

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

REVISTA JURIDICA DE DERECHOS REALES

ENSAYOS GENERALES



N°01
Junio 2022

COMO NACE EL DERECHO

Todo Derecho nace como derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante, es decir, todo Derecho es originario primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por último, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador.

-Friedrich Karl Von Savigny

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

VI SEMESTRE GRUPO "A"

EDITOR: Est. Diony Vasquez Catunta
PORTADA: Est. Naomi A. Paredes Mendizabal
COORDINADORA: Est. Marilyn Z. Ochoa Arpita

Puno, junio del 2022

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional del Altiplano por abrirnos las puertas, para nuestro desarrollo personal y su objetivo de hacer de nosotros grandes profesionales.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en especial al Dr. Moisés Pablo Mariscal Rivera, docente del curso de Derechos Reales, por ser parte importante de nuestro crecimiento personal y académico.

A nuestras familias por su apoyo permanente.

PRESENTACIÓN

Es grato presentar la primera versión de la Revista Jurídica "Ensayos Generales en Derechos Reales", elaborada por los estudiantes del VI semestre Grupo "A" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano, cuya finalidad principal es generar el conocimiento que posibilite la solución de problemas socio jurídicos e impulsar una cultura de investigación permanente, en el campo de los diversos temas que conciernen a los Derechos Reales.

Como estudiantes en proceso de formación, entendemos que una de las funciones de la investigación es buscar modernas estrategias que aseguren la adecuada divulgación, socialización y una posterior integración en nuestra sociedad de las distintas propuestas que se concluyen en los trabajos investigativos, buscando por medio de ellos remediar problemas específicos, procurando generar y difundir el conocimiento científico como compromiso con la comunidad jurídica.

La investigación formativa es una herramienta del proceso de enseñanza que implementan las Universidades, contribuyendo con el desarrollo de capacidades para la investigación en la búsqueda de guiar de forma gradual y sostenible a sus estudiantes, los mismos que asumen roles de mayor relevancia generando posibles soluciones con respaldo de tutores y docentes.

La presente Revista pretende contribuir de manera científica y doctrinal a través del reconocimiento de nuevas problemáticas que surgen en la actualidad, temas vinculados a los Derechos Reales como: Los jueces y su negativa a ordenar demoliciones, la controversia en las reglas del IV pleno casatorio civil, El tratamiento del Código Civil respecto a los bienes digitales y animales de compañía, Los límites del derecho de propiedad, El análisis de la servidumbre minera en el Estado Peruano y Los alcances de la normativa que prohíbe la hipoteca de bien futuro; nutren los ensayos de investigación jurídica presentes. Los mismos analizan nuestra actual legislación para proponer soluciones a las diversas problemáticas que se manifiestan de forma dinámica y constante, coadyubando a su vez al beneficio de la sociedad y contribuir con la mejoría de los modelos de calidad académica y universitaria de nuestra localidad, región y del país.

ÍNDICE

NINA VELASQUEZ, Williams Darwin, PACOHUANACO MAMANI, Victor Daniel, SURCO SIHUAYRO, Lisbeth Maribel, POMA MAMANI, Liz Eliane.	
¿POR QUÉ LOS JUECES NO ORDENAN LA DEMOLICIÓN?	6
HUMALLA TURPO, Carmen Marleny, LAURENTE VARGAS, Paola Karina, MACHACA TINTA, Stefany Andrea, MAMANI CORI, Sulema.	
CONTROVERSIA EN LAS REGLAS DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL EN ESTUDIANTES DE LA FCJP Y ABOGADOS DE PUNO	20
BARRIENTOS ZÚÑIGA, Fernando Manuel, CARRIÓN PONCE, Jordi, CHAMBI MAMANI, Junior Anderson, CHOQUE CHOQUEGONZA, Deysi Lidia, CAYLLAHUA GUTIERREZ, Zenaida Beatriz.	
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LOS BIENES DIGITALES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA	37
APAZA GONZALES, Indira Soraya, CAYO RAMOS, Nhaylah Shanialy, CALSINA MULLISACA, Carlos Daniel.	
TRANSGRESIÓN A LOS LIMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD FACTORES PARA SU DESOBEEDIENCIA EN LA CIUDAD DE PUNO.....	53
MAQUERA MAMANI, Winy Meliza, MACHACA CATA CORA, Rómulo Salvador, CHURA GUTIERREZ, Thalia Monica	
ANÁLISIS DE LA SERVIDUMBRE MINERA EN EL ESTADO PERUANO	73
VASQUEZ CATUNTA, Diony, CONDORI CHAHUARA, Flor Mavila, TICONA ANCCO, Dayana Vanessa, QUECARA ALEGRE, Pedro Wester, PAREDES MENDIZABAL, Naomi Anel, OCHOA ARPITA, Marilyn Zhiomara.	
ALCANCES SOBRE LA NORMATIVA QUE PROHÍBE LA HIPOTECA DEL BIEN FUTURO	94

¿POR QUÉ LOS JUECES NO ORDENAN LA DEMOLICIÓN?

AUTORES:

NINA VELASQUEZ. Williams Darwin

wninav@est.unap.edu.pe



POMA MAMANI. Liz Eliane

lpomam@est.unap.edu.pe



PACOHUANACO MAMANI, Victor Daniel

vpacohuanacom@est.unap.edu.pe



SURCO SIHUAYRO, Lisbeth Maribel

lisurcos@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

En el presente trabajo se realizó una investigación cualitativa y cuantitativa respecto a la recopilación de los datos, un nivel de profundidad exploratorio al ser los primeros en plantear este problema y desarrollar nuestra investigación con las posibles respuestas respecto al tema incorporado, y en busca de generar una investigación aplicada, pero eso será asunto de revisión sobre los puntos controvertidos del presente trabajo, donde abordaremos la situación del ¿Por qué los jueces no ordenan la demolición? Buscando darle la respuesta a esta interrogante desde diferentes enfoques como patrimonial, social y material.

Palabras claves

Jueces, no ordenan, demolición, mala fe.

Abstract: In the present work, a qualitative and quantitative research was carried out regarding the collection of data, an exploratory level of depth as we were the first to pose this problem and develop our research with the possible answers regarding the incorporated theme, and in search of generating an applied research, but that will be a matter of review on the controversial points of this work, where we will address the situation of why the judges do not order the demolition? Seeking to give the answer to this question from different approaches such as heritage, social and material.

Keywords: Judges, do not order, demolition, bad faith.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del trabajo desarrollaremos la figura de la demolición, desglosándola del artículo 943 de nuestro código civil donde se establece la situación del constructor que actuó de mala fe al construir en un terreno ajeno, es necesario entonces desarrollar primero el artículo y luego extrapolar el tema de nuestro trabajo como es la demolición.

Abordaremos a la demolición como una consecuencia del Art. 943 que se aplicará en los casos de mala fe donde se buscó construir sobre terreno que tenía el conocimiento de que no le pertenecía, pero aun así buscó edificar sobre este terreno y el ordenamiento jurídico le da una consecuencia para que no se afecte el terreno del propietario real. La actuación de mala fe es una figura donde se busca sacar provecho de una situación en este caso construir en un lugar que no te pertenece. Teniendo entonces que desarrollar la demolición y su vigente actuación en las sentencias de los órganos judiciales encargados de administrar justicia en el Perú, a su vez tenemos que desarrollar de manera doctrinal los aspectos y luego referirnos a la casuística con el fin de afianzar lo recopilado.

En el presente ensayo se busca responder a la siguiente pregunta: ¿Por qué los jueces no ordenan la demolición? Para dar respuesta a la interrogante se desarrollará cuatro argumentos: a. Se buscará hacer suyo lo edificado sin pagar costo alguno b. Es una Medida Demasiado Drástica; y c. Conflictos de daño material.

El objetivo de este trabajo es desarrollar las razones por las cuales el juez no ordena la demolición de una edificación; además, entender más sobre la accesión, conocer el panorama actual de la demolición como figura jurídica. Para ello, se hará una búsqueda de diversas fuentes bibliográficas; asimismo, se realizará una encuesta sobre la demolición a estudiantes de semestres superiores y docentes, con el fin de conocer los puntos de vista diferentes e ir formulando de este modo las posibles respuestas a esta pregunta ya planteada.

CONTENIDO

Accesión

La accesión "...es un modo de adquirir el dominio que consiste en que el dueño de una cosa se convierte en dueño de todo lo que la cosa produzca o de lo que se adhiera a ella" (Vélez y Zambrano, 2001, p.1).

Según Gonzales "La accesión se presenta cuando dos bienes, de distintos propietarios, se adhieren físicamente entre sí, con lo que se conforma la unidad." (2021, p.158). Asimismo, "...la accesión se considera por la doctrina como un modo más de adquisición de la propiedad, ...en lugar de establecer una

copropiedad, se inclina porque la cosa accesoria adherida al principal pase a la propiedad del titular de la principal" (Ortega, 2019, p.12).

La accesión encuentra su fundamento en dos justificaciones:

Dogmática: lo accesorio es una parte más de lo principal, lo general atrae a lo específico.

Económico: La titularidad debe de ser única, así se aprovecha los recursos a través de disfrute individual y por lo tanto la solución más acertada es incluir todo a uno solo de los sujetos intervinientes.

La accesión genera las siguientes consecuencias: El bien principal se queda, el dueño de lo secundario pierde la propiedad y se realiza un reembolso de parte del propietario que se adjudicara la propiedad sobre el bien principal. Se justifica a través de él bien principal, que será el que se tiene un destino económico alto y el rango social superior, luego tenemos el mayor valor pecuniario.

Características

- ✓ Es necesario la existencia de un bien que actué como el principal y los demás actúen como accesorios.
- ✓ Este modo de adquisición es exclusivo de cosas materiales.

- ✓ Pertenece a los modos originarios al nacer independientemente de la intervención humana.
- ✓ Puede originarse por la voluntad de uno solo de los dueños, con ignorancia del otro.
- ✓ Se forma un todo nuevo, homogéneo, único que si se separa la cosa principal de la accesoria se sufre un deterioro.
- ✓ Es necesaria la indemnización del dueño del bien accesorio, en efecto de no generar un enriquecimiento injustificado del propietario beneficiado en este caso al ser titular del bien principal.
- ✓ Es gratuito.

ACCESION INDUSTRIAL

Según, (Varsi Rospigliosi, 2018) "llama accesión industrial cuando se implica una acción humana cuando se construye, planta o siembra en suelo ajeno, utilizando materiales o semillas de pertenecía distinta del titular del suelo".

Edificación en terreno ajeno

El concepto "edificar" según el Diccionario de Derecho de Guillermo Cabanellas, es construir un edificio u ordenar su construcción; debiendo entender como "edificio" a toda obra o

fábrica que se construye para habitación u otros fines de la vida o convivencia humana; tales como casas, fábricas, lugares recreativos, entre otros, ya se empleen como materiales adobes, piedras, ladrillo, madera, hierro o cualquier otro, por otro lado la Real Academia Española hace mención que la Accesión artificial que comprende supuestos o variantes diversas, teniendo en cuenta la buena o mala fe del que edifica y del titular del terreno y la titularidad de los materiales empleados.

La adquisición regulada por el artículo 938 del Código Civil constituye la forma original de adquisición de la propiedad, la cual consiste en atribuir sustancialmente todo lo relacionado o incidental al dueño del inmueble. De los dos bienes, una tiene el carácter de propiedad principal, la otra tiene el carácter de propiedad secundaria, y la segunda está unida a la primera, pero son dueños de la propiedad antes de unirse a personas diferentes. Será un conflicto.

Si soy el propietario del terreno en el que estoy construyendo un edificio con mi cuenta, otorgo mi propiedad no solo del terreno, sino también de lo que se construyó en ese terreno, sin mencionar el sistema legal. Aquí no se encuentran

conflictos porque el bien principal y el accesorio son propiedad de la misma persona. No sería el caso si a un vecino de mi propiedad se le ocurriera la idea de construirse él mismo sin consultarme. Por supuesto, aquí nos enfrentamos a conflictos de intereses que deben resolverse con urgencia., y para ello, legislador del 84 se preocupó por poner fin a los potenciales conflictos y estableció una serie de reglas normadas en los artículos 941, 942 y 943 del Código Civil que establecen a quien le asiste el derecho en estos casos.

Entonces, nos dice que "se aprecia claramente que el legislador nacional optó por resolver todo tipo de conflicto relacionado con la edificación en terreno ajeno, en base a la buena o mala fe con que actúan las partes del conflicto" (Pasco, 2009). Así, dependiendo de la buena o mala fe con que actúan tanto el constructor como el propietario del terreno, el legislador otorga una serie de derechos potestativos a cada uno de los sujetos involucrados.

Código Civil Peruano - Art. 943

Artículo 943º.- Edificación de mala fe en terreno ajeno

"Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare

perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor".

Entendemos que es aquel modo de adquirir la propiedad originario e industrial (ya que en este último caso interviene la acción humana de un tercero) que tiene lugar cuando un tercero de mala fe levanta, construye o edifica un inmueble en un suelo ajeno, convirtiéndose ambos bienes en uno solo y adquiriendo este un mayor valor del que tenía antes de la accesión.

La real academia española (RAE) refiere a la "mala fe como la malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien".

La mala fe del constructor hará que se aplique con mayor razón la máxima superficie solo cedit, que traerá como consecuencia, que el dueño actual del terreno

Sobre el cual se edificó de mala fe, pueda convertirse en el titular de la edificación, sin obligación de pagar valor alguno o exigir la demolición y que los gastos de esta sean cubiertos por el constructor que obro en mala fe del constructor.

Consecuencias de edificación en terreno ajeno mala fe

Ahora una vez se delimite el ámbito de actuación del constructor, que solamente se dirige en buena y mala fe. Podemos apreciar las consecuencias que desencadenara la edificación en terreno ajeno de mala fe.

Teniendo el dueño del suelo una doble posibilidad:

1. De hacer suyo lo levantado, construido o edificado sin pagar su valor.
2. Exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente.

Ambas posibilidades parten de una esfera de actuación donde se buscó actuar de mala fe en consecuencia nuestro ordenamiento jurídico rechaza este actuar y genera consecuencias en favor del propietario del suelo sobre el cual se hizo las construcciones que podrían o no afectarlo. Tomando estas dos posibilidades es que dirigimos este trabajo específicamente al segundo supuesto de exigir la demolición, pero desde una perspectiva crítica de como en el Perú los jueces no ordenan la demolición. A efectos de síntesis se

buscará responder el ¿Por qué los jueces no ordenan la demolición?

Código Civil Peruano - Art. 944

Artículo 944°.- Invasión del suelo colindante

Suele suceder que en determinadas circunstancias y por un error de medición, confusión de linderos o deficiencia en los títulos se invade, mediante una edificación o construcción, la superficie del predio vecino, de buena fe. Como el precepto exige que en estos casos el dueño del suelo invadido no se haya opuesto, no rigen en este supuesto las reglas generales de la accesión y será el invasor de buena fe quien adquiera el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que por razones de conveniencia destruya lo construido (Schreiber Pezet, 1995, p.271)

Código Civil Peruano - Art. 945

Artículo 945°.- Edificación o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas

Se mantiene dentro de la línea de la accesión de los objetos muebles a bienes inmuebles, siguiendo la tónica del artículo 870 del Código Civil derogado, pero con un agregado de alcance ético... el dueño del terreno que utiliza materiales o semillas que sabía eran ajenas, está obligado a pagar el doble de su valor y a satisfacer los daños y perjuicios resultantes. (Schreiber Pezet, 1995,p.273)

Demolición

La demolición es aquel acto de destruir una edificación u obra. La demolición puede ser de forma total, o parcial de la edificación. Los trabajos de demolición son los que entrañan mayor riesgo, por lo que han de ser objeto de un cuidado especial, en el planeamiento y en la elección del sistema para realizar la demolición, así como el encargado y personal que la han de ejecutar; es por ello que se necesita cumplir algunos requisitos: licencia, protocolos de seguridad y salubridad. Los motivos por el cual se ejecuta una demolición son: la afectación a las áreas verdes como parques, jardines; los suelos que se encuentran dentro de los planes de urbanización. Asimismo, se da en la edificación en terreno ajeno; es decir, cuando el constructor actuó de la mala fe y buscando el perjuicio del propietario del terreno sobre el cual edificó.

La Real Academia Española refiere que es derribar y demoler como términos sinónimos definiéndolos como la acción de deshacer o arruinar. Sin embargo, nosotros consideramos conveniente diferenciar claramente estos dos conceptos.

Derribar: En oposición a construir, significa deshacer lo construido, echar a tierra, abatir una construcción.

Demoler: Deshacer lo derribado, romper materiales, componentes y subcomponentes del sistema constructivo general.

Los motivos por el cual se ejecuta una demolición son: la afectación a las áreas verdes como parques, jardines; los suelos que se encuentran dentro de los planes de urbanización. Asimismo, se da en la edificación en terreno ajeno; es decir, cuando el constructor actuó de la mala fe y buscando el perjuicio del propietario del terreno sobre el cual edificó.

Fueyo (2003) Amplía un poco más el concepto al denominarlo como el "troceo de una estructura, en todo o en parte, para su eliminación o reformado" El concepto implica un procedimiento de demolición estructural en el sitio que originalmente estaba destinado a procesar y transportar los escombros resultantes a una planta de reciclaje de residuos

La demolición es deshacer lo derribado, romper, fragmentar los elementos derribados. Una orden de demolición se incluye en el procedimiento sancionador ante una infracción urbanística. Si se detecta que se han realizado actuaciones sin la

licencia requerida o que no se ajustan a ésta, será necesario restaurar la legalidad, salvo en los casos en donde el código lo regule extraordinariamente. De lo dicho, se puede deducir que no todo proceso de derribo implica una demolición posterior, y que no todas las demoliciones van precedidas por derribos.

La Actual Reglamentación de la Demolición

Para que se pueda aprobar la demolición de un inmueble también involucra que se dé la actuación de la municipalidad, entre ellos es necesario que se imponga una sanción administrativa.

En casos de demolición por invadir la vía pública, tenemos como un referente la Resolución de gerencia general n° 035-2020-mpc/ggdu, esta se dispuso a la demolición inmediata de diecinueve edificaciones (construcciones precarias) que invaden la vía pública. La autoridad municipal puede ordenar el retiro de materiales o la demolición de obras e instalaciones que ocupen las vías públicas o mandar ejecutar la orden por cuenta del infractor; con el auxilio de la fuerza pública o a través del ejecutor coactivo, cuando corresponda.

Que, el artículo 93 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece "(...) Las municipalidades provinciales y distritales, dentro del ámbito de su jurisdicción, están facultadas para:

1. Ordenar la demolición de edificios construidos en contravención del Reglamento Nacional de Construcciones, de los planos aprobados por cuyo mérito se expidió licencia o de las ordenanzas vigentes al tiempo de su edificación.
2. Ordenar la demolición de obras que no cuenten con la correspondiente licencia de construcción.
3. Declarar la inhabilitación de inmuebles y disponer su desocupación en el caso de estar habitados.
4. Hacer cumplir, bajo apercibimiento de demolición y multa, la obligación de conservar el alineamiento y retiro establecidos y la de no sobrepasar la altura máxima permitida en cada caso. (...)"

Para tocar este tema propiamente es necesario que se dé alcances a grandes rasgos, primero sobre la licencia de construcción que cada propietario debe tener o en este caso, que el posesionario

ya sea de mala o buena fe ha ofrecido como principal requisito para la licencia de construcción es que debió de tener una copia de la escritura pública o título de propiedad. En estos casos que no se presente la copia, se puede imponer una sanción de demolición administrativa por la realización de la obra sin autorización.

En todo caso para adquirir la licencia de demolición se debe solicitar a cada gobierno regional, el cual expedirá este permiso para realizarlo finalmente.

¿Por qué los jueces no ordenan la demolición?

a. Se buscará hacer suyo lo edificado sin pagar costo alguno

La construcción sobre el suelo ajeno cuando es de mala fe, solo ira en beneficio del propietario legítimo del terreno sobre el cual se construyó en virtud del "superficies solo cedit". El demandante pudo haber dejado que esa persona construya sobre su terreno, porque a sabiendas del legítimo propietario lo edificado sobre su terreno pasará a ser propiedad del dueño. Resulta interesante debido a que el propietario podría dejar que construyan sobre su terreno para luego alegar que el constructor actuó de mala fe y la edificación pasaría a ser suyo, entonces

busco darle justificación a porque los jueces no quieren demoler a pesar de lo señalado en el 943 del código civil.

El propietario tiene la elección entre el segundo enunciado sobre hacer suyo lo edificado sin pagar costo alguno. Esto es considerado el castigo máximo al constructor

de mala fe, teniendo en cuenta los gastos que pudo haber tenido respecto a la edificación que estaba realizando o realizo. Por consiguiente, la construcción tiene que ser necesariamente parte de la edificación, hago referencia a paredes y si estas paredes son construidas, luego podrán servir para continuar con la edificación en beneficio del propietario del terreno sobre el cual se estuvo construyendo. El beneficiado máximo será el propietario teniendo en cuenta que lo ya construido siempre aportará de diversa manera la futura edificación de un terreno.

Si el beneficiario es el propietario del suelo, podría ser posible que busque destruir lo ya construido o se quede con lo construido, tomando en cuenta que de todas formas le servirá esta construcción realizada sobre su terreno, para reforzar esta idea la construcción es realizada por un invasor y el invasor

no tendrá acaso el ánimo de poseer lo construido o hacer actos de posesión. Acaso el invasor buscara realizar construcciones que puedan afectar en un futuro su posesión de lo construido, Esta posición me permite concluir que toda edificación realizada de mala fe solo tiene un efecto de beneficio sobre el propietario del terreno, el cual buscara hacer suyo lo edificado sin costo alguno, porque lo edificado surtirá efectos de beneficio hablamos de los costos de construcción que no tendrá por qué pagarlos teniendo en cuenta la mala fe del constructor. Específicamente al momento de elaborar las pretensiones es que se optara en esencia por el segundo enunciado al cual hace referencia el 943 en beneficio propio.

b. Es una Medida Demasiado Drástica

Sería una medida drástica, ya que en esta construcción intervienen varios factores que se deben tomar en cuenta y que en cierto modo son difíciles de demostrar, ya sea la buena y mala fe que se ha venido abordando a lo largo de toda el ensayo; por ello que, si por parte del constructor o posesionario hubo buena fe, ya sea por ignorancia que este le pertenecía a otra persona, y como está citado en jurisprudencia y

normatividad, a este se le podría pagar por los gastos; pero, si el caso fuera con mala fe, ya es a decisión del propietario de suelo que hacer con la construcción, si demolerlo, vender el terreno para que se le pague el precio que parte o una indemnización. Pero que sucede si se presenta por parte del propietario del suelo, en este caso si el actúa de buena fe, es que no sabía que se estaba construyendo sobre su terreno y por lo cual no habría podido impedirlo y en todo caso solo pediría el desalojo del invasor, pero en el caso que actué de mala fe, a sabiendas que se construía en su terreno y no decidió decir nada sobre ello y permitió que sigue se expandiera su terreno, actuaría de mala fe solo para que luego de que se haya avanzado gran parte o culminado pueda recién pedir el desalojo o la restitución del inmueble.

Con todo lo explicado y abordado, entonces se es difícil demostrar cuando y con qué animus se ha podido realizar la construcción, ya que su interpretación es muy abstracta de resolver. Ya que de una forma u otra se está dando más beneficio por el lado del dueño del terreno. Sucede que, si el juez decide resolver a favor del propietario de suelo por mala fe, solo por el hecho de ser el propietario y contar con título de

propiedad pero que ya desde tiempo sabía que se venía construyendo sobre su terreno y no hizo nada al respecto, de ahí que se ha venido dando casaciones que generan mayor garantía y protección a los poseedores ya sea como el IV pleno casa torio, que dio mayor garantía a los poseedores precarios. Es así que surge gran polémica y por ello que se debe tomar rigurosamente cada caso y que por esta razón y por los vacíos legales que aún existen en nuestro código civil no se decide demoler la construcción.

Conflictos de daño material

Como se mencionó anteriormente demolición es aquel acto de destruir; es cierto que las demoliciones son importantes en las construcciones de nuevas obras, edificaciones; han formado parte necesaria para las obras a realizar, teniendo en cuenta que el sector de la construcción tiene una alta demanda en el sector económico por su rentabilidad.

Sin embargo, es importante considerar las consecuencias que esto acarrea. Por ejemplo: ¿Qué sucede cuando la edificación a demoler es un edificio de diez pisos?; es claro que la cantidad de desmonte será excesiva, y

más grave es el daño ecológico que se ocasionará. Otro factor a considerar es la falta de profesionales con experiencia en demoliciones que cumplan con las normativas necesarias que requiere este acto; por ejemplo: cumplir las normas para ayudar a disminuir el impacto ambiental negativo. Los materiales utilizados en la construcción, muchas veces son elaborados con agentes tóxicos y los escombros acaban en vertederos ilegales.

Además, al demoler una edificación se corre el riesgo de afectar bienes ajenos; como lo son: obras públicas (veredas, cables de luz, sistema potable, calles, etc.) e incluso dañar inmuebles vecinos o colindantes, lo cual traerá problemas legales mayores. La demolición es muy peligrosa no solo con los daños materiales; sino también, atenta la vida de la persona. Considero que este acto debe de ser analizado de mejor manera; puesto que, se genera pérdidas económicas (pérdida del dinero invertido en la construcción), afectación ambiental, afectación de obras públicas.

