

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

METODO DE CASO JURÍDICO

"OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD FRENTE AL EMBARGO INSCRITA EN LA TERCERIA DE DOMINIO" CASACION N° 3671-2014 LIMA.

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

AUTOR : LICAS YARASCA, Erica Roxana.

ASESOR : RIOJA BERMÚDEZ, Alexander.

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú

2017

PAGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de caso jurídico) sustentada en acto público en la ciudad de Iquitos, a las 18:00 horas del día Miércoles 02 del mes de agosto del año 2017, en la facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, Identificado por el Jurado calificador y dictaminador siguiente:

Dr. Roger A. Cabrera Paredes
PRESIDENTE DEL JURADO

Abog. Nestor Fernandez Hernandez
MIEMBRO DEL JURADO

Abog. Thamer López Macedo
MIEMBRO DEL JURADO

Abog. Alexander Rioja Bermúdez
ASESOR

DEDICATORIA

A **Dios** por ser **EL** quien siempre guía el camino que recorremos en nuestra vida personal y profesional.

A mis **padres** por darme la vida, a mis **hermanos** por su apoyo incondicional en todos estos años, a los que fueron mis **maestros** en el transcurso de toda mi vida académica.

A esta **linda ciudad de Iquitos y a su gente** acogedora y alegre, que hicieron de mi vida llevadera, transformándola en una más útil y feliz.

La Autora

AGRADECIMIENTO

A la "**UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ**" por ser el Crisol del saber que me dio la oportunidad de aprender para servir.

A los Profesores del Programa de Suficiencia Profesional, por brindarme sus conocimientos, experiencias y sobre todo por darme las pautas necesarias y todo su tiempo para realizar el presente trabajo de investigación.

A mis compañeros del Programa de Suficiencia Profesional, por brindarme su apoyo y amistad.

La Autora

FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 18:00 horas del día Miercoles 02 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

ERICA ROXANA LICAS YARASCA

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema "**Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrita en la Terceria de Dominio. Casación N° 3671-2014 Lima**"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Dominio del Tema	4	4	4	
Calidad de redacción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	4	4	4	
Calidad de las respuestas	4	4	4	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	18	18	18	

Calificación final (en letras) ..... DIECIOCHO .....

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Optima	4

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES ..... (Firma)

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ ..... (Firma)

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO ..... (Firma)

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
PAGINA DE APROBACIÓN	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ACTA DE SUSTENTACION	
RESUMEN	vi
CAPÍTULO I	
Introducción	01
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Teórico Referencial	
2.1.1. Antecedentes del Estudio	03-15
2.1.2. Definiciones Técnicas	16-89
2.2. Objetivos	91
2.2.1. Objetivo general	91
2.2.2. Objetivos específicos	92
2.3. Variables	92
2.3.1 Identificación de las variables	92
2.4. Supuestos	92
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	93
3.2. Muestra	93
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	93
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	93
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	93
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	93

CAPÍTULO IV
Resultados 94-97

CAPÍTULO V
Discusión 98-100

CAPÍTULO VI
Conclusiones 101-102

CAPÍTULO VII
Recomendaciones 103

CAPÍTULO VIII
Bibliográficas 104-108

CAPÍTULO IX
Anexos
Anexo N° 01: Matriz de consistencia
Anexo N° 02: Casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: "Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio".

RESUMEN

El presente caso trata de la contraposición de derechos subjetivos de distinta naturaleza, (derecho real vs derecho personal); viendo afectado su derecho la codemandada interpone recurso de casación, recurso que sirvió para que se dilucide el problema de fondo que contienen los procesos de tercería (oponibilidad de derechos). **Objetivos**: el objetivo general, es el de analizar la Casación, a fin de conocer cuáles son las implicancias del caso y el razonamiento jurídico que el PLENO emplea para resolver este conflicto jurídico. **Material y Métodos** se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra de estudio consistente en la Casación N° 3671-2014 LIMA Sétimo Pleno Casatorio: "Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio", a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto. **Resultados,** se declaró infundada la casación interpuesta por Jesús Esther Tambini Miranda contrala Sentencia de Vista, en razón a los siguientes fundamentos: Que el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de la norma aplicable al caso concreto, en el presente caso no se evidencia aquello, ya que cuando el segundo párrafo del Art. 2022° alude a "derecho común" en él se expresa la voluntad del legislador por no adoptar el criterio registral; respecto a las otras normas invocadas por la recurrente se debe indicar que no son normas que tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación no resulta pertinente al caso. Se declara como precedentes vinculantes lo siguiente: 1.- El derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo. 2.-El juez de primera instancia, de oficio, una vez admitida la demanda, velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista; para lo cual podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a fin de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma. 3.-Si el notario, juez o funcionario no reconoce la autenticidad de la certificación del documento del tercerista, la demanda deberá declararse Infundada, expidiéndose las copias certificadas al Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones. **Conclusión,** se produce la oponibilidad del derecho de propiedad frente al embargo inscrito, siempre que se demuestre antigüedad del título de adquisición con fecha cierta.

PALABRAS CLAVES: derecho de propiedad no inscrito, derecho de crédito (Embargo inscrito), tercería, oponibilidad.

CAPÍTULO I
INTRODUCCIÓN

La economía de libre mercado, ha traído como consecuencia una fluidez impresionante del tráfico jurídico y con ello una serie de inconvenientes provenientes de la regulación imprecisa respecto de situaciones jurídicas que se ven contrapuestas (derecho de propiedad vs derecho de crédito); una vez éstas se encuentren en una etapa patológica; por lo cual actualmente se encuentran bajo un matiz de inseguridad. **Planteamiento del problema**: en este caso es determinar, si nuestro Sistema Jurídico ofrece una adecuada solución sustantiva a este conflicto jurídico (propiedad no inscrita frente al embargo inscrito), ya que el CPC, sí, nos brinda un adecuado mecanismo procesal (tercería) para accionar cuando se presenta este problema.

En nuestro país, existe **Antecedentes** muy controvertidos al modo en que se resolvía esta problemática, a lo largo de estos últimos años, ya quelas decisiones de los juzgados y aun mas de la misma Corte Suprema, se mostraban sin un criterio uniforme respecto al tema, pues algunas veces se prefería a la propiedad no inscrita y otras al derecho de crédito (embargo en forma de inscripción) fundamentando imprecisamente la *ratio decidendi,* por la interpretación sin criterio uniforme que existía del segundo párrafo del Art. 2022 del Código Civil. **Importancia:** La importancia del tema radica, en que en la actualidad se nos presenta la escasez de materias primas y recursos naturales, por lo cual se precisa el aprovechamiento perfecto de los recursos, dentro de éstos se encuentra la propiedad en sentido lato, para que el propietario pueda tener la “seguridad” de que en el tráfico jurídico su inversión no se perderá y en caso de producirse amenaza o vulneración de su derecho, precisa de un marco jurídico claro y preciso, que le permita solicitar tutela y protección adecuada, que le sirva para “garantizar” la inversión que realice en cualquier actividad que encierra el tráfico jurídico; en el caso analizado vemos que se crea un matiz de incertidumbre en la solución ofrecida, respecto a la contraposición del derecho de propiedad y el derecho de crédito; esto no es bueno para nuestro país porque todo ello repercute en el crecimiento económico. Ante esto también se evidencia una transgresión al contrato social realizado entre el Estado Peruano y sus miembros, en relación a los derechos y deberes que todos sus miembros admiten; como así también la existencia de una autoridad, de normas morales y leyes a las que se someten, por lo que no es lógico que los conflictos jurídicos, tengan soluciones imprecisas, mas aun cuando la misión del Derecho es armonizar la convivencia de sus

miembros, logrando además con ello, preservar una dinámica social de mercado(tráfico jurídico) dentro de un marco normativo que brinde oportunidad de protección a todos los derechos en conflicto, por igual, cuando así éstos lo requieran, lográndose como fin último la paz social, el orden público y la seguridad jurídica.

Por estas **razones** que motivan este estudio, se deja establecido que para que se produzca la oponibilidad del derecho del tercerista frente al derecho del acreedor embargante, dicho derecho real debe quedar acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo. Se deja establecido que no hay una preferencia o oponibilidad que se incline sin más, por alguno de los derechos, sino que hay un razonamiento claro que establece requisitos mínimos para ser favorecido en una tercería, tanto así al demandante como al demandado.

