el Art. 1122 del Código Civil para incorporar la caducidad como causal de extinción de hipoteca?

EN CASO DE TENER UN ORDENAMIENTO JURÍDICO MAS PRECISO Y ORDENADO SERIA OPORTUNA LA MODIFICACION.



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

ENTREVISTA

Nombre del entrevistado: Raúl Chavez Olano

Cargo: Registrador Público

Fecha: 06/05/15

Buenos días:

Somos estudiantes de la Escuela de Académica Profesional de Derecho de la Universidad Cesar Vallejo, nos encontramos realizando un trabajo de investigación titulado: **"Enumeración de las causales de extinción de la garantía real de hipoteca reguladas en el Art. 1122° del Código Civil"**. Por ello pido a usted su colaboración en la presente entrevista.

Agradeceré a usted se sirva contestar a las preguntas planteadas con la mayor sinceridad posible.

Gracias por su amabilidad.

CUESTIONARIO:

- 1) ¿Desde hace cuánto tiempo ejerce el cargo de Registrador Público de la Oficina Registral de Tarapoto?

Desde el año dos mil diez.

- 2) ¿Cuáles son las causales de extinción que aplica en los asientos registrales respecto a la hipoteca?

- Cancelación unilateral por el acreedor (Remuner)
- Cancelación por inexistencia del acreedor
- Cancelación por caducidad
- Cancelación por extinción de la obligación
- Cancelación por nulación, rescisión o resolución

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO

- 3) ¿Todas estas causales están contemplados por el código civil u otras leyes especiales?

Si están contempladas en el artículo 1122 y la ley 26639, ley general de sociedades.

- 4) ¿A qué se debe la existencia de una causal de extinción de hipoteca no contemplada en el código civil (la caducidad), pero sí en una Ley especial?

Hay que precisar que la caducidad como instituto se encuentra regulada en el código civil, lo que no está precisado es la aplicación de esta como causal de caducidad de las hipotecas, conforme al art. 1122 CC, sin embargo en el art. 3 de la ley 26639 se establece como causal de caducidad tomando como plazo de 10 años a partir de la inscripción porque justamente toma el plazo de caducidad de la acción real.

- 5) ¿Qué significa para usted Numerus apertus y numerus clausus?

Numerus apertus es cuando un texto normativo regula supuestos generales capaces de incluir supuestos adicionales.

Numerus clausus: cuando los supuestos regulados son específicos, están determinados por la propia norma.

- 6) ¿Considera usted que se debería modificar el Art. 1122 del Código Civil para incorporar la caducidad como causal de extinción de hipoteca?

No, por cuanto pese a que la norma sustantiva no contempla expresamente como causal de extinción se puede aplicar de manera supletoria o integradora la disposición del art. 3 de la ley 26639.