Y casos como esta se encuentran en muchas noticias como el del hotel SHERATON uno de los hoteles de la una cadena muy importante de hoteles en

Cusco, cabe precisar que dicha construcción se realizó sin la debida consulta previa y que hasta la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha solicitado su demolición, ya que esta al ser construida daño patrimonio cultural, y además derribo muros incas y que este edificio de 10 pisos no solo estaba siendo levantado en una zona donde de acuerdo con el Plan Maestro del Centro Histórico del Cusco solo se pueden construir inmuebles de hasta dos niveles, sino que según dos resoluciones directorales se cometió daño "grave e irreversible" al Patrimonio Cultural de la Nación. Sin embargo, el fallo argumentó que no se pueden restituir los andenes porque más valor tenía la inversión económica ya efectuada. Y como punto más importante se estaba en una controversia "Uno de los magistrados se pronunció a favor de que no se puede proteger el patrimonio cultural en la vía constitucional, mientras que otros dos lo hicieron a favor de priorizar la inversión económica".

En nuestra investigación se pudo encontrar que el maestro de estudio del derecho (Romero Romaña , 1947) afirma que: "en el derecho moderno no

debe admitirse el derecho de destruir, que corresponde a la pasada concepción individualista de la propiedad. Por todo ello reflexionamos que la demolición no es la finalidad más eficaz además que el constructor de mala fe debería pagar la indemnización. (p.268)

CONCLUSIONES

1. La mala fe del constructor hará que se aplique con mayor razón la máxima superficie solo cedit, que traerá como consecuencia, que el dueño actual del terreno sobre el cual se edificó de mala fe, pueda convertirse en el titular de la edificación, sin obligación de pagar valor alguno, la demolición se ostentara entonces como manifestación de la protección de la legalidad urbanística vulnerada y, por el otro, la tutela de los derechos de los terceros de buena fe que, en determinados supuestos, pueden llegar a verse afectados, una solución que en vez de sumar solo resta y de este modo se genera afectaciones en general.
2. El saber clásico de la solución de nuestro código civil peruano para construcciones de mala fe (Art. 943) puede ser excesivamente

sancionadora del comportamiento del constructor, en especial si el propietario del inmueble además opta por que se dé la demolición de lo construido si le propiciare cualquier perjuicio, logrando escoltar a esa orden, que se le brinde el pago de compensación por el mal provocado. Teniendo esto presente, conviene seguir hacia una mejor interpretación de este cuerpo humano normativo para comprender que el constructor de mala fe merece cualquier costo relacionadas con la construcción que el dueño del lote ha decidido obtener. Tal se lograría una solución que evite sanciones desmesuradas para el constructor de mala fe y un enriquecimiento indebido del dueño del lote.

3. Con la aportación de Romero tendremos que la demolición no solo afecta al constructor, sino también al propietario por la implicancia de los modos en cómo se produzcan la demolición (reducción a escombros) y de esta manera afectar el bien común por las afectaciones materiales a las viviendas aledañas.
4. En respuesta a nuestra interrogante, es que la demolición en nuestra sociedad es algo que podría resultar

como una finalidad que afecte el derecho a la propiedad y la vida en sociedad. Es una medida drástica que genera solo destrucción y no una solución acorde a derecho además que genera graves consecuencias al constructor de mala fe, que además debería pagar una indemnización, con todo esto, es que no genera ganancias y se pierde la inversión que se efectuó en esta construcción.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires Argentina: Heliasta
- Fueyo, L. (2003). *Manual de demoliciones, reciclaje y manipulación de materiales*. fueyo editores.
- Romero Romaña, E. (1947). *Derecho Civil. Derechos Reales*. LIMA: EDITORIAL P.T.C.M.
- Schreiber Pezet, M. (1995). *Código Civil Comentado derechos reales (T.5)*. Lima: Gaceta jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2018). *Tratado de derechos reales: posesión y propiedad (T2)*. Lima: Universidad de Lima. : Fondo Editorial.
- Gonzales, G. (2021). *Tratado de derechos reales*. Lima: Ed. Juristas
- Ortega, P. (2019). *LA ACCESIÓN INVERTIDA*. Recuperado de:

<https://core.ac.uk/download/pdf/232123141.pdf>

Pasco, A. (2009). *Edificación en terreno ajeno: entre la buena y la mala fe del constructor ¿Convirtiendo las presunciones absolutas en presunciones iuris tantum?* Recuperado de: https://works.bepress.com/alan_pasco/17/download/

Vélez, A. y Zambrano, M. (2001). *La accesión como modo de adquirir el dominio.* Recuperado de: https://unisabaneta.edu.co/pdf/cartillas/cartilla_accesion.pdf

CONTROVERSIA EN LAS REGLAS DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL EN ESTUDIANTES DE LA FCJP Y ABOGADOS DE PUNO

AUTORES:

HUMALLA TURPO, Carmen Marleny
chumallat@est.unap.edu.pe



MAMANI CORI, Sulema
smamanic@est.unap.edu.pe



LAURENTE VARGAS, Paola Karina
palarentev@est.unap.edu.pe



MACHACA TINTA, Stefany Andrea
emachacat@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto describir las controversias en las reglas del cuarto pleno casatorio civil, en estudiantes de derecho y abogados; abordando principalmente el tema de posesión precaria; que es, cuando se ocupa un bien sin título, ya sea porque nunca lo tuvo o porque el que se tenía ha fenecido y por lo tanto el poseedor será precario, si se encuentra dentro de estos dos casos. Asimismo, se desarrolló el tema del IV pleno casatorio civil y sus 7 reglas vinculantes; la información se obtuvo mediante encuestas y a la conclusión a la que llegamos con nuestro trabajo es que aún falta la aclaración de algunas reglas de este IV Pleno Casatorio Civil.

Palabras claves

Pleno casatorio, posesión, posesión precaria, precedente vinculante.

Abstract: The purpose of this paper is to describe the controversies in the rules of the fourth full civil cassation, in law students and lawyers; mainly addressing the issue of precarious possession; that is, when an asset is occupied without title, either because it never had it or because the one that was had has expired and therefore the possessor will be precarious, if it falls within these two cases. Likewise, the theme of the IV plenary civil cassation and its 7 binding rules was developed; The information was obtained through surveys and the conclusion we reached with our work is that there is still a lack of clarification of some rules of the precedent, for the unification of the criteria.

KEYWORDS: Full Cassation, Possession, Precarious Possession, Binding Precedent

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Romano, se entendía por "*Precarium*" un contrato innominado realizado entre dos personas, donde el propietario cede la propiedad por los ruegos de otra parte, donde le concedía a este el disfrute y la posesión gratuita de una cosa, una decidida por los ruegos de otra, concedía a este el disfrute y la posesión gratuita de una cosa, a lo largo

del tiempo esto ha ido modificándose llegando así a la norma que tenemos regulada en nuestro Código Civil.

El presente trabajo busca esclarecer los alcances que tiene en nuestro código civil el tema de la posesión precaria; debido a que, desde su vigencia en 1984 ha generado controversia sobre su aplicación en los diferentes casos, razón por la cual algunos operadores jurídicos han considerado que la posesión precaria contenido en el art. 911 se trata de una inadecuada regulación, y es por ello que la Corte Suprema se pronuncia con el IV Pleno Casatorio Civil estableciendo así siete precedentes vinculantes con las que se puede identificar a un poseedor precario.

El presente busca saber si existe controversias en las reglas sobre el IV Pleno Casatorio Civil, en estudiantes de pregrado y abogados, porque consideramos que existen controversias respecto a algunas de las reglas del IV Pleno Casatorio Civil, y con la finalidad de tomar las medidas necesarias para resolver estas controversias, de esa forma contribuimos al Derecho.

LA POSESIÓN

La posesión es un derecho real por naturaleza, por esencia y magnitud. Al

respecto Varsi Rospigliosi (2019) refiere que, "es el señorío fáctico, poder o dominio de hecho" (p.26). En la misma línea, otros autores manifiestan que la posesión es un derecho real autónomo, así como Mejorada Chauca y Loayza Jordán (2012) quienes señalan que "Ciertamente este derecho nace de un hecho que es el comportamiento respecto de los bienes en la forma como nos referimos antes, sin embargo, es en definitiva un derecho" (p.238). El poseedor puede ser el propietario, con gran frecuencia lo es y con ello radica el fundamento de la protección posesoria, pero también el poseedor puede no ser el propietario. puede incluso ser un ladrón o usurpador. (Avendaño Valder & Avendaño Arana, 2019, p.32)

Para González Linares (2012), es "el derecho real que establece una relación directa y efectiva del poseedor con los bienes (relaciones reales), con el objeto de obtener beneficios de su utilidad económica" (p.175).

Para Gonzales Barrón (2013) señala que "es el control voluntario y autónomo de un bien, destinado a tenerlo para sí, en beneficio propio, con relativa permanencia o estabilidad, cuya finalidad es el uso y disfrute en cualquier

momento, sin necesidad de un título jurídico que sirva de sustento" (p. 413). y a criterio de Torres Vásquez (2006), "es el poder de hecho o señorío, con o sin derecho, que una persona ejerce sobre un bien o derecho, sin importar si el poseedor tiene o no *animus domini* (voluntad de poseer como dueño) o *animus possidendi* (voluntad de poseer)" (p. 335).

Ha existido gran controversia en torno a este tema, principalmente nos referiremos al pensamiento de dos grandes jurisconsultos alemanes, SAVIGNY y IHERING. Procuraremos sintetizar brevemente.

Savigny, de Origen Alemán, postula la Teoría Subjetiva, en la cual menciona que la teoría de posesión que usaban los romanos era la más "adecuada", ya que forma una correlación con el *corpus* y *animus* el primero mantiene una relación física con la cosa, y para formar la posesión jurídica requiere del *animus*. En cuanto a Ihering, postula la Teoría Objetiva, en la que menciona que el poseedor no necesita decir de donde tiene la posesión, solamente basta con exteriorizar. Este pensamiento va en contra de lo mencionado por Savigny, el mismo que realiza una crítica al Derecho

romano del cual, el antes mencionado, toma base en parte la teoría subjetiva. ya que Ihering explica que, el Derecho romano renunciaba a exigir el *animus domini*, esto es un fracaso de la Teoría de la Voluntad, sin embargo, es preciso explicar que esto se hacía para facilitar la posesión de la propiedad, la "Protección Posesoria", y la relación que mantiene la propiedad y la posesión, era de tipo Funcional, siendo la Posesión una exterioridad de la propiedad.

De las teorías mencionadas, las de Ihering, es la que más se aproxima a la necesidad de priorizar la seguridad jurídica y con ello impedir que quienes conduzcan bienes de manera legítima o ilegítimamente con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad dando al bien una finalidad económica.

Posesión en nuestra legislación

El Código Civil (1984), actualmente vigente, en el artículo 896 define lo que debe entenderse por la posesión, estableciendo que es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Luego, como el legislador era consciente que esta definición podría generar problemas interpretativos, tuvo cuidado de añadir otros artículos que

permitieran precisar en alguna medida el concepto de posesión. Así, por ejemplo, en el artículo 897 nuestro Código diferencia al poseedor de aquel sujeto que se denomina como servidor de la posesión. De esta manera, se señala que no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.

POSESIÓN PRECARIA

Tradicionalmente del concepto de precarium estuvo vinculado al comodato, este por ser actos gratuitos y entendido siempre como un contrato innominado, esto es, como el resultado de un vínculo obligacional entre el propietario del bien inmueble y la persona que lo recibía, con la particularidad de que éste no pagaba renta y este tenía la obligación a devolver el bien en la primera reclamación que el propietario lo requería.

Pero el concepto originario del precario ha obtenido una distinta evolución en el Derecho Romano. El jurista español Albaladejo (1994) refiriéndose a la posesión precaria, ha señalado que ésta se presenta cuando el

que posee un bien sin derecho, está expuesto a que aquel a quién corresponde la posesión se la pueda reclamar y obtener, en su caso, el correspondiente fallo judicial que obligue a entregar el bien.

Ahora, actualmente en nuestro Código Civil Peruano, se ha incorporado una definición de la posesión precaria, este apartándose de la tradicional concepción que se ha tenido.

Entonces en nuestro Código Civil Peruano establece la posesión precaria en dos supuestos las cuales son:

1) Ausencia de título-. Poseedor que entró de hecho en la posesión, y que no tiene ningún título. Es evidente que quien posee sin título alguno posee de mala fe, pues esto va en contra del derecho, adicionalmente debe ser considerado precario, quien posee en virtud de un título cuya nulidad sea manifiesta ya que en este caso es evidente la invalidez del título, por ello debe considerarse como inexistente. Los ejemplos más comunes de este supuesto son; el usurpador y el ladrón.

2) Título fenecido-. Esto es cuando un contrato ha vencido o ha

terminado su plazo, con lo cual ha dejado de producir efectos. Por ello el título fenece por decisión judicial, por disposición de la ley, por cumplimiento del plazo o condición resolutorios, por mutuo disenso, por nulidad, resolución, rescisión, revocación, retractación, etc. (Torres Vásquez, 2006).

Por ello en nuestro país el poseedor precario será en los siguientes casos:

A) Quien, con o sin violencia, accede físicamente al bien en forma directa, sin autorización de su propietario.

B) Quien, por cualquier razón, habiendo accedido al bien con anuencia de su propietario o titular del derecho o quien haga sus veces.

C) Quien, habiendo tenido posesión legítima en virtud de un título válido, este fenece por cualquier causa.

D) Quien, accedió al bien en virtud de un título jurídicamente inexistente.

SITUACIÓN DE LA POSESIÓN PRECARIA ANTES DEL IV PLENO CASATORIO CIVIL

Antes del IV pleno casatorio la situación era poco alentadora debido a que el demandado podía alegar cualquier argucia o causal que no pudiese ser analizada en un proceso tramitado en la vía sumarísima (el desalojo), para que los jueces desestimaran la demanda y dictaran una sentencia inhibitoria. La discrepancia de criterios jurisdiccionales sobre el desalojo por ocupante precario resultaba preocupante; no había seguridad jurídica, ni predictibilidad en las resoluciones judiciales; es así que, hasta antes de la existencia del Cuarto Pleno Casatorio, la Corte Suprema declaraba improcedentes las demandas de desalojo que se presentaban, porque había cuestiones pendientes por resolver, lo que daba lugar a diversas polémicas tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

EL IV PLENO CASATORIO CIVIL Y LOS PRECEDENTES VINCULANTES QUE ESTABLECIÓ.

En la casación N° 2195-2011 UCAYALI, se establecen los siguientes

precedentes vinculantes de observancia obligatoria (son 7), a saber:

“Por mayoría (el Pleno) ESTABLECE como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

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

En esta primera regla del poseedor precario, es la persona que no paga renta, no tener título, entrar a un predio de favor por que un familiar lo permitió y este se quiere quedar con la propiedad o cuando se tenga un título y este no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente.

Con referente a esta regla, cabe mencionar que en el proceso de desalojo no está en juego la propiedad (no se tiene que acreditar ser dueño del bien para acceder a la parte activa de este juicio).

No existe aquí necesariamente una rivalidad que vincule a un “propietario no poseedor” contra un “poseedor no propietario” (como si ocurre en materia

de la acción reivindicadora), sino lo que está en discusión es quien tiene mejor derecho de poseer, y este se da en los contratos que no son de propiedad, por ejemplo, usufructo, uso, habitación, arrendamiento, servidumbre, etc.

Interpretar el artículo 585° del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911° del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

Antes del cuarto pleno casatorio, existían ocupantes que sostenían que nadie les había entregado o cedido la posesión del bien, por lo que no tenía un deber de restitución a su cargo. Se trataba de posesiones directas o derivadas de un tercero distinto al titular demandante.

Bajo esta perspectiva, no se tenían en estricta obligación de "devolver", toda vez que al demandante no les había entregado la posesión del bien. Con este argumento los demandados impedían que les ordene restituir el bien que estaban ocupando.

Con todo lo mencionado líneas arriba, en la actualidad se entiende por restitución como la entrega de la posesión del bien, esté quien esté.

Establecer, conforme al artículo 586° del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no sólo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio.

Se precisa quiénes son los sujetos que gozan de legitimidad para obrar activa y pasiva. De esa manera se identifica las dos posiciones que son tanto activa y pasiva para ello deben ser evaluadas por los jueces: el demandante, quien debe probar tener un título que le permita poseer el bien que no ocupa (todo aquel que ostente un derecho a la restitución del predio derecho a la posesión).

En estos casos, el poseedor precario se atribuye al título vencido que permite que el demandado continúe siendo propietario de la propiedad. Para ello, solo basta que el Juez, conozca del proceso de desalojo o desahucio que verifique el cumplimiento previsto por ley o contrato, sin que se pronuncie

sobre la validez de las condiciones en que se dictó esta resolución.

En caso que el Juez considere que las circunstancias son más complicadas, podrá fallar declarando infundada, pero no inadmisibles las demandas.

Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704° del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700° del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato, sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Este supuesto que describimos con anterioridad, es el que más polémica ha causado tras la emisión del IV Pleno Casatorio Civil ya que dio por muerto el desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento.

A fin de desarrollar dicho extremo es necesario citar el artículo 1700 del c.c. que sin duda representa el texto más importante en el arrendamiento; este

artículo menciona que en el contexto de un arrendamiento de duración determinada, si vence el plazo del contrato y el arrendatario continúa en posesión inmediata del bien sin injerencia del arrendador, se entiende, por imperio de la ley, su continuación bajo las mismas estipulaciones hasta que el arrendador decida solicitar su devolución cursando un aviso. Se concluye que el vencimiento del contrato no significa per se el término de este, sino que se requiere de forma imperativa cursar un aviso al arrendatario para que dé cuenta de ello, acto que da por concluido el contrato del arrendamiento.

-Como no es ajeno a nuestro conocimiento, la nulidad del acto jurídico es uno de los procesos en el medio más latos de la praxis; esto se debe a la complejidad de la cuestión controversial y los medios probatorios que suelen sustentar las posiciones. Por estas consideraciones, el ordenamiento ha destinado su dilucidación a la vía de conocimiento, en conclusión, un título manifiestamente nulo, significa una inexistencia de título ya que, al ser nulo, nunca existió.

La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los

registros públicos, el artículo 1708 del Código Civil establece que cuando el bien arrendado es enajenado e inscrito en el registro público, el adquirente debe respetar el contrato de arrendamiento y prevalecer sobre todos los derechos y obligaciones del arrendador a partir de ese momento.

Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo, sea de buena o mala fe, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso.

Si el propietario no paga las mejoras, el ocupante puede negarse a entregar el inmueble hasta que se pague la cantidad adeudada (retención).

-La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usucapión, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado.

Con el solo haber adquirido el bien por prescripción adquisitiva (art. 950 del Código Civil), pero el hecho de no manifestar al público la prueba que acredite ese hecho jurídico, no es suficiente para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda;

-En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el sentido que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

Sobre la sentencia inhibitoria lo cual está prohibido para el juez a cargo del proceso. Los jueces deben pronunciarse sobre la titularidad con la finalidad de brindar una protección eficaz al derecho de posesión.

-En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601° del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, se evidencia que el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien, puesto que,

al haber sido negligente en la defensa de su posesión durante el plazo de un año, no puede pretender usar un procedimiento sumario para recuperar su bien, dado que el despojo presupone que ha sido el mismo accionante quien padeció ese acto de desposesión ilegítima.

CONSIDERACION DE CONTROVERSIA

- 5.2 Este pleno casatorio no consideró el desalojo por vencimiento de contrato de arrendamiento, sino que menciona que en concordancia con el artículo 1700 del CC. el arrendatario no tendría título fenecido, sino tendría un contrato indeterminado hasta que el arrendador solicite la devolución del bien mediante un aviso, con el cual se da por concluido el contrato de arrendamiento. Solo después de cursarle el aviso de conclusión de contrato, este arrendatario pasa a ser poseedor precario con título fenecido.

Debido a esto es que todo arrendatario se tornará como precario y la vía para desalojarlos será el proceso de desalojo por ocupación precaria y ya no sería útil un proceso de desalojo por vencimiento de

contrato, el cual se podía tramitar ante un juzgado de paz letrado por su baja cuantía, lo que suponía un proceso corto y exonerado de casación, sin embargo al tramitar el desalojo por ocupante precario se debe tramitar ante un juzgado especializado, el cual se podría dilatar aún más el proceso, incluso llegando a recurso de casación.

Este supuesto estaría limitando y afectando el derecho del arrendador en la tutela de sus derechos

- La segunda regla vinculante que menciona que la disputa no es la propiedad si no el derecho a poseer, y eso hace que los jueces se equivoquen mucho, porque bien se sabe que para poder realizar una demanda de desalojo debemos tener un título de propiedad, por el cual se podría decir que estos se basaron en un título de propiedad y no en un derecho a poseer.

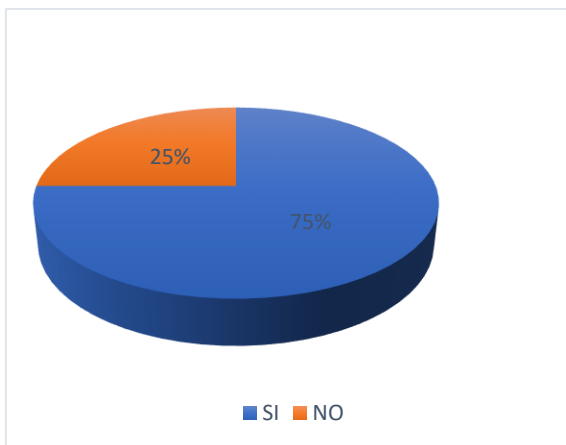
APRECIACIONES DE LOS ESTUDIANTES LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO EN RELACIÓN AL IV PLENO CASATORIO CIVIL

Habiendo realizado una encuesta a diversos estudiantes de la universidad

nacional del altiplano, facultad de ciencias jurídicas y políticas el 20 de mayo del presente año hemos podido apreciar ciertas consideraciones y evidenciar el nivel de conocimiento que poseen estos con respecto al IV Pleno Casatorio y opiniones de las reglas que posee este, para lo cual usaremos gráficos adjuntados en anexos.

Figura 1

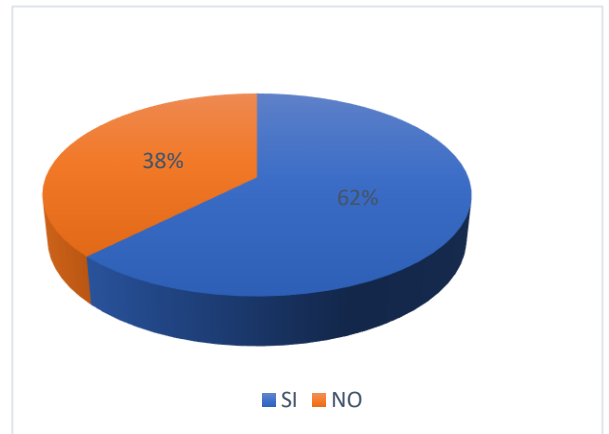
¿Usted cree que las reglas están bien dadas dentro del IV Pleno Casatorio?



Nota: El grafico representa la cantidad de estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, y abogados de puno que creen que las reglas están bien dadas o no, en el IV Pleno Casatorio Civil. *Tomado de la encuesta realizada a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y abogados de Puno.*

Figura 2

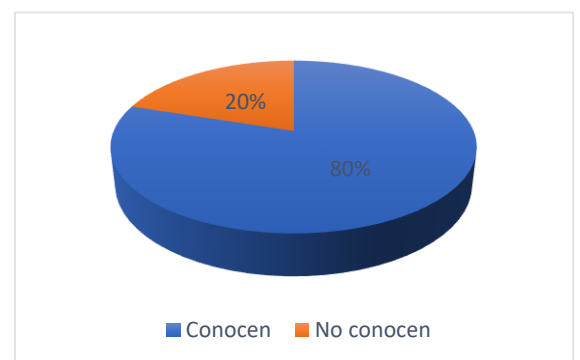
¿Modificaría o agregaría algo a alguna de estas reglas?



Nota: El grafico representa la cantidad de estudiantes y abogados que creen que se debe modificar o agregar algo a alguna de estas reglas establecidas por el IV Pleno Casatorio Civil. *Tomado de la encuesta realizada a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y abogados de Puno.*

Figura 3

Conocimiento del IV Pleno Casatorio Civil



Nota: El grafico representa la cantidad de estudiantes y abogados que conocen sobre el IV Pleno Casatorio Civil. *Tomado de la encuesta realizada a estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y abogados de Puno.*

Con un total de 10 estudiantes de los diversos semestres se obtuvo que un 80% tienen conocimiento del IV Pleno casatorio, porcentaje el cual usaremos para el estudio de sus respuestas, esto por el avance de los diferentes cursos que incluyen este Pleno, y el 20% restante fueron estudiantes con un reciente ingreso a la universidad por ende aun no poseen conocimiento.

Con respecto a la creencia de si se fortalece la figura de desalojo tenemos una variedad, la mayoría cree que, si y esto es gracias a sus reglas, además de que se busca regular los diversos vacíos legales que se concede en el desalojo, y más que fortalecer el desalojo, el IV Pleno casatorio establece reglas en cuanto al ocupante precario de un bien.

En estos resultados tenemos presente una curiosidad, y es que a pesar de que algunos creen que no están bien dadas las reglas del IV Pleno Casatorio, no desean modificarla, teniendo como argumento que al modificar dicha figura

alteraría el orden o en todo caso podría confundir más que aclarar la cuestión.

En una pregunta a la consideración del IV Pleno Casatorio y proponer que exista una regla que mencione el pago de daños y perjuicios por parte de quien está en el inmueble, la mayoría menciona que si, en cuanto se conforme a la plataforma de desalojo o uso de la fuerza, se tuvo por entendido que necesitan una regla que regule esto con el fin de evitar divergencias, sin embargo alguna de las respuestas fueron negativas en cuanto a que, el pago de posibles daños y perjuicios ocasionados puede ser tramitado ya está dentro del amplio título de derechos reales regulados en el Código Civil, y si no se realizan actos que dañen, no se cree pertinente el pago.