Por lo que el **objetivo general** a investigar es sobre la oponibilidad en la tercería, que contiene un conflicto de derechos sustantivos (el derecho de propiedad y derecho de crédito), tratando de entender la naturaleza de ambos derechos y sus respectivos alcances. El **objetivo específico,** es dar alcances válidos que coadyuven a disminuir esta clase de conflictos y también evidenciar si existen falencias en nuestro Sistema Jurídico, respecto a la transferencia de la titularidad del bien, la buena fé, la naturaleza de los embargos en forma de inscripción.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL.

2.1.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO: VII PLENO CASATORIO CIVIL: ANALISIS Y COMENTARIOS

JULIO POZO SÁNCHEZ (2015), nos trae algunas breves ideas y consideraciones en la decisión tomada por la CSJ:

- Este autor muestra su conformidad con la convocatoria al VII Pleno, porque dice existía una necesidad por las incontables sentencias que resolvían de manera contradictoria respecto a la oponibilidad discutida en los procesos de tercería, donde se enfrentan la propiedad no inscrita y el embargo inscrito. Sin duda que el ejercicio de la función jurisdiccional, dícese de los jueces, está muy venida a menos, dado que conociendo de antemano el sentido que tenía la normatividad del Art. 2022° segundo párrafo, por la exposición de motivos del código civil respecto de este artículo y en el entendido de que el Juez es el conocedor del derecho, no se entiende, cómo es que pudo haber estas contradicciones en las sentencias (en los casos que tenían las mismas premisas de hechos); es intolerable. Concordamos con la opinión del entendido en la materia Juan Monroy, que en su intervención como amicus curiae en el Pleno, dijo que este caso no debió ser materia de un pleno (por tener un alcance general), ya que la tercería es un mecanismo procesal que tiene por finalidad liberar el bien embargado indebidamente, por lo que desde los requisitos para su admisibilidad, se señala que el tercerista debe prima facie, acreditar su titularidad, esa es toda su naturaleza. Ello no quita que en su trasfondo se discuta intereses contrapuestos que deberán ser acreditados con los medios probatorios pertinentes en el proceso, para obtener sentencia favorable.
- Como ya se dijo líneas arriba la solución que el legislador ha señalado para solucionar conflictos de distinta naturaleza, como es el caso de las tercerías con derecho de propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, es el segundo párrafo Art. 2022° (aplica simplemente la oponibilidad) y el comentarista así lo reconoce también, pero critica el hecho de que no se haya tomado en cuenta lo que para él,

también resulta como norma aplicable para resolver este conflicto, como lo es el artículo 70 de la Constitución, las normas del Código Procesal Civil, otros artículos del código civil como el Art. 1135, 1708, 2012, 2013, 2016 y 2023. Luego señala que tampoco se ha tomado en cuenta la naturaleza real que ostenta el embargo en forma de inscripción. Debemos precisar en primer lugar que el pleno Casatorio, si ha tomado en cuenta la normativa constitucional en particular el Art. 70 de la constitución (y otros artículos que específicamente protegen al derecho de crédito) y además se añadió el Art. 21 de la convención interamericana de los derechos humanos, que tienden a la protección de ambos derechos en el concepto amplio que se tiene de propiedad; nuestra opinión respecto a los otras normativas de carácter civil y procesal civil que no se tomaron en cuenta, es que solo servirían para enredar el tema en un sinfín de soluciones, cuando hay una solución brindada por el legislador precisamente para este conflicto, que puede ser criticable, pero no debe ser desdeñada de por sí; sobre la naturaleza real del embargo inscrito, creemos que el comentarista es muy simplista al hacer esa afirmación, ya que de la doctrina se tiene que el embargo inscrito, si tiene una naturaleza real, pero esto es un plano procesal y no puede extenderse más allá, al punto de querer compararlo con el derecho real propiamente dicho, teniendo en cuenta que la inscripción no altera la naturaleza del derecho inscrito.

- Se hace mención de que hubo posiciones eclécticas (aquellas que postulaban una solución intermedia) y que las mismas no tuvieron cabida, precisando a su parecer, que es correcto, pues señala se corría el riesgo de que el Pleno sea “inservible”. En realidad no se trata de brindar soluciones al gusto de los justiciables, sino de ajustarse a lo establecido por la normatividad vigente, dejando a salvo claro está, que la solución brindada, produzca la menor afectación posible sobre quien resulte como la parte vencida, pues como bien es sabido las sentencias del órgano jurisdiccional deben tener un grado de persuasión, tendientes a fortalecer las relaciones sociales y la convivencia.
- Del análisis que realiza el comentarista nos dice que según la CSJ, cuando se habla como solución del conflicto al “derecho común”, debe entenderse éste como no incluyente de las reglas registrales, que por ser especializadas son ajenas al derecho común. Debemos señalar que como lo ha previsto el legislador y como la doctrina lo afirma, que al tenerse en cuenta que nuestro sistema de transferencia

de la propiedad es el consensual, no se tuvo más alternativa que ofrecer una solución fuera del registro, para no caer en injusticia.

- El comentarista nos alcanza lo dicho por Fort Ninamancco un defensor del derecho de crédito, Amicus Curiae del VII Pleno, parafraseándolo nos dice que: “al final del día lo que importa no es qué posición se adopte, sino que se adopte con la debida fundamentación”; al igual que el comentarista se adhiere, nosotros lo hacemos pero solo en lo que se refiere a la fundamentación que se debe tener presente en toda clase de sentencias; y respecto a que si el pleno estuvo bien fundamentado, nosotros creemos que sí lo estuvo, porque lo que se discutía era la cuestión de fondo que encierran los procesos de tercería. Pero cabe resaltar que este Pleno Casatorio ha servido para traer a colación si se persiste con la clásica división de derechos: reales (absolutos) y personales (relativos); y además de ello la función que tiene el derecho registral en nuestro Ordenamiento Jurídico.

- El comentarista nos trae a colación el voto singular de la Magistrada Carmen Martínez Maraví, y la solución propuesta para este problema señalando que: “las normas del derecho sustantivo deben interpretarse también de manera sistemática con las normas del derecho procesal”, agregando además que la magistrada afirma que: "a nivel del derecho procesal civil el argumento de que solamente pueden afectarse los bienes del deudor y no de un tercero extraño a la relación jurídica obligatoria se refuerza, por lo que no cabe embargos sobre bienes que no pertenezcan al deudor u obligado"; creemos que la magistrada tuvo la mejor de las intenciones al respecto, pero de lo que se trata es de especificar en concreto, cual es la normativa aplicable a esta situación jurídica, por lo que la solución que ofrece la magistrada puede ser más para hacer una análisis doctrinario, pero no sirve como una solución y fundamentación del tema tratado en el Pleno. Se debe tener presente que la solución brindada por el legislador fue sustantiva, en razón a los derechos subjetivos que se contraponen y no puede ser que la norma procesal solucione el problema, puede si, servirnos como referencia, mas no puede ser determinante, pues debemos sujetarnos a lo establecido por el legislador.

JIMMY RONQUILLO PASCUAL (2015), nos señala que:

- Según el comentarista nos dice que el Art. 2022° segundo párrafo, fue pura creatividad de nuestros legisladores de 1984, pues dice que no tiene precedentes normativos, ni ha sido importada de algún sistema jurídico foráneo; de lo cual podemos decir que de nuestras investigaciones no hemos encontrado tal afirmación en otros autores, por lo que queda en duda su afirmación. Además señala que debió haberse hecho un estudio histórico de la jurisprudencia posterior a 1888 respecto al tema, en razón a la creación del registro de la propiedad Inmueble, para saber cómo se resolvía en aquellos tiempos. Creemos que el comentarista tiene tendencia a investigar todo desde sus inicios, lo cual es positivo como trabajo académico, pero no creemos que sea transcendente para el análisis y fundamentación de un Pleno, no descartamos la importancia del estudio de los antecedentes de un tema, a manera referencial y académica.
- El comentarista señala que en el pleno se señala como razonamiento de solución del problema, "…la fecha cierta en que se adquirió la propiedad". Una vez presentado el documento que acredita la propiedad, la misma norma lo señala se debe tener en cuenta la fecha cierta en la que se adquirió el bien, a fin de establecer en qué momento se produjo la desvinculación del bien con el deudor.
- Como lo habíamos dicho líneas arriba el comentarista tiene alma de historiador, por lo cual hace un análisis de los antecedentes del tema desde el año 1984, donde resalta que las ejecutorias supremas que se ocuparon del conflicto entre un acreedor embargante y un propietario no inscrito, entendieron que "derecho común" se refería a la antigüedad cierta de los títulos y se tomaban en cuenta literalmente, tanto así para el derecho real y para el derecho personal. Creemos que tal aplicación era errada, pues en la actualidad la doctrina ha abierto nuestro entendimiento, por lo que ya no es posible ese razonamiento, debido a la constitución y diseño de los derechos contrapuestos y al momento en que la oponibilidad opera frente a los terceros, que en cada derecho es distinto.
- Muestra su desacuerdo con la decisión adoptada por los magistrados, ya que como lo dijo líneas arriba en sus antecedentes el tema fue tratado con el criterio de la antigüedad de los títulos: criterio cronológico, desde una prespectiva literal para ambos derechos; cuando se sabe que por constitución y diseño de cada derecho, la oponibilidad se presenta en diferentes tiempos y momentos. Creemos que la CSJ ha delimitado muy bien el tema tratado, por lo que nosotros si estamos

conforme con lo resuelto; puesto que se ha aplicado la oponibilidad frente a terceros, analizando cómo opera ésta en la etapa patológica de las situaciones jurídicas.

- Dejando de lado ya el criterio de la antigüedad de los títulos, nos dice que debido a la evolución normativa y la necesidad de dar seguridad a la circulación de los créditos, se adoptó un nuevo criterio y fue el criterio registral**.** Creemos que el comentarista cae en error, cuando se inclina sin más por el criterio registral, que además no es la solución prevista por el legislador, ya que no es acorde a nuestro sistema de trasmisión de la titularidad.
- Nos relata que este debate de "propiedad no inscrita vs. anotación preventiva de embargo" ha sido importado del sistema español, en donde se encuentra a autores como Lacruz, Roca-Sastre y Diez-Picazo, a favor de la propiedad no inscrita, y a autores como Álvarez Caperochipi (1986), García García (1988) y Bustos Pueche, a favor de la anotación preventiva. Luego nos resalta que en tercer párrafo del acápite VI.4 del pleno se recuerda que: "en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista**,** según lo estipula el artículo 949 del Código Civil"; volviendo a su estilo de historiador asiduo, cuestiona el por qué no se tomó en cuenta lo que el sistema francés ha previsto para solucionar este tipo de conflictos, señalando que en aquel se prefiere al que accede primero al registro. El comentarista cuestiona la escasa fundamentación del Pleno, pues según él no se toma en cuenta este criterio, ni cuáles fueron las razones para justificar el criterio adoptado por el sistema francés. Aparte de ser un análisis extralimitado, debido a la solución que pretende alcanzar (de otro sistema jurídico), nosotros creemos que teniendo en cuenta que son situaciones jurídicas ocurridas en el interior de nuestro sistema jurídico y habiendo el legislador brindado una solución, no podemos extralimitarnos y darle nuevo significado al texto legal, incurriendo en interpretación subjetiva, lo cual está proscrito por ley. Todo ello no desmerece que se pueda realizar disquisiciones sobre el tema observando las soluciones que brindan los sistemas jurídicos de otros países, pero este debe hacerse en una vitrina distinta a la de los plenos (como por ejemplo los libros). De igual manera procede mencionando al sistema italiano.

RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ (2015), realiza un trabajo respecto al tema tratado por el pleno enfocándolo desde la oponibilidad como solución, veamos a que conclusiones llega:

- Al igual que muchos el comentarista cree, que fue necesario y justificado la convocatoria del pleno, por la recurrencia del problema en nuestro sistema jurídico. Además nos da a conocer que el doctor Gonzales Barrón, un académico bastante prolífico en el análisis de dicha materia, no estuvo convocado como amicus curie.
- Este comentarista propone al igual que el pleno como solución al conflícto del embargo y la tercería de dominio,la oponibilidad de los derechos, debiendo acreditar sea a través de los Registros Públicos o de otros mecanismos idóneos (como la comunicación expresa al acreedor ejecutante, y algunas veces la posesión de hecho) que se es el titular o verdadero propietario del bien. Además, señala que el juez de ejecución tiene cognición solo para definir la "embargabilidad" o "desafectación" de los bienes y no le corresponde atribuir o negar la condición de propietario. Al respecto nosotros creemos que se nos presenta a la oponibilidad como medio de solución, pero no ofrece bajo que parámetros debe darse, ya que como se sabe al ser un sistema consensual no es necesaria ni la entrega en posesión y mucho menos el registro, lo cual dificulta mucho el que sea cognoscible el cambio de propietario de un bien, dejando incurrir en error al embargante.
- Luego de ofrecer el medio de solución, nos habla del tercero registral, que es aquel que adquiere un derecho del que figura como titular de un derecho en el Registro y a pesar de no ser un reflejo de la realidad fáctica, mantiene su derecho por imperio de la ley (si no se establece la mala fé del tercero), señalando que se nos sumerge en una espiral de inseguridad con esta protección de la apariencia. Nosotros compartimos estas dudas, pues al ser el derecho real oponible desde su constitución (transferencia consensual), no se entiende por qué el legislador protege al tercer adquiriente registral de "buena fe", calificación que dicho sea de paso, es muy controvertida por el uso malicioso que se le puede dar.

- Este es un preocupado comentarista, que nos pone sobre la mesa temas como: superarlos problemas de interpretación, los efectos que genera la transferencia solo consensu, cómo se relacionan la buena fe y la publicidad registral, cuáles son las normas de Derecho común. Además nos dice que el levantamiento del embargo pueden ser atendidos en dos escenarios posibles: en la demanda de tercería que formula el propietario no inscrito ante el mismo juez de ejecución (art. 533 del CPC) y/o en el proceso de ejecución, cuando el deudor demandado informa al juez que el bien embargado no es suyo (arts. 624 y 637del CPC). En ambos casos, se enfrentan el derecho del acreedor que exige mantener el embargo para cobrar y el derecho del propietario que exige excluir el bien de aquel gravamen; nuestro sistema como se sabe no es perfecto, debemos servirnos de él en lo que nos sea posible; respecto a los momentos en los que se puede desafectar el bien embargado, tiene que tenerse en cuenta que nuestro sistema judicial es deficiente, por lo cual creemos que es preciso utilizar el que mejor tutele nuestro derecho o en su defecto ambos.

- Señala que no se debe confundir entre conocimiento de derechos y la publicidad registral, ya que nuestro ordenamiento reconoce otros mecanismos válidos de publicidad, los alcances de la relatividad de los contratos y su incidencia en la distinción entre derechos reales y derechos personales y las situaciones jurídicas adicionales que pueden encerrar un derecho subjetivo; por lo cual nos dice que no se trata de predecir en abstracto si se debe preferir el derecho de crédito (publicitado con un embargo inscrito)o el derecho de propiedad no inscrito. La preferencia por uno u otro dependerá de la publicidad o no que tuvo uno u otro derecho encada caso en concreto, publicidad que no puede limitarse al ámbito registral. Nosotros creemos que para hablar de oponibilidad solo ligado a la publicidad, es un tema muy controvertido y simplista; teniendo en cuenta que se la propone como una solución pura y simple, sin brindarse los parámetros respectivos para su uso, que dicho sea no puede ser independiente al tutelaje que brinda nuestro código civil en relación a la naturaleza que se le atribuye a cada derecho.