En cuanto a si es correcto el desalojo total, en caso de que un solo ocupante sea precario, comenzando con las afirmativas deduciendo de estas que el desalojo atañe a todos y no solo a una persona, por tanto, todos los que se encuentran ahí deberían de salir, ya que si la persona demandada se encuentra en posesión precaria y si hubiera arrendado el bien el contrato que firmaría sería nulo e inexistente por tanto todos tendrían que salir del predio,

parece justo ya que al iniciarse la demanda se inicia para que el bien sea devuelto a su propietario y el desalojo es un instrumento que hace posible ello así que todos los ocupantes deben salir del bien materia de litis y si alguno prueba ser poseedor legítimo pues deberá iniciar un proceso para que se le reconozca el mejor derecho de posesión.

El Razonamiento sobre la justicia o injusticia, es también interesante, ya que ninguna de estas reglas sea injusta, por el contrario si estas han quedado establecidas como precedentes es por que ayudan a dilucidar el tema dentro de nuestro ordenamiento jurídico por lo que estaría de acuerdo con calificar de justas todas ellas, así también se comparten ciertas opiniones considerando que sí, el desalojo es injusto porque la propiedad sin posesión no es derecho, puesto que la posesión no se trata de tener un título, sino la conducta y comportamiento con la que se posee el inmueble.

De otra interrogante tenemos respuestas unánimes, mencionando que es pertinente para absolver lagunas jurídicas, y así mejorar, y que la posesión precaria no tiene una concepción específica.

Respecto a la pregunta de el IV pleno casatorio en su segunda regla, menciona que la disputa no es la propiedad si no el derecho a poseer, entonces porque todas las demandas de desalojo están en función de un título de propiedad, los estudiantes en su gran mayoría opinaron que, al tener un título de propiedad, van a acreditar que son propietario del bien inmueble y al tener ese poder, va a dar la posibilidad de poder sacar al ocupante precario de una mejor manera o más rápido.

Concerniente a la pregunta, hay dos demandas por posesión precaria, en una presenta un título de propiedad y en la otra presenta un anticresis, cuál de los dos procesos cree usted que sería más rápido, con respecto a esta pregunta es algo curioso porque respondieron el anticresis y no el título de propiedad, esto fundamentándolo que en la anticresis no se necesita de mucho análisis y se tiene una presunción de verdad, ya que, se entiende que existe un acto jurídico de dos partes que se comprometieron de forma: expresa, cierta y exigible.

Y con respecto del título de propiedad respondieron que no es una prueba suficiente para resolver a favor la

posesión precaria, ya que el derecho de propiedad es relativo.

Respecto a la pregunta porque cree que en el precedente 5.2 del IV pleno casatorio limita expresamente el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del arrendador, ante esta pregunta respondieron que el pleno al no incluir el desalojo por vencimiento de contrato y esperar a que este se torne como precario y este proceso como poseedor precario solo se tramita en juzgados especializados, estaría limitando el ejercicio correcto de acceder a la tutela jurisdiccional efectiva porque no podrá demandar por vencimiento de contrato sino por ocupante precario lo que por ende implica un proceso más largo ante un juzgado especializado. Por último, se tocó la interrogante de por qué es necesario cursarle una resolución de finalización de contrato para que se dé por fenecido el título otorgado y así esta se torne a precario, bueno ante ello respondieron que de esta manera se da fin a la relación sustancial que se tiene de arrendador y arrendatario.

APRECIACIONES DE LOS ABOGADOS DE LA REGIÓN DE PUNO EN RELACIÓN AL IV PLENO CASATORIO CIVIL.

Algo que se pudo observar a simple vista es que los abogados responden las preguntas de manera muy escueta y simple, sin dar "vueltas al asunto", creemos que esto se debe a el hecho de su experiencia y un conocimiento mas exacto por la práctica, las preguntas fueron las mismas pero haremos especial consideración en la N°7 (Preguntas adjuntadas en anexos), consideran que si pero se sigue un proceso diferente al de desalojo, y la mayoría de ellos contestaron negativamente, haciendo reflexionar en este punto, considerando que se refiere a otros procesos civil, así también en cuanto si se necesitaría un nuevo pleno casatorio, ellos concluyen en que no, con sus reglas están así, al momento de cuestionar esta respuesta, ellos mencionan que está bien tal como y esta y no es necesario hacer aclaración alguna.

A manera de reflexión podemos entender que al momento de ser estudiantes pensamos demasiado para realizar ciertas acciones y cuestionamos demasiado esto, y también resultado de esto tenemos el trabajo presente, sin embargo, nos parece algo muy bueno el hecho de poder tener una amplia variedad de respuestas y

consideraciones, ya sean buenas o malas, ya que al fin y al cabo entendemos que ambas partes tienen razón, puede ser correcto o no para algunos el hecho de ver un error en estas reglas, y esto tiene que ver bastante con el nivel de entendimiento, la práctica e incluso la formación en la vida, fue muy interesante poder empaparnos de tan diversas opiniones y en muchos casos hacernos llegar a una reflexión, es tan interesante poder sentir que estas son las reglas correctas, y otras veces sentir que están completamente equivocadas, sin duda el IV Pleno Casatorio da que desear, esto no cambia el hecho de ser aclarativo y reglamentario en su gran extensión, algunas reglas podrían llegar a ser mejoradas, sí, sin embargo al hacer esto se corre el riesgo de alterar todo nuevamente y causar otra controversia.

CONCLUSIONES

- La finalidad que persigue el IV Pleno Casatorio Civil es plausible ya que de esta manera nos brinda cierta predictibilidad en nuestro ordenamiento jurídico con relación al ocupante precario así de esta manera nos damos cuenta de que la materia está lejos de agotarse con el

planteamiento realizado es por ello de que debemos ser conscientes de que hay mucho por recorrer y por lo tanto no solo debemos buscar la correcta aplicación de este planteamiento sino también decimos de que este Pleno Casatorio debe ir en compañía con acertadas medidas que hagan posible que la figura del desalojo sea una herramienta con la capacidad de proteger los derechos posesorios, a la vez de que se fortalece esta figura también ayuda al fácil reconocimiento del poseedor precario.

- Con las encuestas realizadas concluimos que en la ciudad de Puno de acuerdo a nuestras encuestas realizadas a dos grupos distintos cuales son Estudiantes de Derecho y Abogados que ya están en pleno ejercicio de su carrera nos damos cuenta que el 8 de cada 10 estudiantes de Derecho conocen o saben de la existencia del Cuarto Pleno Casatorio y 6 de cada 10 estudiantes creen que los precedentes vinculantes que se dieron en este Pleno están bien dadas y 4 de cada 10 estudiantes opinan que estas reglas no deberían de ser modificadas puesto que gracias a esto se puede reconocer a un poseedor precario, así mismo, también respecto al

precedente 5.2, 6 de 10 personas opinan que limita expresamente el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del arrendador ya que no podrá demandar por vencimiento de contrato, sino por ocupante precario y eso implica un proceso más largo ante un juzgado especializado.

- Los abogados de la ciudad de Puno consideran que no debemos de ser celosos guardianes de su correcta aplicación ya que debemos ser conscientes de que este Pleno es un primer paso y por ende aún hay mucho que recorrer como lo mencionamos líneas arriba, a sabiendas de que si nosotros creemos que dichas reglas que ya están dadas se pueden modificar o tal vez agregar unas cuantas podemos cambiar todo el planteamiento y por lo tanto llegar a otra controversia.
- Cabe mencionar que los abogados tienen pleno conocimiento del IV cuarto pleno casatorio sin embargo ellos no analizan las ventajas y desventajas, sino que simplemente se someten a los precedentes establecidos en el IV pleno casatorio. Y de esta manera podemos observar que están institucionalizados de acuerdo a

lo que la ley establece, y lo siguen al pie de la letra.

- Respecto al precedente 5.2 con la opinión de los abogados y estudiantes de la ciudad de Puno llegamos a la conclusión de que es porque este proceso de desalojo por vencimiento de contrato solo se puede tramitar ante un juzgado de paz letrado porque presupone una baja cuantía sin embargo el proceso de desalojo por ocupante precario se debe tramitar ante un juzgado especializado.
- Sin duda un tema interesante y con mucho de que debatir, la concepción de posesión precaria fue reforzada con este pleno casatorio.
- Existen diversidad de opiniones con la calificación de errado o acierto en estas reglas, pero con el suficiente conocimiento, información y práctica, evidenciamos su simpleza.
- El no hacer una modificación en las reglas, esto podría ocasionar más confusión que la que ya se tiene.
- Es así que la justicia en nuestro país para estos casos no debe tardar mucho tiempo ya que con el paso del tiempo las posesiones precarias se

perpetúan y se expanden en nuestro país.

REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (1994). *Derecho Civil, Derecho de bienes*. Barcelona: José María Bosh Editor S.A.
- Avendaño, J., & Avendaño Arana, F. (2019). *Derechos reales*. Lima: Fondo editorial.
- Código Civil . (14 de noviembre de 1984). *Decreto Legislativo N° 295* . Peru.
- González, G. (2013). *Tratado de derechos reales*. Lima: Jurista.
- Gonzales, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Jurista Editores.
- Lama, H. (2011). *La Posesión y La Posesión Precaria En El Derecho Civil Peruano*.
- Mejorada, M., & Fernando Loayza , J. (2012). ¿Registrar es poseer? Un vistazo desde el fundamento de la posesión. *IUS ET VERITAS*, 238.
- Torres, A. (2006). *Derechos reales*. Lima: Idemsa.
- Varsi, E. (2019). *Tratado de Derechos Reales (Posesión y Propiedad)*. Lima: fondo editorial.

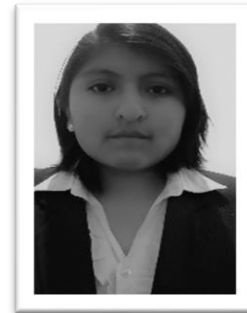
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL RESPECTO A LOS BIENES DIGITALES Y ANIMALES DE COMPAÑÍA

AUTORES:

BARRIENTOS ZÚÑIGA, Fernando
Manuel
fbarrientosz@est.unap.edu.pe



CHOQUE CHOQUEGONZA, Deysi Lidia
dechoquec@est.unap.edu.pe



CARRIÓN PONCE, Jordi
jcarrionp@est.unap.edu.pe



CAYLLAHUA GUTIERREZ, Zenaida
Beatriz
zcaillahuag@est.unap.edu.pe



CHAMBI MAMANI, Junior Anderson
Juchambim@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

Es evidente la transformación social de la cual el hombre es artífice y participe, vivimos en una era en aceleración, en la que ya no es indispensable ver físicamente a una persona para poder interactuar con ella, sino que a veces es igualmente satisfactoria la interacción a través de la tecnología digital. Por esta situación algunas personas en el mundo han desarrollado una forma de vida en la que adoptan un animal de compañía, que generalmente es un perro o un gato, quienes reemplazan la compañía de otro ser humano. La juventud de estas personas ha sido materializada a través de múltiples manifestaciones internacionales y nacionales en favor de los animales para que se le reconozcan derechos y dejen de ser objeto de derecho.

Palabras claves

Transformación, Tecnología Digital, Animal de Compañía, Derechos

Abstract: The social transformation of which man is the architect and participates is evident, we live in an accelerating era, in which it is no longer essential to see a person visible to be able to interact with him, but sometimes the interaction with him is equally satisfactory. through digital technology. Due to this situation, some people in the world have developed a way of life in which they adopt a pet, which is generally a dog or a cat, who replace the company of another human being. The youth of these people has been materialized through multiple international and national demonstrations in favor of animals so that their rights are recognized and they cease to be the object of law.

Keywords: Transformation, Digital Technology, Companion Animal, Rights

INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo utilizaremos distintas herramientas que nos proporcionan sustento con el fin de demostrar la errada categorización que tienen los animales de compañía en el Código Civil. Siendo estos seres capaces de sentir amor, afecto, dolor, etc. Por otro lado, la necesaria regulación de los

bienes digitales dentro de nuestro ordenamiento jurídico; puesto que, en los últimos años, el gran avance de la tecnología ha demostrado la existencia de distintos elementos considerados como bienes.

En consecuencia, se abordará la evolución de los bienes materia de investigación empezando desde la más remota noción respecto a ellos. Así también, profundizaremos los distintos Ordenamientos jurídicos internacionales que han implementado dichos bienes dentro de su legislación; y como ha cambiado el "status jurídico" de tales bienes. Los animales como bienes representan arduas y acaloradas discusiones a nivel internacional, tanto así que, existe reglamentos sobre el cuidado que se debe tener respecto a estos seres vivos y su necesaria "descosificación". Así como las distintas corrientes animalistas que postulan ideas sumamente relevantes y como el pensamiento del hombre respecto a los animales ha presentado grandes cambios que nos permiten poder tener una perspectiva diferente de lo que pensábamos en las épocas más remotas, me refiero al mero uso y desuso de los animales.

Respecto a los bienes digitales, los países más adelantados presentan grandes avances en referencia al tema y lo hemos considerado aplicarlo al ordenamiento nacional. Puesto que, en el presente trabajo se expondrá las distintas razones y motivos bajo los cuales es necesario un mayor tratamiento.

2. ANTECEDENTES

2.1. BIENES DIGITALES

Los bienes digitales tienen su paso por la historia, comenzado por la Transformación Digital que data aproximadamente en el siglo XVIII o lo que conocemos como mecanización de trabajo, que consistía en la aparición de la primera maquinas que funcionaban a vapor que lograban multiplicar la productividad en la fabricas, sustituyendo así la mano de obra humana, dichas maquinas como el barco y tren a vapor transportaban y distribuían a mayor velocidad los productos, es así que a este cambio se le llamo primera revolución industrial que trajo consigo muchos beneficios, sin embargo, también acareo una de las primeras crisis ocupacionales de la historia dando lugar a la formación y lineamiento de las clases sociales, ya

que daba estatus a ciertos grupos y le quitaba el trabajo a muchos otros.

Luego apareció la transformación digital que hasta el día de hoy tiene una vasta repercusión, esto inicio con las líneas de montaje a gran escala dentro de las fabricas o en pocas palabras se incorporó en trabajo en cadena de las maquinas, ello también aprovechando la industria de la electricidad, la incorporación del acero en las máquinas y la especialización de personas que se dediquen solo a su manejo, mas no a su trabajo manual, posterior a ello se formaron grandes compañías informáticas que consiguieron mayor inteligencia y productividad en las plantas industriales con los procesadores que ofrecían un control digital de las maquinas.

En la actualidad esta transformación digital no sería como la conocemos sin los pasos previos que generaron este cambio progresivo, este cambio en la economía mundial ha revolucionado a cualquier paradigma que se tenía en el pasado, sin embargo, la evolución de la tecnología es rápida e intensa y se requiere sistemas flexibles que puedan evolucionar de forma rápida y eficiente.

2.2. ANIMALES DE COMPAÑIA

Sin duda alguna la posición jurídica que ostentan los animales de compañía está en una constante evolución al igual que la sociedad misma, como lo que hoy en día se considera bien a lo que antes no lo era (bienes inmateriales) o lo que en el pasado era considerado bien y hoy en día ya no lo es (esclavos). (García, 2017) parte de los grupos nómadas de la humanidad. Con el pasar del tiempo se fueron domesticando más especies de caninos para que puedan realizar diversas actividades según su raza o aspecto, muchos eran utilizados para la caza de animales (aves, roedores, otros mamíferos pequeños), para el rastreo (minas, explosivos), y muchos otros como un símbolo de belleza y por lo tanto de riqueza de la persona que tenía el título de dueño del animal.

Estas actividades que realizaban fueron evolucionando para ayudar al hombre en aquello que se nos dificulta como el rastreo de personas, de drogas; y también en fueron utilizados para conseguir ingresos por medio de concursos de belleza, carreras, peleas clandestinas, y demás; claro que para las personas aún era considerado como un bien más al que le podían sacar cierto provecho sin importarles si estos

animalitos podrían sufrir en el trayecto (Chible, 2016).

La evolución jurídica de la protección animal tuvo una tendencia genérica respecto de los marcos jurídicos nacionales, ello debido al gran aumento de protección jurídica que se les ha otorgado, dicha tendencia a generado un progreso correlativo dentro de la sociedad teniendo como interés jurídico el bienestar animal, pero ello no fue de la nada.

Actualmente, se puede hablar de una evolución jurídica en torno a la protección de animales, ello debido a la concientización interna de la sociedad que se dio a través de legalizar la prohibición de violencia y de trato como una cosa respecto de estos animales que son considerados de compañía.

3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS BIENES DIGITALES

Todas las actividades relacionadas con los bienes digitales suponen una regulación, ejemplo de ello tenemos a la Unión Europea, desde inicios de este siglo, implemento la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo, relativo a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad

de la información, en particular el comercio electrónico dentro de sus relaciones comerciales internas. Al igual El OCDE (Organismo de Cooperación Para el Desarrollo Económico) también planteo directivas para regular el comercio electrónico, cada una de estas directivas regían dentro de sus Estados miembros. Posterior a esa regulación, la magnitud del ingreso de las plataformas y servicios digitales fue en aumento a nivel global.

3.1. LATINOAMÉRICA

3.1.1. Chile: Según el artículo 565 del Código Civil Chileno divide a los bienes en cosas corporales, las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, o incorporeales, las que consisten en meros derechos. Los trabajos académicos en materia de la regulación de los bienes digitales en Chile han propuesto que se debe de tomar en consideración unas líneas dentro del Código Civil en las que se aborden los bienes digitales, por la existencia de una dicotomía entre los bienes referidos a propiedad intelectual y los bienes digitales.

3.1.2. Brasil: En este país también se está trabajando una legislación sobre bienes digitales, ejemplo de ello: En 2022 surgió el proyecto N°3825

presentado por el senador Irajá Abreu. "Según la propuesta, el gobierno de Brasil será quien regule el uso de las criptomonedas" (Forbes Staff, 2022).

Brasil ha decidido darle mayor énfasis a la regulación de estos bienes digitales desde el punto penal a fin de prevenir el lavado de activos, por lo que para ellos solo es un bien inmueble de valor altamente inestable.

3.1.3. Bolivia: Este país ha sido el primero en Latinoamérica en prohibir las transacciones con monedas digitales, así como también han prohibido las negociaciones con bienes digitales.

El BCB recomienda evitar su uso, comercialización y negociación, ya que estas se emiten de manera anónima y ante casos de fraude, estafas o pérdidas a sus tenedores, no existen garantías que resguarden la inversión. Asimismo, estos criptoactivos carecen de atributos de monedas de curso legal ya sea como medio de pago, depósito de valor o medio para realizar transacciones financieras, ya que son emitidos de manera desconocida y no tienen una aceptación generalizada en las economías. (Banco Central de Bolivia, 2021)

3.2. UNIÓN EUROPEA

Dentro de la Unión Europea desde antes de iniciar este siglo ya se contemplaba regulaciones para los servicios digitales. Es para el año 2021 que surge las propuestas de Regulación del Mercado Digital. La cual abrirá el paso y además impondrá regulaciones a las empresas que quieran incursionar en los bienes digitales.

3.2.1. España: Es el país de habla Hispana que ha demostrado, que es posible regular los bienes digitales y la garantía de los derechos que de ella se desprende "Una de las principales novedades que trae la legislación española es el derecho al testamento digital, que implica la posibilidad de disponer de estos luego del fallecimiento de su titular" (Ordelin & Oro, 2020, pág. 120).

3.3. ASIA

Dentro de este gran continente, con grandes representantes en el sector tecnológico, se tiene posturas firmes sobre el uso de los bienes digitales.

3.3.1. India: En este país se ha regulado los bienes digitales con un tinte tributario, ya que se ha dispuesto una deducción del 1% en los impuestos sobre las transacciones y pagos con

monedas para la compra de bienes digitales y un impuesto de cerca del 30% sobre los ingresos por transferencias de bienes digitales como las criptomonedas o los NFT.

3.3.2. China: Es uno de los primeros países en tomar una decisión radical al manifestar que el uso de Criptomonedas dentro de su territorio es ilegal. Pero en el tema de los demás bienes digitales ha anunciado el lanzamiento de una plataforma de tokens no fungibles (NFT) controlada por la Red de Servicios Blockchain, que depende del Estado. En ella, las empresas de aquel país podrán acuñar y administrar sus propios NFT bajo el control del Gobierno.

4. QUE ES UN BIEN

Gonzales (2003) indica que " El termino bien comprende cualquier elemento del patrimonio estos son objetos corporales como un automóvil o incorporeales como una marca de fábrica e incluso los derechos obligacionales."

Asimismo, el bien es toda entidad apta para satisfacer un interés económico, lo natural es que el ser humano satisfaga esa necesidad a través de las entidades propias de la realidad extrema esto es objetos corporales con valoración económica.

4.1. LOS BIENES DIGITALES

Según (Porcelli, 2015) Los bienes digitales son aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma de digital, en donde las computadoras se encargan de interpretar y presentarlos en forma de información, base de datos, programas de computadoras, imágenes, música, sitios web, textos, libros, videos, entre muchas otras cosas más. Asimismo, Shapiro y Varían (1999) señalan como bienes con costos fijos altos y costos marginales muy bajos, debido a que el costo de producir un primer ejemplar de un bien de naturaleza puede ser considerable, pero el costo de producir o ya sea de reproducir copias adicionales es insignificante.

La ley estadounidense denominada *The Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*, a través de un análisis de Elizabeth Sy determina la definición de los bienes digitales es aquella información de carácter digital, como las cuentas Online así como todos los contenidos alojados en un ordenador, como también en la nube o en un servidor perteneciente este siempre tiene que ser de carácter digital Cañedo (Cañedo, 2019)

4.2. SON BIENES DIGITALES:

Según (Duran), señala como bienes digitales los siguientes: cuentas en redes sociales, correos electrónicos, canales de video, páginas web propias, bibliotecas virtuales y cuentas con sistema de pago propio.

Cuentas en redes Sociales: Las redes sociales está integrada por personas, entidades u organizaciones, así como el ingreso a una red social o dicho de otra forma.

Correos electrónicos: El correo electrónico, e-mail, o email es un servicio de red que permite que dos o mas usuarios se comuniquen entre si por medio de mensajes que son enviados y recibidos. Puede ser de interés para los herederos conservar y/o utilizar la casilla de correo electrónica del titular, no para suplantar su identidad sino para evitar que se pueda volver a crear una cuenta de igual nombre.

Canales de videos: Es la aplicación a través del cual un usuario dispone de ella puede, no solamente revisar videos de terceros aportados a la plataforma. Y una de las aplicaciones conocidas es YouTube, que es plataforma digital en que se encuentran alojados productos

audiovisuales aportados por terceros o por el propio titular.

Bibliotecas virtuales: Son una colección de archivos digitales dispuestos en una plataforma a la que tiene acceso un usuario que pago; así como, se hace dueño de esos archivos contenidos en esa plataforma.

Su transmisibilidad pareciera indiscutible a la luz de las normas del derecho sucesorio, sin perjuicio de no serlo por una restricción impuesta por el proveedor en atención a que entiende que el titular es dueño de una licencia de uso específico y personal que se extinguiría con su muerte, lo que no ocurriría por ejemplo con los libros en papel de la biblioteca personal del causante, en circunstancias que en ambos casos ha pagado un precio por los libros y éstos tienen un valor pecuniario después de sus días.

5. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL DE LOS ANIMALES COMO BIENES

5.1 LEGISLACION EUROPEA

a) Alemania

Una vez pasado los dos años de la reforma del Código Civil Austriaco, se hizo el cambio del Código civil de Alemania (BGB), mediante la "Ley para la mejora de la situación jurídica del

Animal en el Derecho Civil”, lo que va ocasionar es una serie de críticas, pues, estos cambios se hicieron siguiendo el modelo de Austria.

“Al artículo 90 que contiene el concepto de cosas en sentido jurídico, se añadió el apartado 90a, destinado a los animales. Artículo 90. Cosas, en el sentido de la ley, son sólo las cosas corporales. Artículo 90a. Los animales no son cosas. Están protegidos mediante leyes especiales. Se les aplicarán las disposiciones vigentes para las cosas, siempre que no haya otra previsión”. (Franciskovis Ingunza, 2012)

Se puede diferir que la modificación es bastante semejante a la del Código Civil Austriaco, pues, se advierte que a los animales se les seguirá aplicando las normas relativas a las cosas, en el supuesto de no haber previsión específica para los mismos.

b) España

España dio un importante paso para la defensa de los derechos de los animales. Donde, los animales de compañía tienen un tratamiento jurídico diferente al de los bienes materiales, en este caso son considerados seres vivos dotados de sensibilidad y ya no se les considerara más como cosas.

Lo que ocurrió en este país es un triple cambio, tanto del código civil, la ley hipotecaria y la ley de enjuiciamiento; este cambio fue aprobado el 2 de diciembre y publicado el 16 de diciembre del año pasado.

Esta nueva norma reconoce a perros, gatos y otras mascotas como miembros oficiales de la familia y no objetos. En cuanto a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implicará que, tras un divorcio y si no hay acuerdo, un juez haga una asignación de custodia de la mascota "atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal". (Farres, 2022)

5.2 LEGISLACIÓN EN EL PERÚ

Nuestra Constitución manifiestamente no se hace referencia de forma especial al tema de los animales, únicamente en el artículo 68°, establece que el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

En el Perú, en enero de 2016 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley N° 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, que tiene por finalidad garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres

mantenidos en cautiverio. Asimismo, establece el principio de protección y bienestar animal "El Estado establece las condiciones necesarias para brindar protección a las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres para reconocerlos como animales sensibles, los cuales merecen gozar de buen trato por parte del ser humano y vivir en armonía con su medio ambiente." (Ley de protección y bienestar animal 30407, 2016)

A pesar de que se cuenta con la Ley de Protección y Bienestar Animal, se puede considerar que no existe la suficiente consideración por parte del Estado y de la sociedad respecto a los animales de compañía y el trato que merecen, no se ha realizado ningún tipo de modificación respecto a la categoría jurídica de los animales de compañía, motivo por el cual siguen siendo para nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo al Código Civil, simples bienes muebles.