- Nos hace alusión a lo que se entendería por derecho común, ya que el mismo código señala "…cuando el problema (el de la "oposición") ocurra entre derechos de distinta naturaleza, propiedad vs. crédito, por ejemplo, se deberá resolver según las disposiciones del Derecho común"; dándonos a conocer que dicha mención puede significar que se refiera a las disposiciones del common law, tan diferente a nuestro sistema codificador, o añade puede enviarnos al ius commune de la Baja Edad Media; que en ese sentido nos dice que Grossi concluye:"El derecho común poseía una fuerza expansiva arrolladora, porque era un derecho científico. Era un depósito prácticamente inagotable de análisis y soluciones técnico-jurídicas". Luego de esta catarsis histórica, concluye desde su perspectiva expuesta líneas arriba, podría entenderse que "derecho común" hace referencia a los principios generales del Derecho. En nuestra opinión respecto al término Derecho Común el Pleno lo desarrolla muy satisfactoriamente cuando cita a Larroumet quien dice que, "es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (…), sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial". De lo cual se infiere que debe tenerse en cuenta la normatividad que regula de manera básica los derechos subjetivos.
- Como ya lo había señalado líneas arriba el comentarista se avoca a utilizar los principios generales del derecho, como la solución de este problema; por lo que critica la solución adoptada por el pleno, pues según asegura es una solución vacía:"si quieres solucionar el enfrentamiento entre derechos de distinta naturaleza, busca en el Código Civil"; para luego señalar que en la Exposición de Motivos del artículo 2020° del Código Civil se propone "como solución que prevalezca el derecho de propiedad, pues señala, no puede afectarse un bien de quien es ajeno a la deuda", sin embargo resalta que no se tomó en cuenta que el artículado 2022° del Código Civil establece que el problema se resuelve en términos de oponibilidad y no de titularidad de los derechos. En principio creemos que la postura que nos ofrece como solución, no es la correcta, ya que como su mismo nombre lo indica son "principios generales" (enunciados normativos que expresan un

juicio deontológico acerca de la conducta a seguir, es decir, el hacer cumplir los deberes del individuo es su prioridad), por lo que estos no regulan ninguna relación o situación jurídica en concreto, por lo que no es de aplicación específica a una situación jurídica en concreto; respecto a la exposición de motivos que nos alcanza este autor nos sorprende en sobremanera, porque no se trata de que el legislador sea pitoniso y declare por adelantado el resultado de un caso en concreto, pues debemos tener en cuenta que si bien la tercería es admisible si se demuestra prima facie la titularidad del bien, ello no significa, que desde ya se obtendrá un resultado favorable al propietario; por ultimo respecto a la oponibilidad como solución, creemos que ella no sería posible si antes no se dejara por sentado la titularidad del bien.

- Un poco más inmerso en el tema, nos presenta los tres argumentos más usuales que se utilizan para sostener que el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el derecho de crédito:

- **<u>Uno de corte jurídico</u>**; este tiene que ver con la estructura y contenido de un derecho frente al otro. Aquí la propiedad se caracterizaría por su oponibilidad erga omnes, mientras que al crédito le da un alcance relativo, solo para las partes contratantes. Para nuestro comentarista, no está en duda que existan estas diferencias estructurales, sino que estas diferencias se usen como una razón válida para resolver este tópico. Luego citándonos a Gonzales Barrón nos dice: "Existen relaciones personales, que vinculan a dos personas determinadas; y relaciones reales, de carácter absoluto, que se constituyen sobre la base de múltiples relaciones con personas indeterminadas"; y como conclusión nos señala que es innegable que: los derechos reales requieren una estructura que permita excluir a los terceros, mientras que a los derechos personales le basta con un diseño que asegure el vínculo o una relación entre sujetos específicos. Pero además acota que al momento del diseño de la norma, que regula la propiedad, no se ha tomado en cuenta cómo debe ser la interacción de ese derecho con otros que le salen al frente (que es distinto al supuesto normativo que está pensado para los casos en donde terceros, sin ningún derecho, perturban la propiedad) o,

más importante aún, el diseño de la propiedad no considera cómo debe comportarse cuando el real propietario permanece oculto frente a los terceros. Por tanto, las cualidades de la propiedad no pueden resolver todos los problemas vinculados con la interacción y la prevalencia frente al derecho de crédito. En efecto, el que un derecho "exista", junto con todos sus atributos, no hace que sea oponible frente a los terceros, para que eso ocurra se necesita publicitarlo. Nosotros concordamos con las acotaciones que hace el comentarista, pero con respecto a la oponibilidad del derecho real, que le es inherente; y que nos señala no debe ser tal, creemos que no se trata de que debe o no debe ser, sino que debido a la estructura del mismo Estado, es que se le ha tutelado a la propiedad de tal modo que es oponible desde su constitución (transferencia consensual certificada con fecha cierta). La publicidad sería una medida más de seguridad, que permite la oponibilidad de plano, esto es una etapa fisiológica, pero ya en la etapa patológica debemos investigar en qué momento opera la oponibilidad en cada caso en concreto.

- **Otro de corte fáctico**, está relacionado más a la facilidad que tienen los terceros para que puedan conocer o detectar la existencia de derechos reales. Señalándonos que el derecho real otorga una tutela frente a todos con carácter primario y esencial, con lo que logra la actuación del derecho mismo(posesión), pero por su naturaleza los derechos reales requieren una estructura que permita excluir a los terceros y requiere ser ejercida frente a todos por lo cual quiere decir que todos están en la obligación de respetarlos; mientras que en el artículo 1351 del Código Civil se dispone que el contrato (de donde suelen emanar los créditos) es un acuerdo que genera o extingue relaciones jurídicas entre las partes, es decir, que solo se necesita de las partes para que el derecho de crédito sea realizado, por lo que a los derechos personales solo le basta un diseño que asegure el vínculo o una relación entre sujetos específicos. Agregando que se hace necesaria su publicidad en ambos casos para el conocimiento de los terceros. En nuestra opinión la publicidad registral que en realidad es la apariencia del derecho, no es esencial para determinar su oponibilidad, pero si creemos necesario que los derechos para que sean oponibles

deben contar con una intervención del poder público (certificación de la fe pública).

- **<u>Otro tiene que ver con la jerarquía constitucional</u>,** Este tiene que ver más con la prevalencia de un derecho sobre el otro por rango meramente legal. Veamos, si se trata de argumentos que pueden usarse en esta discusión. Este presupuesto está ligado al constitucionalismo del derecho de propiedad, que en realidad no es tal, ya que la misma constitución reconoce que todos los derechos tiene igual tutelaje a nivel constitucional.

MELISSA CALDERON (2016)en su tesis titulada "La Naturaleza Jurídica del embargo en forma de inscripción y su oponibilidad con el derecho real de propiedad" realiza un análisis respecto de la Casación N°3671-2014 LIMA y llega a las siguientes conclusiones:

- En la primera conclusión a la que llega nos señala que:"la medida cautelar de embargo en forma de inscripción al recaer sobre un bien individualizado y al poseer características propias como la oponibilidad, y persecutoriedad, junto con la nueva definición del término bien por el tribunal constitucional, nos permite concluir que el embargo es un derecho de naturaleza jurídica real. Respecto a naturaleza real del embargo en forma de inscripción, nos parece que no se ha tomado en cuenta que esta naturaleza real, solo le es dado en plano procesal y no puede hacerse valer fuera de él; teniendo además que la inscripción no desnaturaliza el derecho.
- En la segunda conclusión a la que llega nos señala que: las posiciones doctrinarias actuales, que son de argumentos muy sólidos y que están a favor de la prevalencia del embargo en forma de inscripción, fueron los que le dan naturaleza real; dentro de sus representantes tenemos a las posiciones de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, que plasman la relatividad de los derechos, como el de propiedad e indicando que el derecho de embargo sobre un bien, puede ser discutido como un derecho real, en aplicación a lo prescrito en el Código Civil, y la posición de Fort Ninamancco Cordova que señala que el derecho de crédito tiene protección constitucional directa el inciso 14 del Art. 2 de la constitución. Debemos precisar respecto a la relatividad de los derechos subjetivos, y de la protección constitucional, no constituyen una solución a este

tema, ya que la preferencia que se debe tener por cada derecho en situaciones de conflicto, dependerá en qué momento este derecho presentó los requisitos necesarios para su oposición.

- Ya en su sexta conclusión nos señala que: Para nuestra comentarista lo resuelto por el 7mo Pleno Casatorio cae en un pronunciamiento insuficiente, porque se omitió pronunciar sobre la naturaleza del embargo en forma de inscripción, ya que solo se limitó a sentar un precedente, sobre lo ya prescrito en la norma, en resumen no se aportó nada adicional al derecho, los esfuerzos de la doctrina resultaron vanas, al no tomarse en cuenta problemáticas indicadas por nuestra doctrina, no aclarándose las antinomias de nuestra legislación. La comentarista pretende que en los plenos se creen derechos cuando no es esa la finalidad del mismo y además que debemos señalar que las investigaciones y los análisis doctrinarios deben realizarse por los eruditos del derecho y no por los jueces que si bien conocen del derecho pero no es su labor realizar estudios doctrinarios profundos de los temas acotados.
- En la sétima conclusión a la que llegó nos dice: Haciendo un análisis más económico del derecho señala que en nuestra realidad socioeconómica actual, el derecho de crédito protegido por la medida cautelar de embargo, resulta relevante y de necesaria protección, importancia reflejada en números estadísticos, se destaca la protección extracontractual que se tiende a otorgar cada vez más al acreedor, es decir nueva normatividad para la inclusión financiera a fin de ampliar el mercado en cuanto a la intermediación financiera, es por ello, hemos pasado de una economía estática (fundada prevalentemente en la riqueza inmobiliaria) a una economía dinámica (basada fundamentalmente en la riqueza mobiliaria), lo que ha acelerado notablemente el ritmo de los intercambios y por ende, la frecuencia de las relaciones obligatorias, lo que inevitablemente se traduce en una concesión de importancia siempre mayor de los derechos de crédito, por lo tanto, la propiedad ya no es la institución central del Derecho Privado, la riqueza ya no se mide hoy en función de las cosas que se tiene, sino en función de relaciones contractuales de las que se forma parte, la actividad empresarial es el centro de la economía, de modo que el momento estático del simple goce de los bienes pierde relevancia frente al momento dinámico del desarrollo de la actividad empresarial, la cual depende principalmente de relaciones contractuales, en especial de los créditos. Respecto al análisis que realiza nuestra comentarista creemos al igual

que la doctrina que la economía, no es el eje del sistema jurídico, porque sino se caería en un grave error donde la ciencia del Derecho estaría al servicio de la disciplina de la economía, con ello no pretendemos quitarle importancia a ninguna de ellas, porque son de suma importancia, pero cada una en su rubro, sin hacer esclava la una de la otra. Además que se debe tener presente que el Derecho está al servicio de la Justicia y no del desarrollo económico. Pero eso no quita que se debe tener en cuenta que las realidades sociales cambian y junto a ello debe cambiar la normativa ajustándose a los nuevos cambios sociales.

EN SUSRECOMENDACIONES:

- La primera recomendación que nos da es que: se debe realizar un examen y un pronunciamiento de los alcances del derecho de embargo en forma de inscripción, la determinación de su naturaleza y en cuanto a los alcances del Derecho Común así como que instituciones se encontrarían inmersas dentro de dicho término, como tema relevante para la CORTE SUPREMA, debido a que el VII PLENO CASATORIO, no se pronuncia respecto a la naturaleza de los derechos confrontados, ni define los alcances del término Derecho Común, solamente sienta posición a favor del derecho de propiedad desde el extremo de la oponibilidad de los derechos. Como ya lo habíamos dicho líneas arriba los plenos tiene otro propósito al de los estudios doctrinarios y en todo caso debe tomarse como una recomendación de que los plenos deben fundamentar de manera más clara y precisa, a fin de persuadir a la mayoría.
- La otra recomendación que señalamos es donde nos dice que la formalización es clave para que nuestro ordenamiento goce de más “seguridad” y se precisa que la Sunarp, deberá incentivar, una mayor inclusión social, con las facilidades del caso, expandiendo los programas de Sunarp en tu pueblo, y planteándose nuevos proyectos a fin de que la propiedad se formalice y de esta manera exista mayor precisión en cuanto a los alcances de la publicidad brindada, evitándose de esta manera inexactitudes. Creemos que es una muy buena recomendación, ya que el Perú, necesita que este sistema registral funcione de la mejor manera, a fin de mejorar nuestro sistema jurídico.

2.1.2. DEFINICIONES TÉCNICAS.

- **DERECHO COMÚN**

La Corte Suprema en su sétimo Pleno Casatorio citando a Laurroumet Christian, nos define claramente lo que se entiende por derecho común y dice "…es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (…) El campo del derecho civil comprendía originalmente prácticamente todo el derecho privado, pero la especialización en el ejercicio de ciertas actividades o en la propiedad de ciertos bienes ha hecho que nazcan ramas nuevas que se han separado del derecho civil. Sin embargo eso no significa que las reglas del derecho civil no sean parte del derecho común, sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial lejana al derecho civil o, aun, en ausencia de regla contraria, cuando ellas no contradigan los principios esenciales o el espíritu de una rama especial". (CASACION N° 3671-2014 VII PLENO CASATORIO – LIMA)

En la doctrina encontramos a Guillermo Cabanellas que define al Derecho Común como "el Derecho Civil o general de un pueblo. Territorialmente el contrapuesto al provincial, municipal o local; es decir, el que posee vigencia nacional". Siendo así, según Iván Oré Chávez son derechos comunes tanto los derechos reales como los personales, por tanto, la hipoteca, la propiedad, el arrendamiento, el mutuo, la tutela jurisdiccional, el embargo, etc. forman parte del derecho común, y entre ellos tenemos derechos reales y personales, por consiguiente no es válido el criterio que le da primacía a los derechos reales sobre los personales. Hay que partir del hecho innegable que el concepto "derecho común" es vago e impreciso, y si nos remitimos a sus alcances conceptuales concluimos en que se trata de una institución infeliz en nuestro sistema jurídico, no cumple propósito útil ni efectivo ni en teoría ni en la práctica. Con lo cual debemos aseverar que no hay una doctrina unificada respecto al Derecho Común; por lo que debemos recurrir a otros conceptos para dilucidar alguna duda.

-**DERECHO REAL**

En el siglo XIX estando en auge el racionalismo se construyó en definitiva la teoría clásica del derecho real, definiéndosele como aquel derecho subjetivo que recae directa e

inmediatamente sobre algún bien determinado, pudiendo obtener utilidad de él, sin intermediarios o sin cooperación externa. (Gunter Gonzales Barrón, 2012)

El derecho real es aquel tipo de derecho que posee un individuo en relación a algo en particular, bien sea por un dado nexo jurídico (definición de web); en otras palabras alude al derecho de propiedad que guarda un determinado individuo con respecto a algo. Este tipo de derecho se diferencia o se contrapone con los derechos personales. El derecho real o los derechos reales poseen dos particularidades significativas, primero es que gozan del carácter inmediato de autoridad que se proporciona sobre dicho objeto; y segundo la denominada "erga omnes", frase derivada del latín, que quiere decir "contra todos" o "frente a todos".

La figura de derechos reales permite explicar adecuadamente el nacimiento, conservación, y extinción de las atribuciones sobre cosas, en las que opera la posesión, la tradición, la usucapión, modos originarios de adquisición del dominio, etc. todo esto es incompatible con los derechos de obligaciones ya que en ellos no existe la cosa material. El derecho real es representado íntegramente por la propiedad la cual tiene sustancia en su uso, disfrute de la cosa en relación de terceros, sin que nadie pueda interferir en ese ámbito. Según la doctrina alemana el derecho real es una terminología funcional que es útil para los fines del derecho civil. Gunter nos menciona que el concepto del derecho real es de carácter instrumental, utilitario, cumple con fines prácticos como el de ordenar el material normativo y de coherencia de soluciones.