6. ANIMALES COMO BIENES

En estos días, la discusión respecto a la relación entre el hombre y el animal viene siendo materia de investigación llegando a ser un tópico de suma relevancia respecto a las distintas

medidas legales y debates políticos originados por organizaciones internacionales protectoras de los animales. Es indudable que los animales son seres que poseen sensaciones físicas y psicológicas; sin embargo, pareciera que aquel concepto fuera de ajeno para las personas y no toman en cuenta la gran labor de los animales. Y no es para más, los animales "juegan" un rol muy importante en la sociedad siendo cimiento fundamental en el desarrollo económico, social y cultural. Esto nos lleva a reflexionar sobre el status jurídico (Villadangos, 2016, pág. 373) de los animales y debido a ello se ha originado una serie de variantes legislativas que representan para el derecho y más específicamente para la jurisprudencia peruana, una apasionante búsqueda sobre una nueva regulación respecto de los animales como propiedad (Gutiérrez, 2016, pág. 3).

6.1. CONCEPTUALIZACIÓN

Consideramos pertinente para el presente ensayo tomar en cuenta los juicios brindados por distintos autores en materia de "Derecho Animal", este último puede definirse como el conjunto de teorías o principios y normas

destinado a brindar una protección jurídica al animal distinta al del ser humano (Villadangos, 2016, pág. 375).

Para Waisman, afirma que el Derecho Animal es: “aquella ley estatutaria y jurisdiccional en la cual la naturaleza – legal, social o biológica– de los no humanos es un factor de relevancia” (Waisman, 2014, pág. 31). Es importante tomar en cuenta ello; puesto que, muchos autores consideran que la regulación del bienestar animal en el marco legal representa evitar el maltrato y sufrimiento de los animales.

Tom Regan considera que el objetivo final de una regulación de este tipo debe ser la disolución total del comercio animal y agrícola (Regan, 1985). En cuanto a ello, el Diccionario de la RAE nos brinda un concepto más taxativo definiendo al animal como “Ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso”.

En el ámbito internacional, la Organización Mundial de Sanidad Animal refiere que el bienestar animal recae sobre el estado del mismo. Es por ello que, la forma de tratar a un animal es designado bajo tres ejes. El primero se basa en la salud física y el funcionamiento biológico del animal. El

segundo refiere el estado afectivo del animal, especialmente en los estados perjudiciales tales como el maltrato, hambre, entre otros. El tercero enfatiza la necesidad de desarrollarse según su comportamiento natural en un ambiente con acceso a la tierra y el sol (Vapnek, 2011, pág. 5).

La importancia al señalar los distintos tópicos de esta disciplina y definir los conceptos nos permite realizar un análisis prudente de la jurisprudencia comparada. Es menester precisar que, respecto a la interpretación de estos conceptos implica una tarea compleja; puesto que, podrían surgir aun más controversias.

6.2. SUJETO DE DERECHO

Para Fernández Sessarego, “El contenido ontológico de la categoría jurídica genérica de sujeto de derecho, se adscribirá, única y exclusivamente – de manera directa o indirecta – al ser humano en cualquiera de las etapas de su vida en relación” (Fernández Sessarego, 1984, pág. 72)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, existe una dicotomía entre persona y sujeto de derecho; puesto que, el primero hace referencia a las personas naturales o individuales y a las

jurídicas y colectivas. Sin embargo, el segundo hace referencia a cuatro categorías que están relacionadas con la vida, siendo: 1) el concebido, 2) La persona individual, 3) La persona colectiva y 4) Las organizaciones no inscritas.

Por otro lado, el jurista alemán Ernst Bekker señala que existen dos categorías de sujetos de derecho, siendo los primeros aquellos que poseen la capacidad de goce, capacidad que adquieren todos los seres dotados de sensibilidad, y segundos a los sujetos que poseen capacidad de ejercicio, característica que se concede de manera limita y exclusiva al hombre (Ingunza, 2012, pág. 4).

Si un animal se encuentra en una tienda de mascotas, ¿será una cosa? Si es de alguien en particular; ¿será un bien? (Enrique, 2017, pág. 99) Es así como, el jurista Varsi Rospigliosi inicia la naturaleza jurídica de los animales, cuestionándose si ¿la esencia de vida le otorga una categoría más elevada que la de cosa o bien?

Nuestro Código Civil Vigente de 1984, considera a los animales por su capacidad de trasladarse de un lugar a otro sin la ayuda externa (Ingunza,

2012, pág. 7) son considerados como bienes muebles -semovientes- o cosas corpóreas.

Como se ha mencionado antes, el ser humano (ser vivo) posee todos los atributos como propietario o titular sobre los bienes semovientes (otro ser vivo), ejerciendo su poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar de acuerdo a las circunstancias.

Sin embargo, no podemos concebir que una taza o un auto sean iguales que los animales; debido a que, se ha demostrado en innumerables ocasiones la sensibilidad que presentan estos seres vivos, cuentan con emociones, se reproducen, generan vida, se alimentan; y a pesar de ello, ¿podemos seguir catalogándolos como bienes muebles?

6.3. ÉTICA HUMANA FRENTE A LOS ANIMALES

Naturalmente, el ser humano desarrolla relaciones volitivas entre los animales. Es por ello, que ha sido y sigue siendo materia de discusión; en consecuencia, existen tendencias y corrientes que hacen referencia a la superioridad de la especie humana, protección a los animales porque sienten, otros que consienten la diferencia entre los animales por ser

racionales y por último, considerarlos vulnerables e indefensos. (Ingunza, 2012, pág. 27)

6.3.1 Especismo: El término fue utilizado por primera vez por Richard Ryder sin brindarle un concepto. Por otro lado, solo cinco años después el filósofo australiano Peter Singer define al especismo como: un prejuicio o actitud parcial favorable a los intereses de los miembros de nuestra propia especie y en contra de los de otras (Levton, 2015, pág. 96).

6.3.2 Antropocentrismo: Dentro de esta corriente es necesario citar al autor Peter Carruthers que señala: sólo habrían de ser considerados los agentes racionales, dado que sólo estos pueden acordar pactar un respeto mutuo con otros agentes (Horta, 2009, pág. 37). Siendo esta cuestionada esta fundamentalmente por separarse y concebir al ser humano como centro del universo sin mostrar respeto ni empatía por los animales.

6.3.3 Utilitarismo: Es referida a la consecución de la máxima satisfacción posible de la suma de los intereses que pueden tener distintos individuos (Horta, 2009, pág. 36). Definitivamente, representa una corriente subjetiva y

busca satisfacer el placer en menos sufrimiento. Justificando cualquier acto.

7. CONCLUSIONES

- Es necesario reconocer a los bienes digitales en nuestro Código Civil ya que no hay en el Perú y que en la actualidad muchas de las personas tienen bienes digitales que forman parte de un patrimonio de una persona estos serían por ejemplo una información confidencial, una investigación, una novela, todos aquellos que tenga un valor económico ya estos están desprotegidos y en ello sería factible cuando uno muere podría heredar estos bienes digitales.
- Lo podríamos denominar "BIENES MUEBLES SINTIENTES" BIENES por aplicárseles las leyes del código civil pero siempre en cuanto no atente contra su bienestar. MUEBLES por el poder de trasladarse de un lugar a otro y SINTIENTES por ser seres con vida, con capacidad de sentir y sentirlos. En el trabajo damos una mejor categoría en los bienes a los animales, como también la idea es prevenir futuros maltratos animales. Algo importante es que este proyecto no generaría gastos. La propuesta sería que se cambie el numeral 9 en el artículo 886 del código civil. Donde diga (...) de un lugar a

otro. Con excepción de los animales de compañía u otros de igual naturaleza por tener un tratamiento especial o por tener sensibilidad. El bien mueble como propiedad brinda a que el titular pueda ser considerado como cualquier otra cosa, sin tener límite alguno en cuanto a su trato y con ello se estaría desprotegiendo a los animales de compañía.

- Dentro del desarrollo del derecho comparado, el tinte que se le da a la regulación de los bienes digitales es aquel que busque evitar conductas ilícitas como el caso de Brasil y los Estados Unidos, y a su vez regularlos para fines de recaudación tributaria en la India y la Unión Europea, y son pocos los gobiernos que se detuvieron en pensar que hacer con los bienes digitales que una persona posea en vida, esta idea, trajo consigo que España, introduzca a su legislación, la posibilidad de disponer los bienes digitales, es en sí mismo un gran aporte para la rama del Derecho Civil. Fruto que tiene que ser traído al Perú.
- No debemos seguir considerando a los animales como objeto de Derecho, al servicio de los seres humanos como si efectivamente fuesen objetos o bienes muebles susceptibles de ser aprovechados por el hombre, brindar utilidad y beneficio. -La limitación de los animales al carecer de capacidades para poder disponer, no es óbice ni impedimento que no nos permita reconocer que los animales al ser parte de toda la naturaleza viva (del ambiente) no puedan ser titulares de goce de determinados derechos.

REFERENCIAS

Alterini, A. A. (2009). ¿Derecho de los animales? *Revista jurídica Nro 13*.

Banco Central de Bolivia. (2021). Prohibición del Uso de Criptoactivos. *Comunicado de Prensa CP 27/2021*. Bolivia. Obtenido de https://www.bcb.gob.bo/webdocs/files_noticias/CP_CRIPTOACTIVOS.pdf

Cáceres de Salvador, L. (15 de junio de 2015). *La ignorada sintiencia animal*. Obtenido de <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/69161/lcaceress.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Cañedo, B. (2019). *Análisis sobre el reconocimiento patrimonial de bienes digitales en el Estado de Michoacán de Ocampo*. Mexico .

CincoDías. (2022). *Argentina Prohibe a los bancos operar con criptomonedas*: *CincoDías*. Obtenido de El País: <https://cincodias.elpais.com/cinc>

- odias/2022/05/06/mercados/1651838579_285604.html
- Código civil.* (1975). Bolivia.
- Constitucion politica del Estado.* (2009). Bolivia.
- Duran, C. (s.f.). *Herencia Digital.Existencia y Enfasis en el Derecho.* Chile .
- El peruano.* (2 de febrero de 2022). Obtenido de <https://elperuano.pe/noticia/138554-presentan-proyecto-para-que-perros-y-gatos-no-sean-considerados-bienes-muebles-de-sus-duenos#:~:text=01%2F02%2F2022%20La%20bancada,que%20demandan%20una%20protecci%C3%B3n%20especial.>
- Farres, H. (5 de enero de 2022). *¿Que cambiara ahora que las mascotas seran legalmente miembros de la familia?*
- Fernández Sessarego, C. (1984). *La Persona en la Doctrina Jurídica Contemporánea.* Universidad de Lima.
- Font, J. O., & Oro, S. (2020). Bienes Digitales Personales Y Sucesion mortis causa: la regulacion del testamneto digital en el ordenamiento juridico español. *Revista de Derecho Valdivia* , 22.
- Forbes Staff. (2022). *¿Qué países de América Latina regulan las criptomonedas y cómo lo están haciendo?* Obtenido de Forbes Web Site: [https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2022-03-08/que-paises-de-america-latina-regulan-las-](https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2022-03-08/que-paises-de-america-latina-regulan-las-criptomonedas-y-como-lo-estan-haciendo/)
- Francisko Ingunza, B. (2017). Proteccion jurídica y respeto animal. *Revista virtual SAPERE.*
- Franciskovis Ingunza, B. (2012). Los animales desde una perspectiva del derecho ¿son realmente objeto de derecho o requieren una verdadera recategorizacion? *SelectedWorks.*
- Gil, O. (2004). La Unión Europea, las comunicaciones electrónicas y los bienes digitales. *Política y Sociedad, XLI(2)*, 145-158.
- Giménez Candela, T. (s.f.). *Informe sobre los animales en el derecho civil.* Universidad autonoma de Barcelona. Barcelona: animal law profesor.
- Gonzales, G. (2003). *Derechos Reales.* Ediciones Legales.
- Huamani, N. Q. (2010). *La digitalización de documentos aplicada en el Archivo del estudio Osterling.* Lima, Peru .
- Ley de proteccion y bienestar animal 30407.* (2016). Perú.
- Liva, D. (2021). *Ley Bitcoin en el Salvador: Consurtium Legal.* Obtenido de Consurtium Legal: <https://consortiumlegal.com/ley-bitcoin-en-el-salvador/>
- Ordelin, J. (2019). *La Disposición Post Mortem de los Bienes Digitales.*
- Ordelin, J., & Oro, S. (2020). Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español.

- Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXIII(1), 119-139.
doi:10.4067/S0718-09502020000100119
- Porcelli, A. (2015). LOS BIENES DIGITALES Y EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET.
- Regan, T. (1985). *The case for animal rights*.
- Vapnek, J. (2011). *Legislative and regulatory options for animal welfare*. Roma: Food & Agriculture Organization of the United Nations).
- Waisman, S. (2014). *Animal Law. Cases and Materials*. North Carolina: Carolina Academic Press.
- Chible Villadangos, M. J. (2016). *Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho*. 373–413.
- Enrique, V. R. (2017). *Tratado de Derechos Reales Parte General* (p. 412).
- García Hernández, J. (2017). *El animal de compañía como objeto jurídico especial. Su estudio específico en la comunidad de bienes*.
- Gutiérrez, L. T. (2016). Los Animales No Humanos: ¿Bienes Patrimoniales Susceptibles de Protección o Sujetos de Derecho? Una Aproximación desde la Teoría y el Derecho Colombiano. *Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano*, 1–21.
- Horta, Ó. (2009). El cuestionamiento del antropocentrismo: distintos enfoques normativos. *Revista de Bioética y Derecho*, 16, 36–39.
<https://www.redalyc.org/pdf/783/78339717005.pdf>
- Ingunza, B. A. F. (2012). LOS ANIMALES DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO ¿SON REALMENTE OBJETOS DE DERECHO O REQUIEREN DE UNA NUEVA CATEGORIZACIÓN? *SelectedWorks*, 35.
- Levton, F. (2015). Literatura básica en torno al especismo y los derechos animales. *Revista de Bioética Y Derecho*, 7(19), 1–305.
- Villadangos, M. J. C. (2016). *Introducción al Derecho Animal. Elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho*. *Ius et Praxis*, 2, 373–413.

TRANSGRESIÓN A LOS LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

FACTORES PARA SU DESOBEDIENCIA EN LA CIUDAD DE PUNO

AUTORES:

APAZA GONZALES, Indira Soraya

iapazag@est.unap.edu.pe



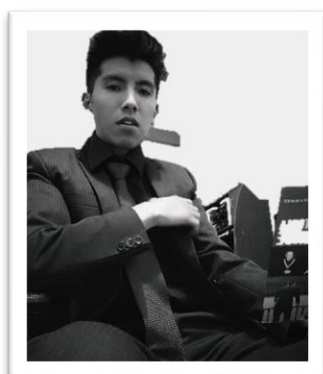
CAYO RAMOS, Nhaylah Shanialy

ncayor@est.unap.edu.pe



CALSINA MULLISACA, Carlos Daniel.

ccalsinam@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

La propiedad es cada vez más valorada en la actualidad, pues además de ser un derecho fundamental, constituye un factor determinante para el desarrollo del hombre, aunque suele considerarse como una forma de acumular riqueza, es importante cumplir su función para el provecho del ser humano, sin embargo, en muchas ocasiones disfrutar de sus atributos, puede transgredir el interés social y los límites reglamentarios que impone el Estado. Una de sus maneras de usar y disfrutar de sus atribuciones del derecho de propiedad es mediante la edificación, derecho que se ha visto menguado por la informalidad que se desprende de la reglamentaria desproporcionalidad de la realidad socioeconómica de nuestra ciudad. El objetivo del presente ensayo es explicar los conceptos relevantes del derecho a la propiedad y las teorías para aplicarlas en la problemática que se vive por el deficiente cumplimiento del reglamento de edificaciones con mayor incidencia en las zonas periféricas que pone en riesgo a los mismos propietarios y a la sociedad. Esta problemática se analiza desde varias perspectivas del Estado y del ciudadano, con observaciones a través de la historia para

entender el fenómeno. Pues nuestra realidad demuestra resultados inesperados que reflejan un problema más grande y que por lo tanto necesita soluciones estructurales y urgentes, para erradicar la informalidad y censurar a todas las personas que se aprovechan de la informalidad que impera en diversos sectores de nuestra región, de manera que la Administración Pública y el Ordenamiento Jurídico deben tomar acciones radicales en bien de una vida digna frente al derecho de propiedad.

Palabras Clave: Derecho de Propiedad, Interés social, Límites, Propiedad predial, Catastro.

Abstract: Property is increasingly valued today, because in addition to being a fundamental right, it is a determining factor for the development of man, although it is usually considered as a way of accumulating wealth, it is important to fulfill its function for the benefit of the human being. However, sometimes enjoying its attributes can transgress the social interest and the regulatory limits imposed by the State. One of the ways to make this right effective is through building, a right that has been diminished by the informality that stems from disproportionate regulations with the socioeconomic reality of our city. The objective of this essay is to explain the

relevant concepts of the right to property and the theories to apply them in the problems that are experienced by the poor compliance with the regulations of buildings with greater incidence in peripheral areas that puts at risk the same owners and the society. This problem is analyzed from various perspectives of the State and the citizen, with observations throughout history to understand the phenomenon. We find unexpected results that reflect a larger problem that needs structural and urgent solutions, since more and more people take advantage of the informality that prevails in sectors of our region, for which the Public Administration and the Legal System must take radical actions.

Keywords: Property Law, Social Interest, Limits, Property, Cadastre.

INTRODUCCIÓN

El estudio e investigación de los límites del derecho de propiedad, constituye uno de los temas clásicos y fundamentales de los derechos reales, por lo tanto, el presente ensayo hace referencia sobre la importancia y el ejercicio fundamental del derecho a la propiedad vertida y tratada en una adecuada edificación del derecho de propiedad por medio de las Ordenanzas

Municipales, y otras leyes de edificación, lo cual constituye uno de los temas clásicos y fundamentales del derecho y sus limitaciones, por lo que su actuación en la sociedad exige siempre la investigación, de ahí la importancia de este conocimiento y su contribución a la sociedad y jurisprudencia, pues su estudio y valoración permite extraer conclusiones acerca de lo acaecido, que orienta la investigación. Con ello se trata de esclarecer las cuestiones que se plantean, mediante una correcta interpretación de la misma y contribuyendo así, como elemento probatorio para llegar a establecer un hecho delictivo y, por tanto, resultando imprescindible para la resolución de un caso.

El trabajo está dividido en apartados que engloban un solo tema: los límites del derecho de propiedad, en primer punto, se desarrolló la propiedad y la delimitación del marco conceptual que le importe a la sociedad; uso, goce o disfrute. Como segundo punto se encuentra, los límites o restricciones de la ley en el Perú la cual está conformada por: El Reglamento Nacional de edificaciones, Licencia de habilitación Urbana y por último la Ley de zonificación. En tercer punto, la Licencia

de Construcción y el Catastro según sus características específicas. Por último, la problemática es el no cumplir con el reglamento de edificaciones y provocando así la infracción a los límites del derecho de propiedad mediante la actuación de los Administradores Públicos y la sociedad.

El objetivo del presente trabajo es desarrollar la concientización de la adecuada edificación de sus propiedades y empleo adecuado de las Ordenanzas Municipales por la población de Alto Puno y Jallihuaya.

CONTENIDO

1. EL DERECHO DE LA PROPIEDAD

¿Qué es el derecho de propiedad?

Se ha mencionado mucho del derecho de propiedad, y con justa razón, pues la propiedad es la piedra angular del derecho patrimonial.

Por su parte nuestro código civil vigente de 1984 en el artículo 923, nos define la propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. La cual Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, asimismo se entiende como una suma de facultades. De tal manera que quien

es propietario, ostentara los atributos mencionados en el cuerpo normativo.

Pero, además, la constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2. inciso 16, se limita a decir que toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia, y más adelante precisar en el Capítulo III, "De la propiedad" del Título III, titulado "Régimen económico" se encuentra el artículo 70, según el cual menciona:

"El derecho de propiedad es inviolable y el Estado lo garantiza, la cual se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de ley, donde a nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.". (p. 16)

Como se puede apreciar, la Constitución Política de 1993 garantiza que el derecho a la propiedad sea ejercido en armonía con el bien común y dentro de los límites legales. Está claro,

hace referencia a la función social del derecho a la propiedad.

La doctrina también ha contribuido con ciertas definiciones:

Para el autor Jorge Avendaño (2019) refiere: "La propiedad es un poder jurídico, el más amplio y completo que las personas pueden tener, en virtud del cual un bien o conjunto de bien, ya sean corporales cosas o incorporales derechos, quedan sometidos de manera absoluta al señorío de la persona" (p. 57). Donde el señorío de la persona sobre la propiedad, es un punto clave de la historia de la humanidad, la cual tiene como apariencia el poder, y la lucha entre los que tienen y los que aspiran a tener, se subyace en el fondo de toda persona.

Para el autor Gunther Gonzales Barrón (2010): "La propiedad es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. En buena cuenta, esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario un "tener", pero que simultáneamente se manifiesta en un "excluir" a los terceros. Este sentimiento

profundamente arraigado del ser humano por apropiarse de las cosas u objetos que lo rodean tiene como propósito satisfacer sus necesidades y lograr el pleno desarrollo de su personalidad". (p. 300)

1.1. DELIMITACIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL QUE LE IMPORTE A LA SOCIEDAD; USO, GOCE O DISFRUTE.

El texto empleado por el Código Civil vigente refleja mejor el concepto de atributos a favor del titular de dicho poder, la cual hace mención el actuar de la filosofía humanista en la legislación, pues la noción del poder jurídico del dueño sobre él bien constituye la reiteración del concepto de que los bienes no son sino instrumentos al servicio de la persona.

"Se lleva a cabo esencialmente con la percepción de los frutos, ya sean los que provienen naturalmente de la cosa (*quidquid nasci et renasci solet*), así como los frutos civiles. El disfrute, en términos de precisión lingüística, difiere del uso, y ya el Derecho romano admitía el adagio siguiente: si *fructus sine usu obtigerit stipulatio locum hadebit*. El lenguaje corriente, incluso jurídico, emplea la expresión en un sentido más amplio, insertando en el derecho de

goce el de uso, teniendo en cuenta la lógica del empleo de la cosa, cuyo disfrute habitualmente involucra el uso". (Batista, 2014, p. 97)

Por tanto, entendemos por uso o goce al aprovechamiento de los frutos y productos del bien incluyendo su consumo cuando el bien sea consumible. Teniendo este atributo carácter económico, social y político. No obstante, vamos a desarrollar estos atributos:

a. Usar

Para el derecho peruano, el derecho a usar es el servirse del bien, utilizarlo de acuerdo a su naturaleza. Por ejemplo: "Si yo tengo una casa, es para habitarla, si uso un automóvil es para usarlo como medio de transporte" (Avendaño, 1984, p. 101). "Los antiguos romanos lo llamaban *ius utendi* cuyo significado es la virtud que tiene el propietario utiliza el bien conforme a su naturaleza o destino, es decir, es un atributo del derecho a poseer, *ius possidendi* es decir la manera como el propietario ejercita los demás atributos y sin ella no puede beneficiarse del bien" (Pezet 2011, p. 190).

b. Disfruté o (gocé)

El ejemplo clásico es cuando el propietario de un bien inmueble transfiere una de sus facultades o atribuciones como el de goce o disfrute mediante un arrendamiento para que este saque provecho de lo concedido por el arrendador, de igual manera se disfruta de un negocio industrial haciendo producir en beneficio del arrendatario u del propietario. Por otro lado, el disfrute de la propiedad, adquiere contenido económico, importancia social y en muchas ocasiones a nivel político. "Por ello este atributo debe urgentemente armonizar con el interés social. Por otra parte, le podríamos llamar la zona del conflicto social". (Avendaño, 1984, pp. 101-102)

Teniendo en cuenta al autor Peñailillo Arévalo (2014) refiere: "El disfrute de un predio incluye el bien en sí; también el aire, la luz, el calor y la vista que en conjunto lo conforman" (p. 134). Asimismo, el disfrute del propietario que adquiere el derecho a la edificación, consiste en la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada, por lo tanto, debe estar conforme la licencia de los Ordenamientos Municipales otorgada, conviene resaltar que las edificaciones sin licencia o sin ajustarse a ella, no quedarían incorporadas al

patrimonio del titular del terreno y podrían ser demolidas sin indemnización.

1.2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Las Doctrinas Clásicas, desarrollada en la Filosofía Elemental del autor Emmo. La cual es comentada por el Sr. Zeferino Gonzales (2018) referentes al Derecho de propiedad por:

a. La teoría de la ocupación. - Sus representantes sostienen que la propiedad se funda en el hecho de la ocupación de las cosas que están en el comercio y que carecen de dueño *res nullius*, o porque su dueño las abandonó *res derelictae*.

Para validar el origen de la propiedad y los derechos que a la misma se refiere, acudieron algunos a la ocupación, suponiendo que esta constituye título suficiente y legítimo para detener como propia la cosa y disponer de ella.

b. En la teoría de trabajo. - Los economistas del Siglo XVIII sostienen que la esencia del derecho de propiedad reside en el trabajo, porque el hombre se apropia de las cosas de la naturaleza con su esfuerzo y las transforma también con su trabajo. Esta teoría es cuestionada, porque no explica la

propiedad de los que no trabajan o de los que no pueden trabajar, ni explica la transmisión de la propiedad a título gratuito.

c. Para la teoría de la ley. - La propiedad es una creación de la Ley. Entre sus representantes están Montesquieu y Bentham, el primero dice, así como el hombre renuncia a su independencia para vivir bajo leyes políticas, así también renuncia a la comunidad de bienes para vivir sujeto a las leyes civiles, por las que se otorga título para el goce de los bienes a favor de unos con exclusión de los demás. El segundo autor, señala que la Ley y la propiedad nacieron juntas, y en la misma forma deben morir, de ahí que no se pueda concebir a la propiedad con anterioridad a la Ley, y que más bien, la supresión de la Ley determinará la desaparición de la propiedad.

d. La función social de la propiedad.- Modernamente, se concibe el derecho de propiedad en armonía con el interés de la colectividad. Asimismo, la propiedad privada deja de ser un derecho individual para convertirse en un derecho obligado a justificarse en la función social que cumple en reconocer la legitimidad de la propiedad privada, con las limitaciones en beneficio de

todos, donde la propiedad resulta ser un deber para el propietario, más que un derecho.