-**LA PROPIEDAD**

Su Evolución A Través Del Tiempo

Gerbert Agusto Huanca Quispe(2013), nos hace una breve incursión en la historia y nos dice que la humanidad empezó la actividad económica con la cacería y cultivo de las tierras, iniciándose con la ocupación de las cosas que habían en su alrededor, configurándose con ello, la posesión y la propiedad, pero también se empezó a generar algunos problemas, como el de no respetar las propiedades privadas, es entonces que comenzó a organizarse la sociedad y los Estados con la finalidad de preservar la vida, las libertades y las propiedades, así nace el Estado mediante el "contrato social". Originariamente se conoce que la propiedad fue comunal donde el grupo al ocupar durante un período más o menos largo la tierra que cultivaba, esta se consolidaba y se

constituía en una situación de hecho denominada “posesión”, la cual es la ocupación permanente y la necesidad de continuar usufructuando de los frutos provenientes del trabajo en la tierra con lo cual se determina el derecho del poseedor. Es precisamente en el hecho de poseer las tierras es donde se origina la propiedad inmobiliaria, es decir, con la posesión directa y pública se adquiría una situación de relación directa entre el hombre y el bien. Nos encontramos en la doctrina que la propiedad privada no ha existido siempre, ya que su aparición está íntimamente ligada a la aparición del Estado, las clases sociales, etc. Por ende se debe asumir que el derecho de propiedad en principio se inicia con la posesión de los bienes de manera colectiva, dependiendo de la organización de cada cultura primitiva; en sus inicios se tiene que las tierras eran de propiedad de la tribu, posteriormente ésta la dividía entre las familias que la integraban asignándoseles terrenos o parcelas temporalmente, esta división posteriormente adquiría permanencia y entonces surgiría la propiedad familiar, que luego se convierte en hereditaria y autónoma. En el derecho Romano el derecho de propiedad se desarrolló en función a su expansión de sus conquistas, lo que le permitió confiscar las tierras y dárselas a particulares, y estos hacer el pago de una tasa anual (esto se denominó “possesio”), luego paulatinamente el Estado le atribuye un verdadero derecho a quien puede conseguir la posesión u ocupación de alguna cosa. Con posterioridad a ello se habla de la propiedad quiritaria la cual era ejercida solo por los ciudadanos romanos, la misma que tenia características de exclusividad, perpetuidad, absolutismo y pleno derecho sobre la cosa. Para los extranjeros se tenía que ejercían un tipo de propiedad inferior a la quiritaria denominada in bonis o propiedad provincial, pretoriana o peregrina. Sobre la propiedad quiritaria, se ha dicho, que solamente podía obtenerse (o transferirse) a través de formalidades o procedimientos esenciales establecidos por el derecho civil, como son los siguientes: a) el propietario debía ser ciudadano romano, b) se realizara mediante el procedimiento especial de la mancipio o el rito especial in iure cessio, y no por mera tradición (de los contrario era propiedad in bonis), c) debía ser una res mancipio , para que ambas formas de propiedades se distinguieran en los modos de adquirirlas. Donde encontramos que la “mancipatio” fue un acto formal de adquisición de propiedad celebrado en presencia de un mínimo de 5 testigos, que implicaba la presencia de un objeto que represente el bien materia de contrato y un pedazo de cobre, el cual simbolizaba el pago a todo ello y debían pronunciarse fórmulas rituales a fin que se entendiese materializada la adquisición. Por otro lado, tenemos la “in jure cessio”, un acto formal de adquisición que se celebraba en presencia del pretor e implicaba una reivindicación simulada, en la que el adquiriente

alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenamiento se allanaba a ello. Tanto la “mancipatio” como la “in jure cessio” eran utilizados por los ciudadanos romanos, mientras para los extranjeros, el pretordio valor legal a la tradición a fin de que puedan adquirir alguna propiedad. Sin embargo, tenemos que el concepto de propiedad inmobiliaria evoluciona solo al desaparecer el concepto que existía en Roma respecto a la persona y a la cosa, esto también operaba también en Grecia, donde se protegía a los ciudadanos (principalmente en Atenas), pero se excluía a los metecos (extranjeros), a los esclavos, etc. declara como ciudadanos romanos a todos los súbditos del Imperio. Ya con Justiniano se sustituye los modos de adquisición que hemos mencionado por la traditio que consistía en la entrega física del bien que se enajenaba, la misma que se daba de común acuerdo entre el que lo entregaba (tradens) y el que lo recibía (accipiens). La propiedad inmobiliaria se consagraría luego en las Doce Tablas donde se la tipificó como un derecho individual. Dondese señaló que además de tener facultades como las iusutendi, ius fruendi y el ius abutendi, el propietario tenía poder exclusivo, absoluto, perpetuo y el derecho de transmitir el bien por herencia.

Evolución del concepto de propiedad

Los Autores **Cordero Quinzacara** y **Eduardo Aldunate Lizana** ***(****2008),* nos brindan un breve recuento de la evolución histórica del concepto de propiedad, donde nos dicen que la evolución conceptual de la propiedad hacia la figura jurídica que nosotros conocemos en la actualidad, tiene su génesis en la recepción del Derecho romano y el desarrollo del ius commune; su desarrollo conceptual se encuentra en la evolución política de la realidad en la cual se recibió el Derecho romano a partir del siglo XI donde usando unos mismos términos y, aparentemente, dentro de un mismo y continuo bagaje conceptual, el contenido de las categorías jurídicas recibidas fue el que precisaba una sociedad feudal en tránsito hacia la patrimonialización del feudo y las relaciones personales feudo-vasalláicas de dominio político a relaciones de carácter real (con la consecuente distinción, en materia territorial, entre dominio público y dominio privado). Según la doctrina se tiene que las fuentes romanas no aparece una definición concreta de propiedad, pero los juristas romanos para aludir a la propiedad usaban varios conceptos:

- El término más antiguo parece haber sido **mancupium o mancipium**, derivado de manus, palabra con la que se **designa la potestas**, **el poder sobre personas y sobre**

cosas que correspondían al pater familias, en quien se individualizaban los poderes del grupo familiar. Así el "pater" ostentaba el título delos bienes con los otros poderes que le eran inherentes. Encontramos que según Max Kaser, la propiedad romana de los primitivos labriegos constituye un aspecto parcial de la soberanía que corresponde al pater familias en el ámbito de su casa sobre personas (patria potestas, manus) y cosas. Aunque en este período no hay un nombre que designe específicamente el poder sobre las cosas, el poder doméstico se extiende a todos los objetos de la domus y, consiguientemente, también a las cosas propiamente dichas, y ello con sujeción a reglas especiales.

- El otro término que encontramos es el **dominium** que aparece en la jurisprudencia de fines de la República, junto con el de obligatio y otros términos técnicos. Se trata de una especificación del mancipium, con la palabra **dominium** los romanos designaban el señorío sobre la res, con lo cual se manifiesta que la identidad de la relación dominical no está en el contenido sino en el sujeto, es decir, en el comportamiento de éste como "señor" (dominus) de la domus y de todo el patrimonium personal.

- En la última época prevalece el término **proprietas** (de proprius), que acentúa **la pertenencia absoluta y exclusiva de la cosa** y hace objeto de este derecho al titular del mismo. Este término fue el que se impuso en las lenguas romances debido a que se generalizó su uso en el Derecho post-clásico. Puede decirse que en la expresión proprietas se encuentra contenido el sentido de pertenencia y la idea de dominio, ya que si no se tendría la idea de un propietario que careciera de las facultades materiales de aprovechamiento sobre la cosa y sólo podría predicar, jurídicamente, su titularidad dominical sobre la cosa.

-**Definiciones de Propiedad**

Propiedad.- (*proprietate*) derecho o facultad de disponer de una cosa, con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ello si está en poder de otro.(Diccionario de la lengua Española).

Definición de Propiedad de la RAE

- Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los lí mites legales.
- Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz.

Definición de la propiedad por Puig Brutau.-el término propiedad indica toda relación de pertenencia o titularidad, y así resulta posible hablar, por ejemplo, de propiedad intelectual e industrial. Por otro lado el término dominio hace referencia a la titularidad sobre un objeto corporal (Definición web).

Definición de la propiedad por Gunther Gonzales.-derecho del titular sobre el uso y disfrute de una cosa, en relación con los terceros que tienen el deber de no perturbar; mientras que el titular tiene el derecho de que no se le perturbe.