El derecho de propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder una necesidad económica. Donde los hechos de la propiedad tengan una función social moderna, la cual simplemente quiere decir que los derechos de los particulares deberán conciliarse con los de la unidad, y es aceptado en cualquier sociedad mínimamente desarrollada o que pretenda serlo. Así, la propiedad privada deja de ser un mero derecho del individuo para convertirse en un derecho obligado a justificarse en la función social que cumple.

El contenido de propiedad y su función, consiste en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto del dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, donde correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comportamiento sea imprescindible.

Asimismo, las diferentes teorías socialistas sustituyen la propiedad individual por la propiedad colectiva o la propiedad del Estado, por considerarla

como una de las causas determinantes de la desigualdad social y de la explotación del hombre por el hombre.

2. LOS LÍMITES O RESTRICCIONES DE LA LEY EN EL PERÚ

El punto del que debe partirse en el estudio de los límites del derecho de la propiedad se halla en el segundo párrafo del art. 923 del Código Civil Peruano, la cual define: "Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

Asimismo, el contenido normal del derecho de la propiedad se ha distinguido entre límites y limitaciones. El límite se entiende como el punto normal hasta dónde puede llegar el poder de la propiedad privada en un derecho individual y esencial de la persona, de alguna manera supone el régimen ordinario de restricciones a que está sometido al poder, donde se parte de una base para su mantenimiento la cual es que todos los derechos y principios, libertades incluso constitucionales, no son absolutos e ilimitados, sino que tienen límites.

Según el autor Jorge Avendaño (2019) refiere que los límites del derecho de propiedad son:

"Las restricciones y las prohibiciones legales del derecho de propiedad son cargas u prohibiciones que se imponen a este derecho para limitar su ejercicio. Se produce una disminución o recorte del poder jurídico que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien, pero no se pierde la propiedad misma ni la posibilidad de ejercer los atributos de dominio". (p. 66)

Por otra parte, tenemos la Constitución Política del Perú, enfatiza que el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo con vista al artículo 2 incisos 8 y 16, debe ser interpretado en concordancia con el artículo 70 y 72 de la Constitución, en los que se establece que la propiedad se limita.

Teniendo en cuenta lo manifestado por la Constitución Política del Perú, definimos que los límites del derecho de propiedad, son componentes normativos que ayudan a que la propiedad se ejerza en el bien común y dentro de los límites de la ley, del mismo modo, nos encontramos frente a un derecho fundamental de naturaleza absoluta, ya que puede ser objeto de limitaciones, siempre que no se desvirtúe su contenido esencial o se lo desnaturalice.

2.1. LA EDIFICACIONES

El término de edificación se define y describe a todas aquellas construcciones realizadas artificialmente por el ser humano, con diversos pero específicos propósitos, quien conlleva en sí mismo la creación de un espacio que lo posibilite de forma fehaciente, controlada, segura y rentable.

De acuerdo con el autor Carceller Fernandez (2006) definía la edificación de la siguiente manera:

“Como el acto administrativo emitido por la municipalidad que permite que las personas ejerciten el derecho de construir del que ya eran titulares con previa comprobación de circunstancias objetivas establecidas en la norma o en el plan. La edificación constituye la culminación del proceso urbano que materializa la idea de ciudad que el plan contiene, singularmente, en la construcción de viviendas”. (p. 72)

2.1.1. REGLAMENTO NACIONAL DE EDIFICACIONES

Es la norma técnica de cumplimiento obligatorio por todas las entidades públicas, así como por las personas naturales y jurídicas de derecho privado que proyecten o ejecuten habilitaciones urbanas y edificaciones en el territorio

nacional. Asimismo, el autor Iván Ortiz Sánchez (2017) enfatiza que los principios básicos, que regulan las habilitaciones urbanas y las edificaciones, según el artículo 1 del Título I del Reglamento Nacional de Edificaciones son:

a) Principio de seguridad de las personas. - Según este principio, se debe de actuar de tal manera que se proteja la salud y la integridad personas y colectiva, y se asegure la vida y desarrollo de las personas que habitan en una edificación o concurren en un espacio público. Por otro lado, este principio establece las condiciones que deben cumplir las estructuras e instalaciones con la finalidad de reducir el impacto negativo producido por desastres naturales y los provocados por el hombre.

b) Principio de calidad de vida. - Se debe velar por garantizar un desarrollo integral y sostenido a las personas a través de las habilitaciones urbanas, de forma que estas promuevan una buena calidad de vida. Asimismo, este principio señala que, para tener una buena calidad de vida, se debe tomar en cuenta el uso de los espacios comunes, como el uso de los espacios de las áreas recreacionales, el otorgamiento de

instrumentos que aseguren dicha calidad, entre otros factores. Este principio, además, se deriva del principio básico del reconocimiento, respeto y protección de la dignidad de las personas.

c) Principio de seguridad jurídica. -

Este principio implica que las edificaciones y habilitaciones urbanas que se constituyan deben realizarse tomando en cuenta varios aspectos. Primero, los procesos o procedimientos establecidos en las normas (ordenamiento jurídico). Segundo, respeto de los derechos fundamentales de las personas. Y tercero acreditar la obtención y saneamiento del derecho de propiedad que recaiga sobre lo que se quiere edificar. Este principio está vinculado al modelo de Estado constitucional de derecho vigente y reconocido en el Perú.

d) Principio de subordinación del interés personal al interés general.

- Este principio supone el hecho de que los intereses individuales en materia de habilitación urbana, debe ser representada por el Estado, vinculados al aseguramiento del principio de seguridad y el principio de calidad de vida mencionados anteriormente. Ejemplos de esta subordinación son las

áreas recreacionales, el transporte urbano, los conjuntos inmobiliarios, los aportes que impone la ley para realizar obras de habilitación urbana, entre otros.

e) Principio de diseño universal. -

Este principio señala que las edificaciones o habilitaciones urbanas deben promover que las mismas sean aprovechadas por una gran y cada vez mayor cantidad de personas, garantizando ambientes aptos que sean equitativos, seguros y autónomos. (p. 93)

2.2. LICENCIA DE HABILITACIÓN URBANA

¿Qué es una habilitación urbana?

De acuerdo al Ministerio de vivienda, construcción y saneamiento, la habilitación urbana es el proceso mediante el cual se convierte un terreno rústico o eriazo en urbano, donde el nivel de consolidación de los predios debe ser el 90 % del total del área útil en el predio matriz.

Para el Ley de Licencias de Habilitaciones Urbanas y Licencias de Edificación de acuerdo al artículo 3 de la Ley 29090 define:

“La habilitación urbana es el procedimiento administrativo por el cual

se convierte un terreno rústico o eriazos en urbano, mediante la ejecución de obras de accesibilidad, de distribución de agua y recolección de desagüe, de distribución de energía e iluminación pública, cuya finalidad es propiciar un desarrollo urbano armónico. Solo una vez obtenida la licencia de habilitación urbana se pueden tramitar licencias de edificación y así se puede construir". (Granados, 2021, p. 1)

Asimismo, toma significado e importancia de contar con un plan de habilitación urbana, según el estudio realizado por la Universidad Continental (2020) refiere:

a) Seguridad: No sólo garantiza la permanencia y estabilidad, sino que también asegura sistemas de evacuación ante cualquier siniestro y reduce el riesgo de accidentes a las personas.

b) Funcionalidad: Detalla las dimensiones y el uso de los espacios, la factibilidad de servicios básicos y la accesibilidad a personas con discapacidad.

c) Habitabilidad: Asegura la salubridad e higiene y la protección térmica y sonora para el confort e integridad de las personas.

d) Adecuación al entorno y protección del medio ambiente:

El plan se adecúa al entorno sin dañar las características de la zona y asegurándose de que las futuras edificaciones no degraden el medio ambiente. (p. 6)

En síntesis, la habilitación urbana es aquel instrumento técnico que ayuda a que la población creciente determine con precisión el orden y la ubicación del predio, de manera que el cambio de uso cumple un papel fundamental en la habilitación urbana, puesto que cambia el predio rural a un predio urbano destinado a ser un derecho real de propiedad.

2.3. LEY DE ZONIFICACION

¿Qué es la zonificación?

Para el autor Jorge Avendaño (2019) refiere que "La zonificación es la parte del plan regulador que trata de la organización integral de las ciudades. El plan Regulador es el conjunto de normas y disposiciones técnicas, legales y administrativas mediante las cuales se propone la más adecuada utilización de la tierra." (p. 69).

"La zonificación es el instrumento técnico de gestión urbana que contiene el conjunto de normas técnicas

urbanísticas para la regulación del uso y ocupación del suelo en el ámbito de intervención del plan de desarrollo metropolitano, el plan de desarrollo urbano y el esquema de ordenamiento urbano, donde dichas normas se aprueban en función de los objetivos de desarrollo sostenible y de la capacidad de soporte del suelo, para localizar actividades con fines sociales y económicos. Asimismo, lo mencionado se encuentra en el artículo 30 del RATDU". (Ortiz, 2017, p. 68)

Por otro lado, las técnicas normativas ayudan a que se tenga una ciudad más ordenada, más segmentada por áreas, más desarrollada y demás; se cuenta con planes urbanos, la cual implica la participación de especialistas o profesionales en el tema. En nuestra Constitución Política del Perú ordena que la planificación urbana y zonificación constituyen una función pública que le corresponde cumplir a los Municipios para el desarrollo local.

3. LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN

La licencia de construcción es una autorización administrativa que se concretiza en un permiso o aprobación escrita, otorgada por la autoridad administrativa competente que tiene

como fin verificar el cumplimiento de las condiciones en que se ejecutara el acto autorizado, por ello la licencia de construcción es un típico acto discrecional y su otorgamiento solo puede ser exigible cuando se cumpla con las normas vigentes.

Asimismo, el derecho a la licencia de construir es un accesorio del derecho de propiedad, el cual indiscutiblemente es un derecho fundamental, y es necesario obtener la licencia de construcción, como también: la remodelación, ampliación o demolición de edificaciones, entre otros trámites, mediante el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la ley, para garantizar la calidad de la construcción y evitar multas.

En el Reglamento Nacional de Edificaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-2006-Vivienda, se señala que la construcción, abarca las siguientes acepciones:

- Las edificaciones, incluidas las excavaciones y las construcciones provisionales, las transformaciones estructurales, la renovación, la reparación, el mantenimiento (incluidos los trabajos de limpieza y pintura), y la demolición de todo tipo de edificios y estructuras.

- Las obras de uso y servicio público, el movimiento de tierras, trabajos de demolición, obras viales, cunetas, terminales, intercambios viales, aeropuertos, muelles, puertos, canales, embalses, obras pluviales y marítimas (terminales, refuerzos rompeolas), carreteras y autopistas, ferrocarriles, puentes, túneles, trabajos de subsuelo, viaductos y obras relacionadas con la prestación de servicios como: comunicaciones, desagüe, alcantarillado y suministro de agua y energía. Montaje electromecánico, montaje y desmontaje de edificios y estructuras de elementos prefabricados. Procesos de preparación, habilitación y transporte de materiales.

El Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2013-VIVIENDA, publicado el 04-05- 2013, define a la licencia de construcción como: "Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una la licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, previo certificado de conformidad expedido por

el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios o del Comité de Defensa Civil, según corresponda, además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios".

4. EL CATASTRO

Según el autor Lopez (2019) es un "Registro de todo bien inmueble en un determinado territorio, así como un instrumento de gestión urbano sostenible de nivel nacional que contiene información cuantitativa y cualitativa de la infraestructura urbana, (...) al interior de los centros poblados urbanos, incluyendo a los conglomerados urbanos" (p. 339). Lo cual representa una fuente de información para planificar adecuadamente la urbanización de un área con el objetivo que esta sea sostenible en el tiempo. Es imprescindible, pues sirve para "Afrontar con garantías el modelo de ciudad futura, a partir de las condiciones y necesidades que el presente determina" (Pereña, 2003, p. 84).

La inclusión de las propiedades inmuebles en el registro inmobiliario es obligatoria desde el punto de vista legal y fiscal, dando validez y constancia pública a las mismas. En España, su gestión es responsabilidad del Ministerio de Economía y Hacienda.

A nivel estatal, suele considerarse que el catastro es una de las bases de la planificación urbanística e incluso del control impositivo sobre la ciudadanía a través de sus propiedades. Debido a que la oferta de tierra se excede la capacidad para apropiarse de ella, ya que sin importar cuál sea la población, no se puede ofertar más tierra que la cantidad existente, es menester poner en funcionamiento medidas y políticas públicas que, por un lado, tomen acción sobre los problemas de fondo en la ciudad de Puno, como tener mínimamente un plano catastral de las zonas urbanizadas, y sanear los linderos que se han visto imprecisos por el intrincado tracto sucesivo que se dio, además de poder proveerlos de servicios básicos para hacer posible la vida digna, y por otro lado, desburocratizar el sistema administrativo, para hacer del estado un ente garantizado de los derechos de propiedad y recuperar la legitimidad de sus ciudadanos que actualmente tienen la percepción de un estado sancionador.

El objetivo para implementar un catastro que abarque a las zonas periféricas, radica en disminuir la brecha catastral que es la "Cantidad de predios a la que crece el padrón predial y los

predios que se declaran catastrados anualmente." (Granados, 2011, pág. 93).

Las entidades catastrales deben tomar en cuenta la velocidad a la que crece el padrón predial, para garantizar el aprovechamiento de los atributos inherentes a la propiedad.

Los elementos que componen el catastro, según su función son las edificaciones formales e informales, Infraestructura urbana, Equipamiento Urbano, Mobiliario Urbano y Espacios Públicos, que permiten el desarrollo integral de la sociedad, y el disfrute pleno de los espacios públicos, en base a sus necesidades.

4.1. FUNCIONES DEL CATASTRO

La utilización del catastro en un país tiene como objetivo el cumplimiento de una serie de necesidades registrales:

- Registro público de todo bien inmueble, de acceso abierto para la ciudadanía.
- Da información precisa sobre la extensión de terreno del inmueble, así como de su disposición física
- Indica el uso de cada inmueble (vivienda, utilidad comercial o industrial, bien rústico...)

- Incluye en el registro público la identidad de las personas físicas o jurídicas propietarias de cada bien.
- Presenta valoración económica del bien, así como su valor fiscal de cara a las correspondientes obligaciones tributarias que implique.
- Identifica cada bien de manera numérica a través de la asignación de un identificador: la llamada referencia catastral.

El catastro de un país tiene el rasgo de ser permanente actualizado, ofreciendo una imagen real y actualizada de cada bien registrado.

Alternativamente, ofrece mayor seguridad jurídica para los propietarios de viviendas o terrenos, ya que permite que puedan demostrar su posesión legal de los mismos.

Los problemas que encontramos causados por las limitaciones al derecho de propiedad y la dificultad por cumplir los límites reglamentarios se hallan enfrentados con la necesidad social, pues "A medida que la población del país crece, la demanda por nuevos espacios se incrementará derivado de la necesidad de cada familia nueva de contar con una vivienda propia" (Granados, 2011).

PROBLEMATICA

El problema central de no cumplir con el reglamento de edificaciones y provocando así la infracción a los límites del derecho de propiedad es principalmente el tema del saneamiento, es decir, hay problemas de litigio entre particulares que se puede dar entre hermanos, vecinos, o el problema tiene un arrastre de superposición del bien inmueble al momento de la compra del lote, esta y muchas cuestiones gráficas imposibilitan el saneamiento por la situación de que solo el titular de las propiedades inscritas en registros públicos puede en alguna medida solicitar la licencia de construcción; en otros aspectos relacionados con el tema, se tiene que tomar en cuenta del problema de que las notarías se prestan para producir a diestra y siniestra las escrituras públicas sin previa revisión de las formalidades de la propiedad.

Según la información obtenida de las entrevistas realizadas a la especialista del área de catastro de la Municipalidad Provincial Doris Ticona de Puno Doris Ticona, conviene especificar solo en promedio de 25 % ha solicitado una licencia, dentro de los factores que hacen recurrente esta situación, y, por otro lado, mediante las entrevistas

podemos dividir en dos ejes los obstáculos tomando en cuenta la perspectiva de los funcionarios de la Municipalidad y de la opinión de los ciudadanos.

Entre las restricciones comunes enmarcadas en el área urbana, los ciudadanos consideran que no es rentable invertir el dinero en ingenieros que contrasten las normas mínimas de calidad de edificaciones, pues consideran que este dinero podría ser mejor aprovechado en la edificación de su propiedad. Para esto, la Municipalidad ha promovido la Amnistía para reducir la multa por obra a regularizar del 10 % al 1 % además de facilitar la regularización de los predios, con un convenio con el Colegio de Ingenieros. Si bien esa iniciativa contribuye a que los propietarios regularicen sus predios, aún ocurre problemas tal como el desconocimiento que se tiene en cuanto a los requisitos que solicita el Formato Único de Edificación (FUE) la cual se observa en las estadísticas elaboradas, pues solo el 5 % conoce al menos dos requisitos y su cumplimiento para el anteproyecto en consulta de la modalidad A y B precisada en los requisitos.

Otro problema es la falta de profesionales en los Distritos de Puno, debido a su escasez, sin embargo, son necesarios para cumplir y satisfacer las Ordenanzas Municipales, así lo precisa el señor Gabriel Quispe Álabe, "En nuestras Provincias no hay esos Ingenieros y debemos estar viajando a Puno para encontrar, es un gasto más y ya no sale a cuenta para alguien que solo quiere hacer su casita para su familia" (Entrevista 8 del Anexo 2). Incluso cuando exista profesionales en la Ciudad de Puno, estos no suelen hacer un trabajo eficiente, pues Incluso cuando son remunerados por el propietario no cumplen adecuadamente, en palabras de Justo Cama Cari "Los ingenieros se desaparecen, hay que estar buscándolos con lupa y retrasan más la obra, cuando uno quiere que se haga más rápido".

Estos obstáculos hacen retroceder al ciudadano en sacar su Licencia de Edificación, pues al no cumplir y satisfacer a las Ordenanzas Municipales, se realizan las esquelas de observaciones que deben ser subsanados en las áreas correspondientes, lo que provoca una percepción de burocracia excesiva.

Sin embargo, estos contratiempos hallan su justificación, según los funcionarios de la Municipalidad, en la desidia del Administrado y la mala fe al momento de presentar los documentos con el ánimo de evadir impuestos o brindar una información inadecuada para traspasar el poder público, dentro de las faltas más recurrentes encontramos la elaboración de dos planos, uno real y el otro alterado, como expresa el Dr. Anthony Arizaca Maquera "... algunos ven que un amigo o familiar han aceptado su solicitud de licencia y presentan el mismo plano con algunas modificaciones para cumplir" (Anexo 2). Estos actos entorpecen la labor de los administrativos, pues al momento de cotejar con los ingenieros.

Hallan los desperfectos del trámite de la licencia, debe ser nuevamente subsana. Estos problemas o desperfectos finalmente se traducen en multas impuestas por la Municipalidad al construir sin Licencia de edificación con el 10 % del valor de la obra.

Analizando estas situaciones que son comunes en cualquier área de la Administración Pública por la deficiencia en el Sistema Administrativo, que no es novedad en nuestro país, nos encontramos con los problemas más

grandes que refleja el verdadero centro de la informalidad en las edificaciones y que otra vez afianza la brecha creada por el centralismo. Nos referimos a la casi nula existencia de licencias de edificación en las periferias de nuestra ciudad, y es preciso mencionar al ciudadano de los centros poblados que tiene el mismo derecho a gozar de su propiedad como el ciudadano de la urbe, sin embargo, además de no tener confianza en las instancias estatales se ven incapacitado de actuar bajo la ley, pues sus títulos de propiedad están sujetos a muchas irregularidades que estos mismos ignoran al momento de la compra y sufren las consecuencias.

La problemática se observa directamente en la zona de Alto Puno y Jallihuya.

En alto Puno se encuentra la comunidad campesina de Yanamayo que un sector de este tiene un territorio comunal, el cual es imprescriptible, inalienable, enajenable según el artículo 89 de la Constitución, por lo tanto, los títulos vendidos son inválidos por falta de legalidad. Sin embargo, se ha permitido la parcialización, que facilito la transferencia a través de donaciones a los socios asociados, pudiendo estos transferir dicha propiedad, lo que no

permite a la Municipalidad tener un registro catastral de esa zona, además dichas transferencias eran muy imprecisas en cuanto a sus límites establecidos dando cabida a problemas de superposiciones y tráfico de terreno y por tales motivos hay múltiples propietarios la cual imposibilidad de determinar las licencias de edificación.

Por otro lado, en la zona de Jallihuaya que se desprendió de la Sais Muñoz Najar, los terrenos fueron lotizados como área urbana, sin embargo, tras esta distribución irregular dio lugar a muchas irregularidades como las asociaciones que vendían a la vez que los administradores distribuyeron los linderos por dádivas y terceros que adquirieron las propiedades por liquidadores de la Sais (Anexo 2).

Provocando una nebulosa de conflictos jurídicos que hacen ilegítimo los títulos de propiedad de los vecinos de la zona. Requiriendo urgentemente un tratamiento legal y un saneamiento. Viendo esta situación, es común que no puedan cumplir con el requisito de la Habilitación Urbana de su zona, pues existen diversos conflictos ya mencionados, con esto la Municipalidad para garantizar el desarrollo de la ciudad debería hacer el trámite de las

Habilitaciones urbanas de oficio tal como lo autoriza el artículo 24 de la Ley 29090.

CONCLUSIONES

En una primera aproximación al problema que afecta al buen desarrollo urbanístico de la ciudad de Puno y al derecho de sus ciudadanos, es por eso que los entes estatales más allá de ser sancionadores deberían garantizar el derecho a la propiedad del ciudadano disponiendo de su facultad del disfrute para poder cumplir su función social. Las Municipalidades deberían apertura un área de asesoría al ciudadano para cumplir los requisitos para la aprobación del anteproyecto en consulta, además de capacitaciones frecuentes en las zonas más alejadas.

Promover el control sistemático del profesional técnico que dan fe de la viabilidad de las construcciones y agilizar el procedimiento con una atención más directa y centralizada con el uso de la tecnología para acelerar el procedimiento y hacerlo más accesible.

Es necesario crear un plan de acción para formalizar la urbanización de las zonas periféricas, empezando con el saneamiento de los títulos de propiedad a favor del ocupante diligente sobre el propietario indiferente a través de los

mecanismos legales que nos ofrece nuestro código civil y las facultades del estado para ejercer control. Respetando los fundamentos que la reforma agraria nos dejó y que influyeron en nuestro ordenamiento jurídico actual de dar prioridad a los que destinan sus propiedades para su función social, priorizando el respeto y la armonía con el interés social, cultural y ambiental.

Si bien las leyes del ordenamiento de edificaciones nos garantían calidad de vida y seguridad jurídica, privada y pública, y asimismo la ley 30494, Establece la función y responsabilidades de los diversos actores vinculados en los procedimientos y administrativos públicos, la cual estas actuaciones, ni son como le mencionan la ley en muchos aspectos, al hacer el trámite o recibir información adecuada para llevar a cabo una adecuada edificación y asimismo tener una vida digna, nos dimos cuenta de que la municipalidad de Puno no brinda tales facilidades. Asimismo, los servicios, en cuanto a las Ordenanzas Municipales, este no se encuentra actualizado en el N.º- 098- 2021-C/MPP, donde es necesario enfatizar que la Municipalidad de Puno actúe como un ente de ayuda.

REFERENCIAS

- Antonio, C. F. (2006). *Instituciones de derecho Urbanístico*. España : Montecorvo.S.A.
- Barrón, G. H. (2010). *Derecho Reales*. Lima: Legales (EDILEGSA E.I.R.L.).
- Código Civil Comentado*. (2020). Lima: Gaceta Jurídica.
- Constitucion Poltica del Peru*. (1993). Lima: Gaceta Juridica.
- Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA. (2006). *Ministerio de Vivienda, Construccion y Saneamiento*, 1.
- Friely, J. C. (2011). *Teoría General del Catastro*. Guatemala.
- Guimet, P. J. (2003). *Descripción y Teoría General del Catastro*. Lima: Edicions UPC.
- Iquise, S. G. (s.f.). ¿Qué es la zonificación y para qué sirve?
- Jorge Avendaño V. / Francisco Avendaño A. (2019). *Derecho Reales*. Lima: Fondo editorial pucp.
- Ley de Regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones Ley N.º 29090. (22 de Octubre de 2022). *El Peruano*, págs. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-la-ley-27972-ley-organica-de-municipalidad-ley-n-30937-1762977-5/>.
- Ministerio de Vivienda, Construccion y Saneamiento . (2022). Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA. *El peruano*, 1.

Ordenanza Municipal N° 098-2021-C/MPP. . (29 de Octubre de 2021). *El peruano* , págs. <https://portal.munipuno.gob.pe/es/ordenanzas-municipales-2021>.

Pereira Batista, E. J. (1915). *La Funcion Social de la Propiedad*. Lima : Sector Rural.

Sanchaz, L. L. (2019). Registro de la Propiedad Inmuebles: La Inseguridad Juridica del Actual Sistema Registral Peruano en la Inscripcion Facultatia. *Oficial Poder Judicial, VIII*, 339 - 358.