El C.C. en su Art. 923° define la propiedad.-la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Definición de propiedad por el TC.- El Tribunal también ha precisado que el derecho a la propiedad guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de este se expresa la libertad económica y se garantiza la participación del propietario en la organización y el desarrollo de un sistema económico-social. Entonces, este derecho otorga las facultades de usar, gozar, explotar y disponer de la propiedad, siempre que a través de su uso se realice la función social que le es propia**.** En este orden de ideas, el colegiado también ha señalado que el derecho de propiedad se caracteriza, entre otras cosas, por ser: *a)* ***un derecho pleno, porque confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer de forma autónoma dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico;*** y, *b)* ***un derecho irrevocable, ya que su extinción o transmisión depende de la voluntad del titular y no de causas extrañas ode terceros, salvo las excepciones que prevé expresamente la constitución***.Y por ello, el goce y ejercicio de este derecho fundamental solo **puede ser restringido** cuando: a) exista una ley que lo establezca; b) se haga necesario; c) sea una medida restrictiva proporcional, y d) se adopte con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (Portal web la ley,2016)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define a la propiedad.-La Corte nos dice que para definir la propiedad se debe hacer de manera amplia, pues dice que ésta abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona**. Alan Emilio Matos Barzola (2011)**.

Asimismo, a Corte ha protegido, a través del Artículo 21° de la Convención, los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Respecto a los derechos adquiridos, encontramos que constituyen uno de los fundamentos del "principio de la irretroactividad de la ley", es decir, en virtud de este principio se tiene que la nueva ley puede regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, razón por la cual son intangibles e incólumes a su acción, pues se tiene que ante una determinada situación de hecho opera plenamente los efectos jurídicos de las normas vigentes en ese momento. Por último, resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos por la CIDH.

Por otra parte, en un caso esta CIDH declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión. El Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista cumple con los requisitos para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, éste adquiere un derecho de propiedad sobre el monto de las pensiones. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene "efectos patrimoniales", los cuales están protegidos bajo el artículo 21° de la Convención. Al respecto la Corte considera que igual que las pensiones que han cumplido con los requisitos de ley son parte del patrimonio de un trabajador, el salario, los beneficios y aumentos que ingresen al mismo también se encuentran protegidos por el derecho a la propiedad consagrado en la Convención**. Alan Emilio Matos Barzola (2011)**.

-**DOCTRINA RESPECTO A LA PROPIEDAD.**

Jorge Avendaño Valdez (2014).- señala que la propiedad puede ser analizada desde muchos puntos de vista: histórico, sociológico, económico, antropológico, político, etc. Nosotros al igual que Avendaño hemos acogido la realizada desde el aspecto jurídico, así nos dice la propiedad es, un poder jurídico, ***un poder que nace del Derecho y recae***

sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales (cosas) o incorporales (derechos). Cuatro atributos o derechos confiere la propiedad a su titular: usar, disfrutar, disponer y reivindicar; a) Usar es servirse del bien b) Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Como los frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica c) Disponer es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente d) reivindicar es recuperar.

Walter Gutierrez Camacho (2014), adscribiéndose a la definición de Novoa Montreal señala que la noción de propiedad nace en toda relación del hombre con la naturaleza y de todo aprovechamiento que aquel haga de los bienes que esta última le proporciona. Sin embargo, nos dice que el concepto se dilata hasta alcanzar las relaciones mismas de las personas, entre estas y con el Estado. Así nos dice:**l a propiedad es un poder legal que le permite a su titular ejercer su voluntad sobre las cosas de que es propietario y proyectarla sobre otras personas, perfilando así las relaciones entre estas, constituyéndose en la base del entramado social y en piedra angular del sistema jurídico capaz de caracterizarlo e infundirle contenido, prácticamente en todas sus áreas**(la negrita es nuestra). **León Duguit** citado por Gutierrez, nos dice que resulta oportuno detenernos en la función social que cumple la propiedad, ya que actualmente el ámbito jurídico plantea, desde el siglo XX, la inevitable función social que el derecho de propiedad lleva implícito y es que en efecto, el derecho de propiedad es una institución jurídica que se ha formado para responder una necesidad económica y que deberá cambiar necesariamente con las transformaciones de la economía; opinión que por cierto compartimos en su totalidad. Así prosigue diciendo que el hecho de que la propiedad tenga modernamente una función social no quiere decir que se convierta en colectiva o que desaparezca, o que se debilite la protección de la propiedad privada. Simple y lisamente quiere decir que los derechos de los particulares deberán conciliarse con los de la comunidad, lo cual es aceptado en cualquier sociedad mínimamente desarrollada o que pretenda serlo. A esta última idea nos suscribimos totalmente, porque es impensable que un individuo viva independientemente separado en su isla jurídica que le permita hacer lo que le plazca con su propiedad, cuando de ello se tiene un daño a la sociedad sea de manera directa o indirecta, perdería su razón de ser el contrato social, cuando lo natural debe ser convivir en armonía con el bien común.

Walter Gutierrez Camacho nos da a conocer lo que señala de la propiedad **Messineo** y dice que 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**. La función social implica que el propietario tiene la cosa en nombre y con autorización de la sociedad y que solo puede hacer uso de las facultades que sobre ella tiene en forma concordante con los intereses de esa misma sociedad. Y citando a **Wolf y Raisor** señala la función social de la propiedad es más que una limitación o una carga que se le impone a esta desde afuera, pues pasa a constituirse en un elemento esencial de lo que toca al propietario y, por lo que, entra a formar parte integrante del contenido de la propiedad conforme al concepto moderno. Así, dice, hoy **la propiedad es a un tiempo derecho y deber.**

Gunther Gonzales Barrón, define a la propiedad de la siguiente manera "la propiedad es el derecho real por excelencia, **ya que significa el máximo grado de poder reconocido sobre un bien a favor del titular,** constituyéndose en el fundamento de todo el ordenamiento jurídico patrimonial**. Este derecho real representa el mayor grado de goce respecto de un objeto, el máximo grado de "pertenencia"**".

Freddy Escobar citado por Kelly Paredes Cancino, quien afirma que el derecho de propiedad *"**es el derecho subjetivo que permite cumplir sobre un objeto cualquier actividad lícita**".* El autor introduce el concepto de lo lícito en su definición, de la cual se infiere que el propietario solo podría ejercer actos lícitos sobre el objeto. Kelly Paredes Cancino (2016).

Luego de haber recogido varias definiciones creemos conveniente proyectar la nuestra por lo cual la propiedad es ***un derecho subjetivo que deviene en un poder jurídico que agrupa a un conjunto amplio de atribuciones(*usar, disfrutar, disponer y reivindicar*) que puede ejercer el titular de forma autónoma dentro de los límites impuestos por la ley y permitiéndole ejercer su voluntad sobre los bienes (definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles),generando riqueza a partir de las actividades lícitas que realice.*** Dejando en claro que el concepto de propiedad ha evolucionado a través del tiempo, por lo que esperamos se den nuevos tratados doctrinarios avocados a uniformizar todos los conceptos vertidos, ajustándolos a la utilidad y actualidad social.

Características del Derecho de Propiedad

Gerbert Agusto Huanca Quispe (2013), citando a ***Torres López*** nos define las Características principales de la propiedad:

La doctrina nos alcanza las características de la propiedad y son cuatro: derecho real, derecho absoluto, derecho exclusivo y derecho perpetuo.

i) **Derecho Real por Excelencia.-** La propiedad establece una relación directa entre el titular y la cosa o bien. El propietario ejercita sus atributos sin la mediación de otra persona. Además, la propiedad es erga omnes, esto es, se ejercita contra todos. Es esta la expresión de la llamada "oponibilidad" que caracteriza a todos los derechos reales y, en especial, a la propiedad.

ii) **Derecho Absoluto**. este es un rasgo atribuido por la normatividad, ya que le brinda una absoluta protección jurídica; confiere al titular todas las facultades sobre el bien. El propietario usa, disfruta y dispone.

iii) **La propiedad es exclusiva**. (o excluyente, podría decirse mejor), porque elimina o descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo desde luego que el propietario lo autorice, lo cual significa que el sistema debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Los derechos de propiedad se entiende como un poder supremo de cualidad diversa a la sima de poderes, ya que los compendia a todos y los supera, pues los costos para lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que se genera su uso exclusivo. Tenemos a Bullard que destaca que este rasgo no es otra cosa que lo que la doctrina tradicional ha denominado el carácter erga omnes, es decir, la oponibilidad absoluta del derecho de propiedad. Es esta oponibilidad la que convierte a la propiedad en el vehículo idóneo para internalizar las externalidades porque es a partir de esta exclusión que se hace, es que surge el incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado y añadiéndose a ello que se racionaliza los costos que derivarían de una sobreexplotación del bien. Por lo que se otorga al propietario los siguientes atributos:

- **Jus utendi**, o derecho de servirse de la cosa.