Sanchez, I. O. (2017). *Introduccion al Derecho Urbanistico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Sevilla, z. G. (30 de Setiembre de 2018). *Filosofia Elemental Tomo*

I. Obtenido de Consulta:
<http://repositorio.consulta.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12773/11408/UPguccea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Universidad Continental. (2020). *Habilitacion Urbana. Universidad Continental*, 6.

ANÁLISIS DE LA SERVIDUMBRE MINERA EN EL ESTADO PERUANO

AUTORES:

MAQUERA MAMANI, Winy Meliza
wmaqueram@est.unap.edu.pe



MACHACA CATACTORA, Rómulo Salvador
romachacac@est.unap.edu.pe



CHURA GUTIERREZ, Thalia Monica
tchurag@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

La servidumbre minera es otorgada por el Estado Peruano al titular de una o más concesiones mineras, a través de un procedimiento administrativo que inicia ante el Ministerio de Energía y Minas cuando no existe acuerdo con el propietario de los terrenos superficiales donde tiene la intención de ejecutar actividades mineras. En el presente ensayo realizaremos un análisis de la servidumbre minera en el Estado peruano, donde abordaremos la realidad problemática en el Perú, el marco teórico, el marco jurídico, el conflicto del derecho de la propiedad y la servidumbre minera y finalmente propuestas de solución. El desarrollo del presente ensayo tiene como base: artículos, ensayos, libros, entre otros estudios académicos realizados por especialistas en la materia.

Palabras Clave: Servidumbre minera, licencia social, consulta previa

Abstract: The mining easement is granted by the Peruvian State to the holder of one or more mining concessions, through an administrative procedure that begins before the Ministry of Energy and Mines when there is no agreement with the owner of the surface land where it intends to execute mining activities. In this essay we will carry out an analysis of the mining easement in the Peruvian State, where we will address the problematic reality in Peru, the theoretical framework, the legal framework, the conflict of property rights and the mining easement and finally solution proposals. The development of this essay is based on: articles, essays, books, among other academic studies carried out by specialists in the field.

Key words: Mining easement, Conflict, Property

I. INTRODUCCIÓN

La principal fuente económica para el desarrollo de nuestro país es la minería por su alto valor en el mercado, en el Perú los recursos naturales son patrimonio de la nación y generalmente, un particular es el propietario de los terrenos superficiales, pues son bienes jurídicos distintos. Para acceder al terreno superficial existen dos formas: la cesión en uso o un contrato de usufructo

que consiste en un convenio con el propietario, y la otra forma es por servidumbre administrativa, esta es un tipo de servidumbre en el que una persona distinta al dueño puede realizar ciertos actos en el bien previo pago, está puede ser otorgada por el Estado Peruano al titular de una o más concesiones mineras, a través de un procedimiento administrativo que este último inicia ante el Ministerio de Energía y Minas cuando no existe acuerdo con el propietario de los terrenos superficiales donde tiene la intención de realizar actividades mineras de exploración, explotación, desarrollo, beneficio, transporte y/o actividades conexas.

La situación actual es crítica y el procedimiento legal para otorgar derechos sobre los terrenos superficiales es ineficiente, carecen de herramientas que dan mayor seguridad y certidumbre a terceros. El sector minero reclama un adecuado ordenamiento de las normas jurídicas en materia de propiedad, no sólo a efectos de adquirir el máximo de los derechos sobre la propiedad, sino también para la adquisición de los derechos desmembrados del dominio. Uno de ellos es la servidumbre minera.

El propósito del presente trabajo se basa en buscar en principio desarrollar

la servidumbre minera, para reformular la legislación planteando alternativas de solución ante la problemática que se ha planteado. Además de hacer de la servidumbre minera una herramienta eficaz para el desarrollo de la actividad del sector en general, logrando así un alto desarrollo económico.

II: REALIDAD PROBLEMÁTICA (NIVEL NACIONAL)

La minería peruana además de ser una de las actividades más importantes en la economía de nuestro país, es uno de los que más se carga de conflictividad social. No existe un marco legal ni institucional claro para la suscripción de acuerdos entre empresas y las poblaciones de sus áreas de influencia, más allá de algunas pocas instituciones posibles de ser utilizadas. Una de dichas instituciones podría ser la servidumbre minera.

Uno de los problemas más frecuentes y constantes para las concesiones mineras, es tener acceso sobre los predios superficiales, para una etapa final del desarrollo de estas actividades que permita el desarrollo de sus proyectos y operaciones. La concesión minera es un inmueble distinto y separado del terreno superficial donde

se ubica conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo 3º del Texto Único Ordenado de la Ley General Minería y el artículo 885º del Código Civil, se trata de bienes jurídicos distintos.

La servidumbre minera es otorgada por el Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, no se ha otorgado muchas servidumbres en el país. Si bien se usa mayoritariamente el mecanismo del convenio por ser, en apariencia más ágil, éste no garantiza efectividad en un contexto de conflictividad constante.

De acuerdo a la Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas Ley N° 26505 artículo 7º:

Sin acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede establecer derechos de explotación minera. En caso que el yacimiento sea considerado por acuerdo del Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente.

Una gran mayoría rechaza esta actividad, porque la actividad minera en caso de desarrollarse enervaría el predio

superficial y al momento de restituirse al propietario superficial no lo obtendría en las mismas condiciones que cuando lo entregó. Encontrándose entonces la autoridad minera limitada de imponer servidumbres administrativas mineras por su propia normativa: "Si la servidumbre es posible sin enervar el derecho de propiedad, es decir, sin perjudicar el resto del predio sirviente de tal modo que lo haga inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere determinado" (D.S N° 015-2003-AG).

Lo cual no es entendible, debido a que toda actividad humana siempre generará cambios en el medio ambiente. Tal interpretación jurídica se debe a que en nuestra Constitución Política (1993) tanto la concesión minera como el predio superficial en el que se encuentra, tienen igual ponderación, sin que a nivel constitucional se realizará una mayor estimación al Derecho de Propiedad.

El Estado tiene derecho a imponer servidumbres como una consecuencia de su derecho de propiedad sobre los recursos naturales. Esto significa que las propiedades bajo las cuales existen

recursos naturales tienen un régimen distinto de protección que es señalado en el artículo 70 de la Constitución.

Para cualquier persona, es claro que iniciar una negociación sabiendo que ante la inexistencia de un acuerdo existe la posibilidad de que la parte interesada pueda imponer su posición en la vía administrativa, genera una inequidad total y una asimetría en la negociación, y por ello, este tipo de figuras debería ser limitado en el ordenamiento.

Por otro lado, se sabe que para poder realizar una actividad minera, el derecho real de servidumbre tiene que estar estrictamente ligada a la licencia social y al medio ambiente, para poder obtener esta licencia social se requiere de una consulta previa, siendo esta la piedra angular para el inicio de una actividad extractiva minera, sobre esta se tiene una sentencia del Tribunal Constitucional, donde deja sin efecto la consulta previa, esta decisión además de ser una incoherencia, genera una línea jurisprudencial completamente ambivalente, conllevando incertidumbre al ordenamiento jurídico y lo que es peor se vulnera los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales.

III: MARCO TEÓRICO

Las servidumbres son derechos reales que consisten en la afectación de un predio al que se denomina predio sirviente, a favor de la explotación económica de otro (al que se ha denominado tradicionalmente predio dominante).

De acuerdo a nuestra legislación (sobre todo en el ámbito de las servidumbres especiales vinculadas a la explotación de servicios públicos y recursos naturales), algunas veces el bien que se beneficia no es un predio, sino simplemente un bien inmueble.

Los predios son bienes materiales que se ubican en el suelo o que están referidos a él, como versa el artículo 954 del Código Civil, mientras que los inmuebles comprenden bienes inmateriales como las concesiones y otros derechos, como señala el artículo 885 del Código Civil. Todos los predios son inmuebles, pero no todos los inmuebles son predios.

Este tipo de servidumbres no contemplan la existencia de un predio dominante, a diferencia de las servidumbres civiles. Por el contrario, estas servidumbres cuentan con un título administrativo habilitante, el cual actuará como predio dominante (ejm:

una concesión) y será beneficiado con la carga que imponga a un determinado terreno (ejm: predio sirviente).

Si bien el artículo 1035° del Código Civil emplea los términos "predio dominante" y "predio sirviente" para referirse a los componentes del derecho real de servidumbre, nada obsta para reconocer entre los conceptos de "predio" e "inmueble" elementos comunes de especial relevancia que constituye razón suficiente para incluir a este último dentro de los alcances de dicha norma.

El Registro de Predios inscribe, entre otros, todos los derechos reales que afecten una propiedad inmueble, independientemente de si tiene fines civiles, comerciales o mineros. De hecho, en el Registro de Predios se inscriben tanto las servidumbres y los usufructos que tengan origen en el contrato (independientemente de su finalidad), como las servidumbres mineras que adquieran origen en una resolución administrativa, vale decir, aquellas que son impuestas al predio sirviente por resolución administrativa, conforme a la Ley General de Minería.

Además de las normas generales del Código Civil, existen normas especiales

para las servidumbres que utilizan las empresas del sector minero. Estas normas están contenidas en el Capítulo IV del Título Duodécimo del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, entre otras. Las normas especiales no definen la servidumbre minera, razón por la cual debemos recurrir a la definición general.

Por ello, ante esta problemática una de las principales soluciones que planteamos es: reformar la Constitución en el régimen económico, realizar un cambio absoluto del código minero y sus reglamentos, el procedimiento de servidumbre minera donde se debe dotar al Estado de profesionales que garanticen una adecuada valoración del inmueble, pues constituir una servidumbre implica otorgar una compensación justa y equitativa al propietario del predio, es decir, el pago a los propietarios debe involucrar un proceso de tasación que no solo fije el valor real de los terrenos superficiales, sino que tenga en cuenta el tipo de predio, el uso que este le dé, y cualquier otra variable que permita definir el significado del predio para sus propietarios.

IV: MARCO JURÍDICO O FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

4.1 La servidumbre en la minería

El Código de Minería de 1950, nos dice que el uso de los terrenos cultivados y con propietarios estaban sujetos a adquisición, expropiación o servidumbre (acotada a instalaciones adicionales o a terrenos superficiales de otros concesionarios) previa indemnización.

En la Ley General de Minería Texto Único Ordenado aprobado por DS 014-92-EM señala:

Artículo 9° reconoce que: “La concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenada Universal Transversal Mercator (UTM). La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada”.

Artículo 10° señala que: “La concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al

concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley exige para mantener su vigencia”.

Artículo 37° nos dice que los titulares de concesiones gozan de los siguientes atributos:

3. A solicitar a la autoridad minera, autorización para establecer servidumbres en terrenos de terceros que sean necesarios para la racional utilización de la concesión. La servidumbre se establecerá previa indemnización justipreciada si fuere el caso.

De oficio o a petición del propietario afectado, la autoridad minera dispondrá la expropiación si la servidumbre enerva el derecho de propiedad.

4. A solicitar autorización para establecer uso minero o servidumbres, en su caso, sobre los terrenos superficiales de otras concesiones, siempre que no se impida o dificulte la actividad minera de sus titulares.

La Ley N° 26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del

territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. La presente ley modificada posteriormente por la Ley N° 26570. El Artículo 7 de la mencionada norma estableció que “La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente Ley”.

Dicho reglamento establece que el procedimiento de otorgamiento de Servidumbre Minera tendrá las siguientes etapas:

1. Trato Directo: El titular minero cursa una carta notarial al propietario superficial a fin de proponerle llegar a un acuerdo directamente. En caso no alcancen un acuerdo en 30 días, el solicitante deberá comunicar a la Dirección General de Minería (DGM) la culminación de dicha etapa.

2. Conciliación: La DGM convoca a ambas partes a una conciliación a través de un Centro de Conciliación, elegido por las partes de mutuo acuerdo o por las autoridades de los Ministerios de Agricultura (MINAGRI) y Energía y Mina (MINEM). Esta etapa tendrá una

duración de 30 días contados desde la recepción de las invitaciones a conciliar.

3. Peritajes: Paralelamente a la conciliación el MINEM designará un perito minero para que se pronuncie sobre la necesidad y la magnitud de la servidumbre teniendo en cuenta la actividad minera proyectada. Asimismo, el mismo solicitará a la Comisión Nacional de Tasaciones – CONATA, el nombramiento de un perito agrónomo a fin de realizar la valuación del área afectada y emita un informe si la servidumbre es factible sin enervar el predio, es decir sin que el predio sirviente quede afectado seriamente o se convierta en inútil para los fines que se le estaban dando.

Las pericias deben ser emitidas en 15 días y remitidas al proceso de conciliación para que alimenten el diálogo.

Procedimiento Administrativo de la servidumbre legal, en caso no alcanzar acuerdo, se seguirá el siguiente procedimiento:

- Los Directores Generales de Minería (MINEM) y Promoción Agraria (MINAGRI) deberán emitir opinión sobre el cumplimiento de los

requisitos para el otorgamiento de la servidumbre en un plazo de 30 días.

- En caso las opiniones sean favorables, el Director General de Minería preparará el proyecto de Resolución Suprema que determine el monto de indemnización y la Minuta que establezca la Servidumbre.
- Expedida la Resolución Suprema, en los 10 días siguientes, el solicitante deberá consignar la indemnización a nombre de la Dirección General de Minería en el Banco de la Nación. Luego será suscrita la minuta y escritura de otorgamiento de la servidumbre legal.
- En caso el propietario del predio superficial no firme la escritura antes mencionada, la misma será firmado por el Director General de Minería.

4.2 El derecho a la propiedad en la minería

En el Perú, la propiedad del subsuelo es un derecho distinto a la propiedad del suelo, tanto en el plano legal como en la práctica son dos derechos independientes. El propietario de la superficie (el suelo) no es propietario del subsuelo, es decir de lo que hay bajo sus pies, que eventualmente pudiera ser una riqueza natural, minerales, petróleo

o gas. De allí, que, a modo de reflexión irónica, esa realidad se ha expresado en la pregunta: ¿Cuál es la diferencia entre una persona que encuentra petróleo en Texas y una persona que encuentra petróleo en Talara? La respuesta, clara e incontrastable es que en Texas esa persona es rica, en Talara esa persona es pobre, por cuanto en el Perú el Estado es dueño del subsuelo y sus riquezas, así estén bajo la casa de cualquier ciudadano. (Eguren, 2009, p.3)

Siendo así la propiedad es un derecho fundamental y así se encuentra establecido en el numeral 16 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Por su parte, el Título III de la Constitución, referido al "Régimen Económico", establece en su artículo 60° que la economía nacional se sustenta en la coexistencia de las diversas formas de propiedad y de empresa. A su vez el artículo 70° de la Constitución señala que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza. Asimismo, precisa que este derecho se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. En esa línea de ideas, añade que a nadie puede privarse de su propiedad, sino exclusivamente por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de

indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio.

El Código Civil peruano dispone en su artículo 923° que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, y debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. Sin embargo, la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Dentro del Título III de la Constitución Política del Perú (1993) se encuentra el Capítulo VI denominado "Del Régimen Agrario", el cual establece en su artículo 88 que el "Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario y garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, sea en forma privada, comunal o en cualquiera otra forma asociativa". Respecto de las Comunidades Campesinas y las Nativas, el artículo 89° establece que éstas tienen existencia legal y que son personas jurídicas, autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que establezca la ley. En cuanto

a la propiedad de sus tierras, se precisa que ésta es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

Esto último, guarda concordancia con lo establecido en el artículo 66° de la Constitución, ubicado dentro Capítulo II del Título III, en el que se dispone de manera expresa que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Asimismo, el referido artículo precisa que por ley orgánica se fijan las condiciones de utilización y de otorgamiento a particulares, y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a la respectiva ley orgánica.

Se trata de un instituto jurídico de derecho real único, centro del derecho patrimonial privado de donde gravitan los demás derechos reales y nos atrevemos a decir que también el sistema jurídico en sí mismo, pues depende de su existencia para su sostenimiento.

El derecho de propiedad será el conjunto de condiciones y normas jurídicas precisas que regulan aquella relación para hacerla posible y efectiva, estableciendo como se adquiere, como

se conserva, como se transmite y extingue; en otros términos, las condiciones y reglas para la constitución, organización y desarrollo de la propiedad (sentido objetivo). O bien consistirá en las facultades que corresponden al hombre al mantener esa relación con los bienes y obtener los beneficios para la satisfacción de sus necesidades (sentido subjetivo). En otras palabras, la propiedad que se tiene, se posee y se goza conforme al derecho positivo, que es variable según las circunstancias y condiciones de cada país.

Las razones de la aparición de la propiedad es la escasez de recursos naturales y materias primas, que provoca la obligación de establecer instituciones jurídicas que fijen la colocación y entrega de los recursos a quienes sabrán explotarlos de la mejor manera, sin que ello desmerezca la seguridad del tráfico de los bienes, excluyendo a terceros de tal posibilidad.

La concesión minera, de acuerdo a nuestra legislación, se encuentra expresamente separada del predio en el que se ubica. Las atribuciones del concesionario no contemplan algún derecho real sobre el terreno en que se

extiende la concesión. Por tal motivo, el concesionario debe suscribir contratos civiles con los propietarios del predio donde se realizarán las actividades mineras. Sin embargo, los contratos civiles no constituyen documentos idóneos para el objeto que se pretende alcanzar. Siendo así, el concesionario queda expuesto a reclamos que pueden resultar altamente contingentes, ya sea por la nulidad de acuerdos o por exigencias de mayores beneficios a los previamente consensuados. Asimismo, en un país donde el registro de predios suele contar con información incompleta, la inscripción de los contratos civiles empleados no suele resultar posible, lo que no permite dotar a los acuerdos de la publicidad registral que un proyecto de gran envergadura requiere. La legislación minera tampoco ofrece solución. La normativa sectorial únicamente hace referencia a las relaciones y negocios jurídicos de la concesión minera en sí misma, apartándose de los temas relacionados al predio dónde se encuentra.

V: ANÁLISIS DEL CONFLICTO AL DERECHO DE LA PROPIEDAD Y LA SERVIDUMBRE MINERA

La servidumbre minera conflictúa con el derecho de propiedad del privado, siempre que el titular de la actividad minera pretenda imponer una servidumbre para realizar sus actividades mineras sobre los terrenos del privado.

Ahora bien, este procedimiento de servidumbre se iniciaría sólo si antes no ha sido posible llegar a un acuerdo entre el titular de la actividad minera y el privado

El conflicto sobre el derecho de propiedad dependerá de la finalidad para la cual es solicitada la servidumbre, pues una servidumbre para realizar actividades de exploración minera o transporte minero no tendrá los mismos efectos sobre la propiedad que una servidumbre que se otorgue para realizar actividades de explotación minera a tajo abierto.

¿A qué hace referencia una afectación de manera sustantiva respecto a los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado el predio? Los reglamentos de minería establecen que la servidumbre sólo procede si su imposición no enerva el derecho de propiedad, es decir no perjudica el resto del predio sirviente de modo que lo haga

inútil o lo afecte de manera sustantiva respecto de los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado. Hoy en día es difícil entender a qué se refiere una afectación de manera sustantiva respecto a los fines para los cuales estaba siendo usado o estuviere destinado el predio.

Consideramos que el concepto es demasiado ambiguo para comprobar los fines para los cuales estuviese destinado el predio, por ejemplo, cualquiera podrá establecer un posible fin como plantar caña de azúcar mediante el sistema de hidropónicas o la plantación en 4,000 metros de altura, siendo posible de ser enervado por la actividad minera. Es cierto que, en principio, los ejemplos considerados son exagerados, no obstante, son posibles dentro de los márgenes que establece la ley.

Expropiación contra servidumbre

La figura de la expropiación está prevista en el artículo 70 de la Constitución y desde nuestro punto de vista se refiere a la forma de privar del dominio a los particulares respecto de bienes comunes y corrientes, sobre los cuales el Estado no tiene derecho alguno. Si sobre ellos es posible imponer la transferencia de propiedad, con

mayor razón existe justificación para una transferencia forzosa en aquellos predios que conservan los recursos naturales de la nación. El mecanismo a seguir no tendría que ser el del artículo 70 de la Constitución, pero como no hay una regulación especial para este fin se podría recurrir a la figura de la expropiación, haciendo comprender la causa en el ámbito de la necesidad pública. Es cierto que al expedirse la Constitución de 1993 se cambiaron los supuestos de expropiación, eliminándose el interés social. El Congreso Constituyente Democrático reveló en las actas del debate constituyente que la idea era reducir los supuestos de expropiación, evitando concretamente que el Estado expropié a favor de particulares. Pues bien, a fin de armonizar este aspecto constitucional con nuestra interpretación sobre el poder del Estado respecto de los predios que albergan recursos naturales, deberíamos concluir que de aplicarse la expropiación el Estado debe adquirir para sí, conservando la propiedad y no haciendo beneficiario del dominio al concesionario minero.

¿Podría el Estado válidamente imponer un derecho a favor de los concesionarios mineros para que

puedan explorar y explotar, aun a costa de enervar la propiedad ajena?

El artículo 66 de la Constitución señala que los recursos naturales son patrimonio de la nación. El Estado es soberano en su apoderamiento. Esta calificación constitucional tiene la mayor importancia para el tema que tratamos. Si el Estado es dueño de los recursos naturales que están integrados al suelo y goza del poder soberano a explotarlos, obviamente la propiedad del suelo en estos casos no puede gozar de las mismas libertades que el resto de predios. Un inmueble bajo el que hay recursos naturales es un bien afectado, con una suerte de titularidad dividida con el Estado. En tales circunstancias, no es de aplicación la protección ordinaria del artículo 70 de la Constitución, pues ella se refiere a la propiedad común, la que goza de un dueño único, exclusivo y excluyente. En los predios que albergan recursos naturales, el Estado puede imponer límites severos porque está ejerciendo su derecho de propiedad sobre los recursos naturales.

De acuerdo a los usos y costumbres del Perú, un proyecto minero nunca sería viable si el derecho para acceder a

los terrenos superficiales en donde se ejecutará el mismo es obtenido a través de una imposición, como lo es la servidumbre minera.

Para cualquier persona es claro que iniciar una negociación sabiendo que ante la inexistencia de un acuerdo existe la posibilidad de que la parte interesada pueda imponer su posición en la vía administrativa genera una inequidad total y una asimetría en la negociación, y por ello este tipo de figuras debería ser limitada en el ordenamiento.

Problemática de coyuntura actual sobre la consulta previa en base a la decisión del Tribunal Constitucional

La licencia social está definida como: la aprobación que da una determinada comunidad a la forma como una persona natural o jurídica desarrolla su actividad extractiva, a diferencia de las licencias otorgadas por el Estado, esta no se rige por ningún documento, ni su logro se refleja en alguna constancia.

Al hablar de comunidad y red de grupos de interés, implica que la licencia no es otorgada solamente por un grupo u organización, sino, por una red de grupos de individuos.

El Tribunal Constitucional emite una sentencia del expediente 003066-2019-PA interpuesto por los representantes de la comunidad Chilla Chambilla y Chilla Pucara, que buscan dejar sin efecto una concesión minera que se estableció en su territorio sin previa consulta, por lo que el Tribunal Constitucional se pronuncia desconociendo el carácter de derecho fundamental a la consulta previa, dejando a los pueblos indígenas sin una herramienta fundamental para su subsistencia, la protección de su cultura y de su territorio. Desde hace tiempo hay intereses económicos, ligados a las empresas extractivas, que han estado detrás de esta norma, y que ahora se ven beneficiados con este fallo. Ante ello manifestamos lo siguiente:

1. En el fundamento 3 de la STC N.º 03066-2019-PA/TC, los magistrados de la Sala 2 del Tribunal Constitucional, se pronuncian contra el derecho a la consulta previa en los siguientes términos: i) el derecho a la consulta previa no está en la Constitución, ii) el derecho a la consulta previa no es un derecho fundamental, iii) el derecho a la consulta no tiene rango constitucional y iv) el derecho a la consulta previa no puede ser protegido a través del amparo.

Ante ello consideramos lo siguiente: Los miembros del Tribunal Constitucional, no tomaron en cuenta los antecedentes y la línea jurisprudencial sobre las maneras de constitucionalizar el derecho internacional, estas son: el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad.

CONVENCIONALIDAD

Como bien se sabe, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, rige en el Perú desde febrero de 1995, el presente convenio en su artículo 6 cita que los gobiernos deberán:

(a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

(b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

(c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15.2 “ En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.”

Claramente se reconoce el derecho a la consulta previa que permite a los grupos étnicos incidir en las decisiones administrativas, legislativas y de otro orden, que puedan afectarles. A través del ejercicio transparente de este mecanismo de participación, se están protegiendo los derechos que tienen las comunidades sobre sus riquezas.

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite tres sentencias paradigmáticas sobre la consulta previa:

1. CASO. Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (2012), la presenta sentencia marca un hito sobre la consulta previa, afirma lo siguiente es sus fundamentos:

165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores

sociales o políticos y terceros interesados.

166. La obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y en general de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de modo que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares

dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas.

2. CASO. Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras (2015), indica que todo plan de desarrollo, inversión, explotación o extracción, en territorios que pertenecen tradicionalmente a los pueblos indígenas y tribales, deben tener primero un proceso adecuado que implique:

- a) Derecho a la participación, es decir, a la consulta previa.
- b) Estudio previo del impacto ambiental y social.
- c) Compartir razonablemente de lo que se pueda sacar provecho de la explotación de recursos naturales.

3. CASO. Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras (2015), sostiene que el estado debe asegurar a los pueblos indígenas y tribales que no sean obviados de cualquier actividad de naturaleza ejecutiva y legislativa, que afecte sus derechos e intereses.

CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional peruano ha construido una línea jurisprudencial a partir de dos jurisprudencias, estas son:

1. Sentencia 0334-2007- PA. CASO. Jaime Hans Bustamante Jhonson más conocido como "Cordillera Escalera", en el fundamento 31 sostiene lo relacionado al convenio 169 OIT.

31. Previamente, debe destacarse que "nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades" (STC N° 0047-2004-AIITC, Fundamento 22). Asimismo, este tribunal ha afirmado que los "tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, ostentan rango constitucional" (STC N° 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N° 169 mediante Resolución Legislativa N° 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del derecho nacional, tal como lo señala el artículo 55 de la Constitución, siendo además

obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

2. Sentencia 0022- 2009- PI/TC. CASO. Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos. En la cual se señala que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que considera cuatro condiciones fundamentales:

-El derecho de consulta como diálogo intercultural, es decir, erradicar aquel tradicional modelo que buscaba la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante, por lo tanto, el diálogo intercultural habla del respeto a las diversas manifestaciones culturales de pueblos indígenas y tribales.

-Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, estas medidas deben tener criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

-El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas, si es que se toma en cuenta otro principio, la decisión va estar a cargo del Estado.

-Elementos que deben caracterizar al derecho de consulta previa: la buena fe, la flexibilidad, el objeto de alcanzar un acuerdo, la transparencia, la implementación previa del proceso de consulta.

Siendo así, la decisión del Tribunal Constitucional además de ser una incoherencia, marca una línea jurisprudencial completamente ambivalente y lo que es peor, representa un retroceso en el logro, reconocimiento, protección y eficacia de los derechos fundamentales que caracteriza a un Estado Constitucional de Derecho.

VI: CONCLUSIÓN

En el Perú, la actividad minera crece de manera acelerada y con la ambición de lograr grandes inversiones, es por ello que se requiere más extensiones de terreno, por lo que la servidumbre minera es la figura correcta en la actual coyuntura económica globalizada que estamos viviendo. La apropiada regulación de la servidumbre minera es

fundamental para evitar o superar conflictos entre el titular de la concesión minera y el propietario o poseedor del terreno superficial. El incluir al poseionario en el proceso de servidumbre minera legal y convencional, evitaría posibles conflictos.

Uno de los problemas que afrontan los concesionarios mineros, y que al Estado le debería preocupar solucionar debido a la importancia de dicha actividad, es que, hoy en día no cuentan con mecanismos legales idóneos y eficientes que les permitan obtener derechos sobre los terrenos superficiales.

Creemos conveniente reiterar la importancia de implementar un marco legal adecuado para fomentar la actividad minera, de manera que esta Nación en general y aquellas poblaciones alejadas, en particular, gocen de los cuantiosos beneficios que trae este "socio estratégico" denominado minería.

Es eminente la necesidad de confeccionar dentro del Ministerio de Energía y Minas un control organizacional más eficaz, que permita un proceso de otorgamiento de

servidumbres mineras más eficaz y corto posible, con un mejor manejo de elementos como por ejemplo la solicitud de acta o escritura pública, peritos, determinación del monto indemnizatorio, que permitan un mejor procedimiento y desarrollo de las atribuciones que competen a los que desempeñan las labores administrativas o directores de ministerios, sin perder de vista además la función principal de velar por las garantías de un debido proceso. En esa línea, se sugiere también que el proceso de otorgamiento de servidumbre minera sea llevado mediante un proceso judicial y no administrativo, ello con la finalidad de salvaguardar el derecho a la propiedad.

Es necesario añadir que la servidumbre minera, en los hechos, no podría ser utilizada para realizar actividades de explotación minera, sea ésta a tajo abierto o subterránea, toda vez que estaríamos ante una expropiación encubierta, ya que una servidumbre para estos fines enervaría totalmente el derecho de propiedad, por lo tanto, sería inconstitucional y por ello, podría ser cuestionada y anulada en la vía judicial.

En ese sentido, también resulta necesario eliminar de nuestra legislación

todos los artículos que hacen referencia a la posibilidad de realizar una expropiación encubierta en caso la servidumbre solicitada enerve el derecho de propiedad, pues como se ha expuesto en el presente ensayo, dicho acto sería inconstitucional.

Como resultado de este trabajo nos permitimos proponer como las propuestas de solución:

-Reconformación de las tierras

En la actualidad se observa que la actividad minera genera cambios irreversibles en los suelos, es por eso que es de vital importancia que al finalizar las operaciones mineras se realice una reconformación de las tierras, esta reconformación debe de realizarse siguiendo un procedimiento especial para que las actividades que se realizaban antes de la servidumbre se sigan realizando, por otro lado, que se realice una fiscalización más rigurosa cumpliendo el procedimiento establecido.

- Justiprecio

La dirección general de tasación en la actualidad realiza el pago de la propiedad en referencia al valor real, sin tomar en cuenta el valor que le puede dar el titular del predio, es por ello que

se pueden alcanzar cifras ínfimas, por eso proponemos un justiprecio, este compensará la pérdida que tendrá el dueño del predio.

- Cambio radical del código minero y la ley general de minería

El abogado Moisés Víctor Mariscal, señala como una propuesta de solución la reforma radical del Código Minero y la Ley General de Minería, esto en razón que en la actual legislación encontramos deficiencias en su aplicación generando perjuicios no solo a los dueños de los predios servidores sino también al mismo Estado. Siguiendo la línea argumentativa añade que para que se genere esta reforma radical es necesario el cambio de la Constitución en el régimen económico

-Participación del estado en la explotación minera

La participación del Estado en la exploración minera es necesaria para que el beneficio colectivo sea mayor, el artículo 70 de la Constitución Política nos dice explícitamente que se puede expropiar administrativamente cuando la actividad a realizarse sea para el beneficio en común, generando el aumento de ingresos al erario nacional y propiciando el desarrollo de los

programas estatales, sin embargo, estas concesiones vienen operando como una empresa ordinaria, no aplicándoles un régimen especial, por ello, ¿el que más se beneficia es el Estado y por ende nosotros?

- Pago de indemnización de daños y perjuicios

Si la actividad minera genera daños irreversibles en el predio servidor, y este privado no puede volver a realizar sus actividades, la empresa minera debe además hacer el pago de una indemnización por daños y perjuicios, esta con el fin de al menos cubrir ese daño causado.

- Participación decisiva en el control de la explotación del material explotable

Es importante señalar que, si se diera la participación del Estado en el control de la producción del material explotado, se tendría una mayor objetividad en la cifra exacta de la cantidad de mineral que se está extrayendo, con estos datos se podría realizar un mejor cobro de impuestos y por ende mayor beneficio en general.

REFERENCIAS

- Avendaño, A. F. (2003). *Noción de la Servidumbre, Servidumbre Legal y Convencional. El Código comentado por los 100 Mejores Especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Carrillo, D. J. (2003). Las servidumbre administrativas; delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico. *Valladolid: Lex Nova*.
- Casas, C. (2017). Conflictos mineros y acuerdos comunitarios: Identificación de mecanismos de retroalimentación. . *Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico*.
- Eguren, N. J. (2009). Propiedad del subsuelo y los recursos naturales en el peru: situaciones y soluciones al conflicto económico y social. *Documento de Trabajo*.
- Gonzales, B. E. (2009). La servidumbre en el Código Civil peruano. *La servidumbre en el Código Civil peruano*.
- Gonzales, L. N. (2007). Derecho Civil Patrimonial-Derechos Reales. *Palestra*.
- Hernandez, G. J. (1993). Reflexiones para una propuesta en materia de concurrencia de acreedores. . *Lus et Veritas*.
- Martinez, A. H. (s.f.). Cometarios sobre la servidumbre en Minería . *Circulo de Derecho Administrativo*.
- Mejorada, C. M. (2003). Los servidumbres en general y las mineras en particular. *El Peruano*.
- Pachas, P. D. (2014). La exploración minera en el Perú: Un breve alcance sobre las principales autorizaciones para el desarrollo de un proyecto de exploración en el Perú. *En Derecho & Sociedades*.

ALCANCES SOBRE LA NORMATIVA QUE PROHÍBE LA HIPOTECA DEL BIEN FUTURO

AUTORES:

VASQUEZ CATUNTA, Diony
divasquezc@est.unap.edu.pe



QUECARA ALEGRE, Pedro Wester
fcondoric@est.unap.edu.pe



CONDORI CHAHUARA, Flor Mavila
fcondoric@est.unap.edu.pe



PAREDES MENDIZABAL, Naomi Anel
naparedesm@est.unap.edu.pe



TICONA ANCCO, Dayana Vanessa
dticonaa@est.unap.edu.pe



OCHOA ARPITA, Marilyn Zhiomara
mochoaa@est.unap.edu.pe



RESUMEN:

La hipoteca de bienes futuros constituye una de las discusiones menos abordadas en el mundo jurídico, partiendo de esta premisa, la importancia de su estudio. Las proyecciones inmobiliarias son la forma más conocida dentro del ámbito de la hipoteca de los bienes futuros. Dada la importancia del sector inmobiliario para la dinamicidad de la economía de nuestro país y región; nuevas modalidades para la adquisición de vivienda se incorporan, una de estas modalidades está asociada a la compra de departamentos aún en planos o parte de un proyecto inmobiliario; que abunda en las grandes ciudades del país y poco a poco empieza a convertirse en una realidad constante en nuestra región y ciudad. Corresponde, entonces, analizar a partir de la doctrina y la dogmática la delimitación conceptual y la viabilidad en su aplicación teórica como práctica, además de la aparente contradicción frente a la prohibición establecida sobre la hipoteca de los bienes futuros regulada en el artículo 1105° del Código Civil del peruano.

Palabras Clave: Normativa, Prohibición de Hipoteca, Bien Futuro.

Abstract: The mortgage of future goods constitutes one of the least approached discussions in the legal world, starting from this premise, the importance of its study. Real estate projections are the best known form within the field of mortgaging future assets. Given the importance of the real estate sector for the dynamism of the economy of our country and region; new modalities for the acquisition of housing are incorporated, one of these modalities is associated with the purchase of apartments still in plans or part of a real estate project; that abounds in the big cities of the country and little by little begins to become a constant reality in our region and city. It corresponds, then, to analyze from the doctrine and the dogmatics the conceptual delimitation and the viability in its theoretical application as a practice, in addition to the apparent contradiction in the face of the prohibition established on the mortgage of future goods regulated in article 1105 of the Peruvian Civil Code.

Key words: Regulations, Mortgage Prohibition, Good Future.

INTRODUCCIÓN

El contexto jurídico peruano de la última década exige que la investigación se vea direccionada hacia la reflexión crítica respecto a nuestro ordenamiento nacional. En ese sentido, el presente ensayo jurídico hace referencia a la

controversia creada a partir de la hipoteca de bienes futuros y la validez de esta garantía real en la jurisdicción peruana. Se evalúa que tan factible es en la práctica actual y que tal viable resulta dentro de la teoría.

La discusión gira entorno a la delimitación conceptual de los bienes futuros, y a la capacidad de la hipoteca, como garantía real, respecto a dichos bienes futuros. Se caracteriza principalmente por determinar la probabilidad de existencia de determinado bien, es allí donde parte la ambigüedad sobre los mal llamados "bienes futuros".

El objetivo del presente ensayo jurídico es analizar esta problemática, precisando y delimitando la concepción que tiene el ordenamiento jurídico respecto al bien futuro; y con ello, poder desentrañar la capacidad que tiene este para ser objetivo de una garantía real en específica: la hipoteca. Debido a que, el problema surge de esta ambigüedad jurídica peruana, que contradice lo establecido en el Código Civil Peruano.

Por ello, él se presentará de manera ordenada y estructurada una aproximación al tema, seguidamente de la doctrina respecto a la hipoteca de un

bien futuro, para luego evaluarla a partir de la dogmática, en consideración de las hipotecas sobre las edificaciones que consten en departamentos; realizando finalmente, y en sentido de conclusiones, una propuesta modificadora del ordenamiento Civil.

PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS HIPOTECAS

En la actualidad, los créditos han permitido acceder a muchos bienes inmuebles con capitales de otros, se refuerza este argumento, citando al Instituto Peruano de Economía que indica lo siguiente: el crédito permite que individuos y empresas se financien para la adquisición de bienes o servicios de consumo o capital que contribuyan en su desarrollo. Este fenómeno denominado como el *boom crediticio*, ha acompañado el crecimiento económico de los últimos años del país.

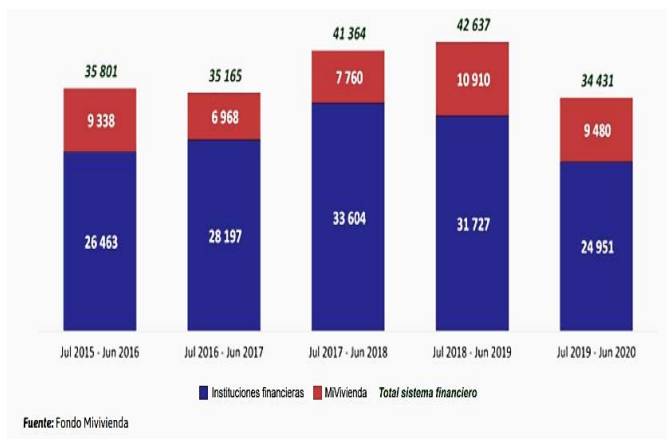
De acuerdo a Banco Central de Reserva del Peru (2021) las hipotecas en el Perú registraron una tasa de crecimiento anual de 3,4 % señalando que esto se debe al aumento anual en los préstamos, referida a la hipoteca en soles que equivale al 5,3 %. Y así se ha venido dando desde un tiempo atrás, un crecimiento de los créditos hipotecarios

mediante el cual se busca reducir las brechas de vivienda en el País.

También es necesario apoyar lo indicado líneas arriba mediante CAPECO (2020) que en su informe económico de la construcción, sostiene que hasta el 2019 le sector había mostrado un importante crecimiento de hasta 13.4 % y respecto a las hipotecas se sabe ente julio del 2019 y julio del 2020 se colocaron 34431 créditos hipotecarios para adquisición de vivienda a través de instituciones del sistema financiero.

Figura 1

Colocación de créditos hipotecarios para vivienda: julio 2015–junio 2020



Claro está que la situación desatada por el contexto sanitario, aún presente, ha hecho un que durante la primera mitad del 2020 es de decrecimiento sin precedentes, sin embargo, durante el último semestre del año en mención y en delante la situación vuelve a tomar

camino. Como menciona el Instituto Peruano de Economía (2021) el sector inmobiliario se encuentra altamente apalancado, es decir, que un proyecto de construcción es financiado por diversas fuentes de deuda; montos iniciales, prestamos e hipotecas.

Esta breve indagación sobre la hipoteca en nuestro país, sirve para establecer un panorama general sobre el tema competente en el presente estudio y su vínculo con el Derecho; por lo tanto, se precisa que la Hipoteca es parte de los Derechos Reales de Garantía y se encuentra regulada entre los artículos 1097 y 1122 de la sección cuarta, del libro V del Código Civil Peruano

DESARROLLO

1. DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Sostiene Álvarez (2017) que los derechos reales de garantía establecen una vinculación pública de un bien al cumplimiento de una obligación, que se puede hacer efectiva mediante la enajenación del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Los derechos reales de garantía regulados en el código civil peruano son

la Hipoteca, anticresis, la garantía mobiliaria.

2. HIPOTECA

La Hipoteca es un derecho real, es por ello que Gonzales (2021) indica que, este se caracteriza por vincular un bien inmueble al cumplimiento de una obligación del propio deudor o de un tercero que asume la posición de garante. Con ello el acreedor tiene la facultad de realizar (ejecutar) el valor del bien como pago, siendo posible incluso que, a través de notas adicionales de persecución de la hipoteca, este pueda actuar sobre los terceros que adquieran algún derecho sobre el bien. La hipoteca requerirá de un proceso de formación sucesiva, es decir, deben de concurrir diversos actos llamados elementos constitutivos. Entiéndase como un derecho real al ser un "poder incorporado" que, sin requerir el control físico, puede ser universalmente eficaz.

La hipoteca, al igual que todos los derechos reales de garantía, es accesoria de una obligación, es decir "(...) está subordinada a la existencia, extensión y extinción del crédito garantizado (...)" (Avendaño, p. 133) porque, al no cumplirse por lo obligado

se afecta la garantía. En tal sentido indica el código civil en su artículo 1097 el inmueble hipotecado queda afectada por garantía de cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. Debido a esto, este derecho real de garantía no es susceptible de incumplimiento.

2.1. Requisitos

Para que la hipoteca sea válida, se necesitan los siguientes requisitos en el artículo 1099 de nuestro actual código de 1984:

1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Siendo necesario en el primer caso que el que tiene el título, que en la mayoría de los casos es el propietario, pero también pudiendo ser otro quien tenga la titularidad. En el segundo y tercer caso es indispensable que ambos se encuentren, si no sería considerado como nulo.

Para Gonzales (2021) los requisitos de la hipoteca son los siguientes:

- A.** Acto jurídico, regido por el principio de formalidad *ad probationem*; de acuerdo a los artículos 1098 y 1121 del Código Civil debe ser mediante la escritura pública o en todo caso de acuerdo a un mandato normativo.
- B.** Acto jurídico otorgado por el propietario; es decir, quien se encuentra con la titularidad del bien, aunque esta titularidad se puede reemplazar con el principio de la buena fe pública registral.
- C.** Acto jurídico que asegure el cumplimiento de una obligación.
- D.** Acto jurídico que establezca un gravamen de cantidad.
- E.** Acto jurídico que se inscriba en el registro de predios.

2.2 ANTECEDENTES

HIPOTECARIOS DEL PERÚ

Eyzaguirre & Calderón (2003) afirman que “el sistema peruano de crédito hipotecario ha venido funcionando desde hace mucho tiempo y sus inicios, de una manera más institucionalizada, se remontan a la creación del Banco Central Hipotecario, en la década del 30,

por iniciativa del Estado” (p. 6). Esta institución tuvo la finalidad de otorgar préstamo sobre bienes inmuebles rústicos como urbanos cuyo adquirente de crédito podría utilizar el bien para cualquier actividad comercial o productiva.

Por consecuencia del crecimiento en masa, de los grupos de familia y de la gran necesidad de vivienda en el Perú a partir de la década de los 50, surgieron los grandes financistas de viviendas; “sosteniendo que se crearon en 1957, las asociaciones mutuales de crédito para vivienda, como asociaciones de derecho privado sin fines de lucro” (Salazar, 2018, p. 22). Empero antes de ese año existieron otros organismos encargados de desarrollar la política habitacional en el país, tales como la Corporación de Vivienda, el Fondo Nacional de Salud y Bienestar Social y las juntas de Obras Públicas y Departamentales. A pesar de la existencia de estos grupos inversores en el financiamiento de viviendas mediante crédito hipotecario, estos no satisfacían la demanda de la gran cantidad de población que buscaba obtener vivienda propia. Siendo afectados, las personas con menores posibilidades de adquirir

una vivienda, personas con ingresos precarios.

A inicios de los años 1960, estos grandes financistas de vivienda se orientaron con una visión proyectista y muy prometedor, con la creación y la adquisición de residencias de vivienda o a la construcción de nuevas viviendas bajo una política de mercado hipotecario, con unas mejores posibilidades de adquisición por parte de los ciudadanos. Franceschini (2012) indica que, en 1962 por iniciativa política de gobierno, el estado crea el banco de vivienda con la finalidad de promover el desarrollo del sistema mutual a través de la colocación de bonos hipotecarios a empresas constructoras. Posteriormente en 1979 se crea él (FONAVI) fondo nacional de vivienda con el fin de entregar viviendas a los contribuyentes. Estas entregas de fondos están ligadas al sistema laboral; es decir el estado empleador realiza el descuento y en el ámbito privado el estado obliga a los empleadores a contribuir por cada uno de sus empleados.

A inicios de los años 80, los recursos obtenidos por los aportadores del Banco Central de Hipoteca, se destinó al otorgamiento de préstamos hipotecarios

para el financiamiento de viviendas, este modelo de financiamiento tuvo realce un corto periodo. Sin embargo, según Salazar (2018) hacia finales de los años 80 por efectos de la recesión y la hiperinflación, la mala política de financiamiento de la vivienda aplicada y el mal manejo administrativo, el sistema entró en una crisis nunca antes vista, que finalmente provocó la disolución de esas instituciones. En consecuencia, en la década de los 90 el saldo de créditos hipotecarios en el Perú era casi nulo. Lo cual ocasionó la carencia de posibilidad de planeamiento financiero.

En los años 1996-1998, la demanda por financiamiento de viviendas real permitió a impulsar la reactivación en el ámbito del crecimiento del crédito hipotecario, principalmente porque en el contexto macroeconómico, se hizo una reforma en las normas del sistema financiero, según (Peláez 2017, p. 20) gracias a ello, "el saldo de créditos hipotecarios pasó de \$33 millones en 1994 a \$1,1 mil millones en 1998". Este financiamiento hipotecario, no alcanzaba a los sectores de ingresos bajos, debido a que el tipo de cambio en créditos hipotecarios se otorgan en dólares lo cual ocasionó para muchos, la desconfianza, riesgos para los

prestatarios; en situaciones de que, estos utilizaban como tipo de cambio el sol peruano.

Según Franceschini (2012) "en los años 2007 a 2010 se dio una creciente reactivación en el ámbito del crédito hipotecario; es por ello que a fines del año 2010 este alcanzó un volumen stock de hipotecas de \$ 4,915 millones, representando el 1.78 % del PBI con un total de 138.000 créditos hipotecarios" (p. 8). Sin embargo, en razón a diferentes circunstancias de la política financiera el crédito hipotecario a inicios del año 2012 al 2015 no ha tenido un desarrollo muy eficiente esto debido a que según las cifras de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. La mayor parte de los créditos hipotecarios son prestados por los bancos comerciales. Por lo consiguiente estos últimos 7 años otras instituciones financieras han incursionado en este segmento. Empero en la actualidad según la cámara de comercio en 2022 el crédito hipotecario en Perú registró un incremento mensual de 0,9% en febrero, con lo cual su tasa de crecimiento interanual se mantuvo en 7,3% en el segundo mes del año, informó el Banco Central de Reserva (BCR). Esta evolución estuvo favorecida

por el aumento interanual de los préstamos hipotecarios en soles, que avanzaron en 10,2%.

2.3. EVOLUCIÓN COMPARATIVA

El análisis comparativo entre Argentina y Perú; en el ámbito del mercado hipotecario Argentino, Chiarello & Fernández (2021) "indica que en el año 2016 este, hace el lanzamiento de la denominada Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), desde aquel entonces la popularidad de los préstamos hipotecarios han ido en aumento"(p. 2)

Según Chiarello & Fernández (2021) desde enero de 2018 a febrero de 2021 la economía de argentina ha registrado una inflación en un 228%. Empero se presume que esto se puede propagar aún más, debido a las irregularidades en la administración por parte del gobierno argentino. En consecuencia, se estima que esta decisión del gobierno podría perjudicar reduciendo aún más el financiamiento hipotecario.

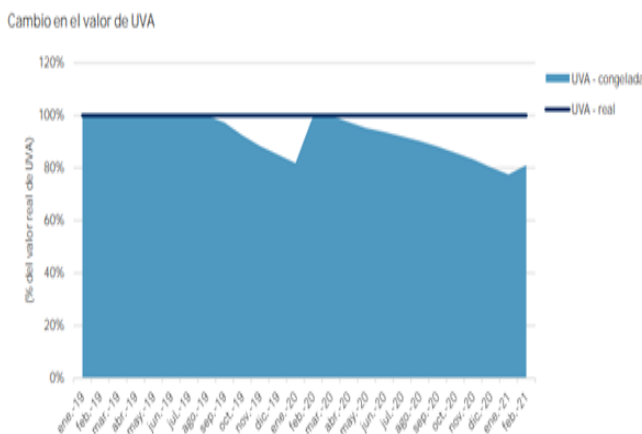
Se data que la reducción hipotecaria también se da por una creciente reducción en salarios, tasas de interés y una significativa reducción en el flujo económico de las principales entidades financieras, esto origina que la

morosidad en el préstamo hipotecario siga manteniendo el mismo porcentaje.

En el año 2019, el gobierno Argentino bajo la política de este y mediante del banco central de la república Argentina, congeló la UVA para implementar nuevas políticas sobre préstamos hipotecarios. Sin embargo Chiarello & Fernández (2021) refieren que “desde él inició el congelamiento de UVA hasta febrero de 2021, el valor de UVA pagado por los deudores, como porcentaje del valor de UVA real, disminuyó con el tiempo a aproximadamente 80%, mientras que la inflación continuó aumentando”. Por lo consiguiente se afirma que, bajo esta política restrictiva, disminuye la morosidad hipotecaria de manera significativa.

Figura 2

Cambio del valor del UVA



Fuente: Mercado hipotecario argentino, S & P global, 21 de abril de 2021.

Según esta figura el congelamiento de la UVA, dio ciertas repercusiones en el valor real de la UVA principalmente en los meses de enero 2020 y enero 2021, esto debido a la intervención del gobierno por circunstancias como la del covid 19.

En el Perú por las políticas monetarias expansivas llevadas a cabo por el BCR, se contribuye que el crédito hipotecario mantiene tasas de crecimiento positivas, a pesar de que hubo mayores restricciones de movilidad para contener la propagación del COVID-19. Empero según El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), mediante

En el Perú por las políticas monetarias expansivas llevadas a cabo por el (BCR), se contribuye que el crédito hipotecario mantiene tasas de crecimiento positivas, a pesar de que hubo mayores restricciones de movilidad para contener la propagación del COVID-19. Empero según el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), mediante Resolución Ministerial N° 296-2020-MEF/15 publicó el Reglamento Operativo del Programa de Garantías COVID-19 para la reprogramación de créditos de consumo, personales, hipotecarios para vivienda, vehiculares y MYPES. En la

cual se menciona que los plazos de reprogramación no pueden exceder los 3 años, y que puede incluir un periodo de gracia; y no puede ser menor a 6 meses para créditos de consumo personal, vehicular, MYPE, y de 9 meses para créditos hipotecarios de vivienda. Esto en garantía de que resultan válidas sólo en la moneda que originó el crédito.

Sin embargo, pese a las difíciles circunstancias de la emergencia sanitaria, ocasionadas por el COVID 19, según la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) indica que gracias al empleo del Sistema de Intermediación Digital (SID-SUNARP) plataforma tecnológica que permite a los notarios realizar el procedimiento de inscripción de manera electrónica, se logró inscribió 23, 488 hipotecas en el ámbito nacional. Esta cifra representa un incremento del 33,25%. Además, adhiere qué son las siguientes, las principales zonas con mayor número registral: Lima (16 846), Piura (968), Arequipa (920), Chiclayo (917) y Trujillo (902) por lo consiguiente estos datos evidencian que hubo una progresiva reactivación económica del sector inmobiliario en las regiones mencionadas.

3. EL CASO DE LOS BIENES FUTUROS REGULADOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Artículo 1106.- Prohibición de hipotecar bienes futuros

No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.

Luego de la exposición sobre la importancia de la hipoteca en nuestro país y haber realizado una indagación histórica del mismo e incluso un análisis comparativo. Llegamos a este punto en el que enfatiza a la realidad una situación no muy bien dilucidada, sobre el que muchos estudiosos del derecho tampoco dejan una posición sentada y definitiva. Aunque vale decir que mucha de la bibliografía que aborda la hipoteca y en especial la "hipoteca sobre bienes futuros" y el tratamiento que nuestro código civil le ha dado en su artículo 1106°, pareciera a todas luces ser rebasada por la realidad, al menos durante estos últimos años. Pues a primera vista podría incluso resultar contradictoria esta afirmación que nuestro código civil la realiza. "Si precisamente el negocio con más actualidad y proyección en el mercado inmobiliario es la compraventa de bienes futuros y las garantías sobre los mismos

para asegurar el financiamiento, ¿cómo se explica una negativa tan contundente?”(Mejorada, 2014, p. 61).

3.1. ¿QUÉ ES UN BIEN FUTURO?

Iniciemos antes definiendo el bien, pues de acuerdo con Avendaño & Avendaño (2017) estos son el objeto de los Derechos Reales, entidades que pueden ser materiales o inmateriales de relevancia para el derecho en cuanto puedan constituir relaciones jurídicas. Son de valor económico y pueden ser enajenados con el fin de satisfacer necesidades.

Nuestro *Código Civil* (1984) hace alusión al bien futuro en sus artículos 1409, 1410, 1534, entre otros. Garate (2019) sostiene que, con bienes futuros se alude a aquellos bienes que no tienen una existencia física, que sin embargo, podrían existir físicamente. Por ejemplo: los departamentos de un edificio, mientras no se encuentren independizados registralmente.

Por otro lado el profesor Günther Gonzales Barrón (2021) nos hace alcance de dos nociones técnicas que comprenden al bien futuro, estos elementos son: dato objetivo y causal. Por dato objetivo; se entiende que son los bienes que no existen en la realidad

material, o en su contrario, que existen, pero carecen de individualidad jurídica por ser partes integrantes (cosa que no existe). Dato causal; son bienes de los cuales se esperan a que lleguen a ser, si las cosas sucediesen normalmente (cosa que ha de existir).

3.2. JUSTIFICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN

Autores como Vega (2016) consideran, en lo referente al término “futuro y eventual” como sinónimos. Empero, Avendaño señala que la diferencia radica en que la “(...) obligación futura está prevista el nacimiento de la prestación futura. En las obligaciones futuras no existen prestaciones aún, pero está previsto que surjan posteriormente en el marco de un contrato que ya existe. Es el caso de la obligación de pagar el precio en un contrato definitivo de compraventa. La relación previa es el compromiso de celebrar el contrato de compraventa definitivo. Por su lado, las obligaciones eventuales al igual que las futuras, gozan de un marco contractual que explica los términos de la eventual prestación, pero no está previsto que surjan necesariamente; pueden surgir o no. Un ejemplo de obligación eventual

es el saldo de una cuenta corriente" (p. 133).

Cabe agregar lo siguiente, el VI Pleno Casatorio Civil se pronuncia sobre este aspecto, en el fundamento 45:

De conformidad con el artículo 1104°, un acreedor podrá asegurar el cumplimiento de cualquier crédito que otorgue en el futuro mediante la constitución de una garantía hipotecaria por parte de su futuro deudor (...) la garantía solo será eficaz una vez que la obligación garantizada llegue a generarse; lo cual implica esperar que la obligación principal sea contraída.

Estableciéndose así dos momentos, primero el negocio jurídico hipotecario; que viene a ser el título de hipoteca, se constituye por escritura pública y se inscribe en el registro de propiedad inmueble; generando una suerte de preferencia, prelación del acreedor frente a una potencial ejecución, su eficacia está supeditado a la existencia del crédito garantizado. Como segundo momento, está la constitución del derecho real de hipoteca, condicionada a que la obligación principal sea contraída; de acuerdo al principio de accesoriedad, y los demás requisitos de

validez de hipoteca del artículo 1099 del C.C., sobre este último Gunter Gonzales y Vega coinciden que las exigencias son aplicadas a los negocios jurídicos hipotecarios y no a la constitución de los derechos reales de garantía, pues estos afectan en la formación para la constitución del derecho de garantía. Caso contrario, no surtirá efectos, debiendo extinguirse o cancelarse.

Sobre los requisitos respecto de la hipoteca, Vega La Rosa (2016) explica:

(...) la categoría jurídica de validez y de eficacia solo están determinados para los actos o negocios jurídicos, en cuanto estos afectan su formación, debiendo el artículo 1099° ser interpretado o entendido de acuerdo al sistema del título y modo, en cuanto el título vendría a ser el acto o negocio jurídico hipotecario, supuesto en el cual si atañe aplicar la validez e invalidez, eficacia e ineficacia; por su parte el modo viene a ser la causa final, esto es lo referente a su inscripción, el cual es un requisito indispensable para el nacimiento de cualquier derecho real de garantía, en este caso, el derecho real de hipoteca, siendo la inscripción

permite hacer oponible el derecho contra cualquier tercero. (p. 6)

De este modo, la existencia del crédito constituye una causal de eficacia para la constitución de la garantía hipotecaria. Sobre esto, el profesor Solís (2014) ha señalado lo siguiente: (...) El derecho real de hipoteca requiere para su nacimiento de la inscripción registral, en este supuesto el registro es constitutivo de acuerdo al sistema de título y modo. Lo que la ley exige en puridad es la inscripción para que se constituya el derecho real, cumpliéndose de esta forma el modo que acompaña al título de constitución (p.141).

Reforzando esta postura de prohibición, Becerra (2020) incide en que al considerarse que una de las condiciones que puede soportar la hipoteca, es justamente la de gravar un bien futuro, conforme a su criterio no es correcto:

“(...) porque se confunde lo que es la *conditio iuris*, con la *conditio negotiae*. La primera hace a la esencia del derecho, es decir, constituye requisito sin el cual no se puede hablar de la existencia del derecho mismo; son de aquellos requisitos básicos para que surja el

derecho; en tanto que la *conditio negotiae*, no es sino la condición a que puede estar sujeto un acto o derecho que ya surgió, como en este caso la hipoteca (condición regulada en los artículos 1105 y 171 Y ss. del Código Civil). El que el gravamen recaiga sobre bien presente (o no futuro), forma parte de la *conditio iuris*, es decir, se trata de un requisito de primer orden sin el cual no hay hipoteca; de lo contrario vulneramos el principio de especialidad. En tal virtud, no cabe decir que la hipoteca acepta la condición de que el bien sea futuro, pues debe quedar claro como ya manifestáremos que no se puede equiparar la figura bajo comentario, a la de la compraventa sobre bien futuro (...). (p. 949)

Asimismo, otro de los impedimentos para la constitución de la hipoteca sobre bienes futuros; de acuerdo a la teoría de la *conditio iuris*, se exige que, como requisito de primer orden, el bien inmueble sea afectado por el propietario o quien este autorizado para ese efecto. La imposibilidad nace en la dificultad de atribuirse el título de “propietario” y los efectos de este; pues incluso en la compraventa de un bien futuro, como es

el caso de las construcciones proyectadas, la misma está sujeta a una condición suspensiva, conforme al artículo 1534 del Código Civil, la cual indica con más atino: "En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia". Esto puede explicarse desde el punto de vista del comprador, aduciéndose que la transferencia de la propiedad se encuentra sujeto a la condición de que el bien llegue a tener existencia. Por lo que, en tanto no exista el bien inmueble, en la realidad de las cosas, el comprador no es dueño de nada, sino tan solo de una expectativa.

Podemos plantear, por consiguiente, que, hasta no verificar la existencia del bien inmueble, no se podrá disponer o hipotecar. Evitando así una situación riesgosa para el acreedor.

3.3 ¿Podrían hipotecarse las edificaciones que consten en departamentos?

La prohibición de hipotecar bienes futuros, según menciona el autor Gonzales (2021) "(...) recae sobre el derecho de real de garantía mas no, en el contrato de hipoteca del bien futuro" (p. 600). Por ello la prohibición no es

sobre el título-hipoteca; pues conforme a la normativa del contrato, se admite que el objeto pueda ser determinable o determinado.

Sin embargo, debemos incidir sobre uno de los temas que en la práctica inmobiliaria usualmente se le identifica como bienes futuros; hablamos de las unidades inmobiliarias proyectadas en un edificio en construcción. Existen autores como Gonzales (2021), el cual indica, que realmente no estamos ante bienes futuros absolutos, sino de bienes en transformación, sosteniendo lo siguiente:

"(...) las unidades proyectadas no son entidades puramente ideales, pues ya cuentan con base física objetiva que es el suelo, en cuanto el edificio por construirse lo necesita para efectos de asentamiento, por tanto, aunque las unidades no tienen existencia real, sin embargo, el suelo ya constituye su necesario soporte físico, lo cual se ratifica porque el titular de la sección proyectada ya es cotitular del suelo" (p. 600).

Entonces al contar con el espacio físico actual, presente, existente, añade Gonzales, permite su inscripción y

extensión a su parte proyectada supeditado a su existencia.

En ese marco, se resume, las siguientes posturas: no son bienes futuros, sino bienes en germen, segundo, las proyecciones son partes integrantes de la hipoteca la cual recae sobre el bien inmueble (suelo).

Sobre ello, en la Resolución De La Superintendencia Nacional De Los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN, se realiza una necesaria distinción de dos hipótesis aparentemente iguales: Así pues, una cosa es hipotecar el terreno y, con ello, gravar todo lo que se le incorpore, especialmente las construcciones, e incluso si luego el edificio se divide en varias fracciones, cada una de ellas mantiene la hipoteca primigenia (primera hipótesis), y otra cosa es hipotecar una de las fracciones del edificio meramente proyectado o en estado de construcción, o gravar todas las fracciones pero con hipotecas distintas, sin que una afecte a la otra, de tal suerte que cada una de esas fracciones o unidades, goce de unidad jurídica para todos los efectos, incluyendo la posibilidad de constituir una hipoteca en forma separada al resto del edificio. En el primer ejemplo se

hipoteca el predio y todas sus partes integrantes; en el segundo ejemplo, por el contrario, se hipoteca una fracción del predio, siendo que esa fracción no tiene realidad física completa pues el edificio no está iniciado o no está concluido.

Sobre el último supuesto; dicha fracción proyectada, es un bien futuro que no tienen existencia real y presente, pero si base objetiva existente. Sobre la cual recae la prohibición de hipotecar bienes futuros, y la exigencia de que los bienes sean específicamente determinados.

En contraposición a la normativa (prohibición de hipotecar sobre bienes futuros) del Código Civil, la resolución N° 340-2008-SUNARP-SN, establece en el inciso 5, artículo 19 lo siguiente:

“Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre las unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto estas tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de predeclaratoria de fábrica.

Una vez culminada la edificación, la inscripción se convierte automáticamente en definitiva.

En caso de que no se culmine la edificación y se cancelen las partidas independizadas de las unidades proyectadas, las inscripciones efectuadas en éstas se trasladan a la partida del predio matriz, en el porcentaje que corresponda según la participación en las zonas comunes que se le había asignado. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del citado porcentaje.

Frente a la aparente contradicción, se incide que el fundamento de esta normativa, conforme a la resolución citada es que las unidades inmobiliarias o los departamentos meramente proyectados o en curso de ejecución, pueden ser objeto de división material antes de culminar la construcción, ya que el punto decisivo no es éste (que no es relevante para la existencia física del predio), sino la voluntad del propietario en la delimitación horizontal o vertical de las distintas fracciones, pues se trata de un tema simplemente convencional o artificial, pero siempre que exista un elemento objetivo al cual remitir en última instancia la citada delimitación. en tal sentido, las unidades inmobiliarias proyectadas sí cuentan con esa base física objetiva, que no es sino el suelo

sobre el que necesariamente deben asentarse. así pues, aun cuando los departamentos futuros no existan, siempre existe el suelo que constituye el soporte físico de dichos departamentos; ello se ratifica si tenemos en cuenta que el titular de la unidad inmobiliaria en construcción ya es "cotitular" del suelo sobre el que se asentará el edificio, según el estatuto normativo del régimen de propiedad exclusiva y común, y por tanto la hipoteca no recae sobre un bien futuro (por lo menos, no totalmente), sino sobre un objeto complejo: una parte que ya tiene realidad física (suelo) y otra parte proyectada; en tal caso, la hipoteca puede existir ya sobre la parte real, sin perjuicio de extenderse sobre la parte proyectada cuando ésta también exista. PERLINGIERI y CALONGE hablan de las "cosas impropias o parcialmente futuras", esto es, de aquellas que ya existen en germen y, por ende, no puede aplicarse en estricto la categoría de los bienes futuros, pues en tal caso se desnaturalizaría la regulación del elemento objetivo que ya existe *in natura*. Esta postura dogmática se encuentra, además, conforme con la finalidad que modernamente pretenden las legislaciones de edificaciones, cuál es, tutelar la posición del adquirente.

4. ¿MODIFICATORIA DE LA NORMA?

Por el momento, se considera que las proyecciones, son bienes futuros no absolutos, específicamente bienes en transformación, las cuales poseen una base material objetiva. La explicación cobra coherencia al diferenciar dos figuras jurídicas que no pueden ser equiparables; un tratamiento distinto sobre los bienes inmuebles futuros, por un lado, es aquel que se le da en la compraventa de un bien futuro (permitido) y por otro lado, las hipotecas sobre bienes futuros (prohibido). En la compraventa los bienes futuros son susceptibles de venta, “estos bienes son inexistentes, *in rerum natura* (en la realidad, en la naturaleza de las cosas) al momento de celebrarse el contrato. Sin embargo, se admite que los bienes estén en germen (...)” (De la Puente, 1997, p. 92). Se trata de bienes en transformación, pues la misma norma establece, según el artículo 1532 “pueden venderse los bienes inexistentes o que pueden existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación (...)” Por otra parte, la hipoteca no puede recaer sobre bienes futuros, pues de lo contrario se atentaría contra el carácter de especialidad y el artículo 1100 del

C.C., el cual exige que la hipoteca deba recaer sobre bienes específicamente determinados.

No obstante, como ya se mencionó líneas arriba “la prohibición no es sobre el contrato de hipoteca”. De este modo si se puede afectar el bien inmueble en transformación, la cual tiene un correlato con él predio matriz y cuyas proyecciones se encuentran en planos, por lo que es posible constituir un contrato de hipoteca, sobre un bien determinable.

4.1. VENTAJAS DEL CONSUMIDOR

En principio, “Permite institucionalizar en forma bancaria la “compra en pozo”” (Franceschini, 2012, p. 15). La compra en pozo es conocida como una compra previa a la creación o constitución completa de un bien. Esta modalidad de venta se realiza usualmente con la compra en bienes inmuebles como casas o edificios en construcción. Para ello, es necesario que la constitución del bien tenga un alto porcentaje de certeza de su existencia futura. En este sentido, es usual que el consumidor invierta en empresas desarrolladoras con propuestas de inversión en pozo. Se debe entender que un proyecto en pozo “Es (...) una pre-venta que sale al

mercado una vez que están los planos aprobados. (...) invertir en pozo consiste en comprar un apartamento antes de que esté 100% concluido” (Cardozo, 2020). De acuerdo con esta forma o modalidad bancaria de venta las principales ventajas que brindan son: el ahorro, la rentabilidad y el beneficio a largo plazo; si bien es una modalidad de venta que está en crecimiento en nuestro país, ya existen diversas entidades financieras que ofrecen préstamos para inversiones en pozo. Entonces, la institucionalización en forma bancaria a la compra en pozo, permite que diversas personas naturales tengan una oportunidad más segura y con beneficios a largo plazo para conseguir una vivienda.

Por otro lado, diferentes entidades financieras ofrecen hasta el 90% de financiamiento de una vivienda, además de diversas tasas de interés y plazos flexibles; que le permiten a cualquier persona natural que acredite un adecuado historial crediticio y que cumpla con los requisitos determinados en cada entidad financiera, a acceder a un crédito hipotecario seguro, por lo que “No es necesario contar con un gran ahorro para acceder al crédito hipotecario, solo basta contar con el

10% del valor del inmueble.” (Franceschini, 2012, p. 15). Lo que facilita el acceso a un crédito seguro que hace posible que la persona cuente con recursos monetarios que puede necesitar para cubrir sus necesidades de vida o para invertir y destinarlos a beneficios a largo plazo.

Como tercer punto, “El consumidor final accede al crédito hipotecario desde el mismo momento de celebrar el acuerdo con el banco” (Franceschini, 2012, p. 15), una de las mayores ventajas que ofrece la hipoteca del bien futuro es que con la compra ya realizada y sin la necesidad de la existencia presente del bien, este ya puede ser objeto de hipoteca; por lo que, quien desee obtener un crédito hipotecario podrá contar con los beneficios económicos desde mucho antes incluso de la constitución del bien que entrega en hipoteca.

4.2. VENTAJAS DEL EMPRENDEDOR

El “*Compromiso de Hipoteca Futura*” permite que el crédito hipotecario tenga vigencia antes de que el inmueble esté construido y con las inscripciones reglamentarias con la hipoteca tradicional no es posible.

CONCLUSIÓN

1. En una primera aproximación a la prohibición de la hipoteca de los bienes futuros; Si bien es cierto, inicialmente al hacerse mención del bien futuro se podría creer que, es aquel que no tiene propietario y sobre el que no sería posible determinar específicamente el inmueble en cual recaería la hipoteca. Esta prohibición hoy resulta una débil regulación del artículo 1106° de nuestro Código Civil, pues de esa manera tan solamente se está faltando a la realidad; familias, financieras y proyectos inmobiliarios que en cierto punto quedan desconcertados sobre la aplicabilidad de esta norma, recurren a directivas e interpretaciones que contravienen el propio ordenamiento Jurídico.
2. La Directiva N°002-2003-SUNARP/SN establece normas que acogen la inscripción de los contratos de compraventa de viviendas en proceso de construcción o en planos, mediante el financiamiento de terceros, este primer intento de perfeccionar la hipoteca mediante su inscripción. Mas el añadido de obligar al Registrador de extender de oficio la hipoteca legal o la hipoteca

convencional que grave los bienes enajenados cuando lleguen a existir. Solamente logró chocar con la prohibición del artículo 1106°.

3. La Directiva N°009-2008-SUNARP/SN en su numeral 5.19 sostiene lo siguiente:

"Es procedente inscribir actos de disposición e hipotecas sobre unidades inmobiliarias proyectadas, en tanto tienen un correlato físico en el suelo del predio matriz, siempre que se inscriba previa o simultáneamente el acto de pre declaratoria de fábrica.

Una vez culminada la edificación, la inscripción se convierte automáticamente, en definitiva.

En caso no se culmine la edificación y se cancelen las partidas independizadas de las unidades proyectadas, las inscripciones efectuadas en éstas de trasladan a la partida del predio matriz, en el porcentaje que corresponda según la participación en las zonas comunes que se le habían asignado. Este traslado se realiza en forma automática y simultáneamente con la asignación del citado porcentaje".

4. De la norma antes citada, se puede apreciar claramente una contradicción a lo expresado en el 1106 del Cc. Entendiéndose que los actos inscribibles no pueden crearse por una directiva, sino por una Ley.
5. Para referencia y alcance de una solución puede tomarse el caso argentino, en el cual el *Código Civil y Comercial* (2014), en su artículo 2071 indica lo siguiente;

"Seguro obligatorio. Para poder celebrar contratos sobre unidades construidas o proyectadas bajo el régimen de propiedad horizontal, el titular del dominio del inmueble debe constituir un seguro a favor del adquirente, para el riesgo del fracaso de la operación de acuerdo a lo convenido por cualquier razón, y cuya cobertura comprenda el reintegro de las cuotas abonadas con más un interés retributivo o, en su caso, la liberación de todos los gravámenes que el adquirente no asume en el contrato preliminar. El incumplimiento de la obligación impuesta en este artículo priva al titular del dominio de todo derecho contra el adquirente a menos que cumpla íntegramente con sus obligaciones, pero no priva al

adquirente de sus derechos contra el enajenante."

6. En base a Franceschini (2012) y su estudio de la problemática en la regulación de la hipoteca de los bienes futuros y su propuesta para la modificación en la legislación argentina. Tomamos el atrevimiento de emular su intento.

NUESTRA PROPUESTA

ACTUAL
<p>Artículo 1106.- Prohibición de hipotecar bienes futuros No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.</p>
REFORMA
<p>Artículo 1106.- Prohibición de hipotecar bienes futuros No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros, salvo los bienes que estén el germen.</p>

7. Por otro lado, para darle respuesta a la incertidumbre que puede llevar superar lo dicho en el Artículo 1106 de nuestro código Civil, pueden aplicarse dos alternativas; PRIMERO hacer de las hipotecas sujetas a condición suspensiva que está recogida en el artículo 1105 del Código Civil. SEGUNDO, implementar una obligación a las inmobiliarias de contratar seguros que permitan garantizar la existencia de sus proyectos.

REFERENCIAS

- Álvarez, J. A. (2017). *Derechos Reales*. Instituto Pacífico. https://www.uba.ar/archivos_secyt/im age/Ley 26994.pdf
- Avendaño, J., & Avendaño, F. (2017). *Derechos Reales*. Pontifica universidad Católica del Perú.
- Banco Central de Reserva del Peru. (2021). *Reporte de estabilidad financiera*. Banco Central de Reserva del Perú.
- Becerra, M. (2020). *Código Civil Comentado - Tomo V: Vol. V* (Cuarta Edi). Gaceta Jurídica.
- CAPECO. (2020). Construcción en el 2020: Desafíos y oportunidades para reactivarla. En *Informe Económico de la Construcción* (Vol. 32, Número Agosto). CAPECO.
- Cardozo, R. (2020). *¿Cuáles son las ventajas de invertir en pozo?. BBVA Creando Oportunidades*. <https://www.bbva.com/es/py/cuales-son-las-ventajas-de-invertir-en-pozo/>
- Chiarello, F., & Fernández, D. (2021). *Mercado hipotecario argentino puede estar condenado a repetir la historia*. 55(11), 1–5.
- Código Civil*. (1984). Diario Oficial el Peruano.
- Código Civil y Comercial*. (2014). Uiversidad de Buenos Aires.
- Eyzaguirre, H., & Calderón, C. (2003). *El mercado de crédito hipotecario de Perú*. Banco Interamericano de Desarrollo. <http://publications.iadb.org/handle/11319/3790?locale-attribute=en>
- Franceschini, J. (2012). " *La Hipoteca de Bien Futuro " Una propuesta de modificación del mercado crediticio*. 1–21. directormdi@cia.org.ar
- Garate, L. (2019). Hipotecas sobre bienes futuros: regulación y problemas frente al mercado inmobiliario peruano" [Pontficia Universidad Catolica del Perú]. En *Pontificia Universidad Católica del Perú*. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10153>
- Gonzales, G. (2021). *Tratado de Derechos Reales* (Cuarta Edi). Jurista Editores.
- Instituto Peruano de Economía. (2021). *CRÉDITOS HIPOTECARIOS: ¿CUÁNTO CUESTA LA INCERTIDUMBRE?* <https://www.ipe.org.pe/portal/creditos-hipotecarios-cuanto-cuesta-la-incertidumbre/>
- Mejorada, M. (2014). Hipoteca sobre bienes futuros. *Forseti*.

Peláez Tejada, A. (2017). El financiamiento hipotecario y los precios de las viviendas en el Perú: una aplicación a Lima Metropolitana 2001 - 2015 [Universidad de Ciencias Empresariales]. En *Repositorio Institucional - USIL*.
directormdi@cia.org.ar

Salazar, D. (2018). *Evaluación de la Gestión en otorgamiento de Crédito hipotecario en el BCP oficina Chiclayo y su impacto en la Rentabilidad del 2015 - 2016*.
http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1131/1/TL_GilBancallanLuisOrlando.pdf

Solís, M. (2014). *aceta civil y procesal civil registral-notarial Tomo 18*. Gaceta Jurídica.

Vega La Rosa, J. (2016). *La obligación futura o eventual en la constitución de hipoteca*. Vox Juris.

EL DECÁLOGO DEL ABOGADO, DE EDUARDO J. COUTURE (1904-1962)

1° Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2° Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

3° Trabaja. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4° Lucha. Tu deber es luchar por el Derecho; pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5° Sé leal. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que no es digno de ti. Leal para con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas.

6° Tolera. Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7° Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8° Ten fe. Ten fe en el Derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del Derecho; en la paz, como substitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo ten fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni justicia, ni paz.

9° Olvida. La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10° Ama tu profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.