- **Jus fruendi** o derecho de percibir sus rentas y sus frutos, si es fructífera la cosa sobre la que versa el dominio.

- **Jus abutendi** o derecho de disponer de la cosa, conservarla, donarla, destruirla o incluso abandonarla, llegado el caso.

- **Jus vindicando** o facultad de reclamar la propiedad de la cosa, junto con tenencia de la misma, siempre que hubiera sido arrebatada de un modo injusto a su legítimo propietario.

iv) **La Propiedad es Perpetua**. Esto significa que ella no se extingue por el solo no uso. El propietario puede dejar de poseer (usar o disfrutar) y esto no acarrea la pérdida del derecho. Para que el propietario pierda su derecho será necesario que otro lo adquiera por Usucapión. En nuestra normativa el artículo 927° señala la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, con lo cual se declara la perpetuidad del derecho y de la acción que la cautela; dejando a salvo el derecho de quien adquirió el bien por prescripción. Por lo que la propiedad del bien depende de la existencia del mismo: la propiedad dura tanto como dura la cosa.

Modernamente se ha añadido otras características entre las que tenemos:

v) **La Inherencia.-** Gunther nos dice que fue el profesor italiano Michel Giorgianni el primero en utilizarlo, en la cual se entiende que la inherencia consiste en la incorporación del derecho sobre la cosa, es decir, se une en forma metafórica pero con la consecuencia jurídica de lo que le sucede a la cosa repercute en el derecho real, mientras que lo que le sucede al derecho tiene incidencia sobre la cosa, la inherencia está vinculada con las viscitudes de la cosa, al margen de los terceros. Ej. la partición del bien.

vi) **La inmediatez.-** Gunther nos dice que existe una relación directa con el bien pues éste es concebido como un objeto, además significa la posibilidad de obtener del bien provecho correspondiente a su derecho sin inmediación de otra persona, es decir, no se precisa de acto ajeno para satisfacer el interés del titular.

-Desmembraciones de Derechos reales

El Usufructo

Como su nombre lo dice es aquel derecho de usar el bien ajeno y de percibir de sus frutos, sin alterar su sustancia; está sujeto a un tiempo establecido por las partes. (Código Civil, 2015).La doctrina señala que es una de la más importante de las servidumbres personales, puesto que comprende el jus abutendi y el jus fruendi. El titular del bien o cosa gravada sólo conserva el jus abutendi, limitándose a expectar el derecho del usufructuario, y por la ventaja de conservar ciertos productos. Por esta figura se concede a una persona llamada usufructuaria el derecho de usar y gozar temporalmente de un bien que pertenece a otra persona llamada propietario. El usufructuario está obligado a conservar la cosa. No puede destruirla ni enajenarla. El usufructo se establece sobre todas las cosas corporales mobiliarias o inmobiliarias que figuran en el patrimonio de los particulares, salvo las que se consumen por el uso.

El Uso y la Habitación

Este derecho de uso consiste en la prorrogativa que tiene el titular de servirse de la cosa objeto del derecho y percibir sus frutos hasta la cantidad que le sea necesaria para satisfacer su necesidad inmediata y la de su familia. Según antiguos tratadistas, el uso sería un usufructo limitado y reducido a las necesidades de la persona que a él tiene derecho. El uso no es otra cosa que el jus utendi todo entero, es decir, el derecho de obtener de una cosa todo el uso de que pueda ser susceptible, pero sin percibir fruto alguno. El usuario puede usar la cosa, pero no puede arrendar o ceder el ejercicio de su derecho, porque el precio del alquiler sería un fruto civil, y él no tiene el jus fruendi.El uso está considerado como indivisible. El usuario está, en general, sometido a las mismas obligaciones que el usufructuario. En tanto que el derecho de habitación consiste en la prerrogativa que tiene el titular de favorecerse, tanto él y como su familia con el uso de un local o parte del que se destine a la vivienda familiar. Tanto si se beneficia del derecho de uso, como el de habitación, está obligado a conservar la cosa como lo haría un buen padre de familia. (monografías.com)

La Servidumbre

La doctrina señala que el derecho de propiedad goza de un estado ordinario el cual es el de ser libre, es decir, el de procurar al propietario todas las ventajas que ella proporciona.

Mientras que a la servidumbre se la tiene como una restricción a la propiedad de una parte, y la otra parte tiene un derecho sobre el bien de otro. Se distinguen dos especies:

1) **servidumbres personales**.- Constituidas sobre una cosa mobiliaria o inmobiliaria en beneficio de una persona determinada, sin pasar a sus herederos.

2) **servidumbre reales o prediales.**- Es el provecho que constituye un fundo sobre otro fundo. Las servidumbres reales o prediales es un derecho real inmobiliario que produce una carga que afecta a un inmueble, denominado predio sirviente, en beneficio de otro, llamado predio dominado. Según el Código Civil " es un gravamen que se impone por ley o por contrato a un predio en beneficio de otro". Se realiza con la finalidad de dar al dueño del predio dominante facultad de practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedirle a su dueño el ejercicio de algunos de sus derechos.

La Superficie

En la doctrina encontramos que la superficie viene a ser el derecho de propiedad proyectado hacia arriba, esto tiene alcance tanto para el suelo y el espacio aéreo, en lo que corresponde al área del suelo que es objeto del derecho. Debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad del suelo comprende todo lo que está adherido a él, entonces tenemos al subsuelo y a la superficie como derechos que le correspondería al propietario del suelo. Según el derecho civil, el locatario del suelo de otro no es propietario del edificio que él ha construido, porque el propietario del terreno es quien tiene la propiedad de la superficie, es decir, de las edificaciones construidas sobre su terreno. Por tanto, si el cesionario era perturbado en su goce por el propietario, podía tan sólo reclamarle daños e intereses por la acción conducti, y si era perturbado por terceros, obtener del propietario la cesión de sus acciones. La creación de este derecho real está subordinado a dos condiciones: un contrato de arrendamiento, perpetuo o a largo plazo y el libre ejercicio del derecho del superficiario. Según nuestro Código Civil, por este derecho el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo, por un determinado tiempo y a su vencimiento el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor.

-**Derechos Reales Accesorios**

La anticresis

La doctrina señala que la anticresis es el contrato por el cual el acreedor adquiere el derecho de ser puesto en posesión de un inmueble de su deudor hasta el completo pago de su crédito, y de percibir sus frutos y rentas con cargo de imputarlo anualmente sobre los intereses, si se los debe, y después sobre el capital. Es del derecho real accesorio que otorga al acreedor el derecho de conservar en su poder un bien inmueble de su deudor por el tiempo que dure su acreencia y con el derecho de percibir los frutos que se produzcan en el predio dado en anticresis. Es necesario que la anticresis se acuerde por escrito, y no se considera formalizada sino cuando el deudor entrega al acreedor el bien afectado. De ninguna manera el acreedor podrá atribuirse el derecho de propiedad sobre el bien dado en anticresis a la llegada del término del contrato, aunque el deudor no haya cumplido con su obligación de pago. Es necesario que agote el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Hipoteca

La hipoteca es un derecho real destinado a garantizar el pago de un crédito, sin desposeer al propietario del bien gravado. Permite al acreedor, si no se le paga el crédito, requerir la venta del bien al vencimiento de la deuda, sin que importe en poder de quien se encuentre (derecho de persecución) y cobrarse con el precio de la venta antes que los demás acreedores (derecho preferente). La hipoteca: "*es la afectación real e indivisible de uno o más inmuebles del deudor para garantizar un crédito sin que el deudor sea desapoderado de la propiedad de su inmueble" según nos dice* **Salvador Jorge Blanco**. En nuestro Código Civil regula que en principio, la hipoteca recae sobre inmuebles, pero sin embargo, encontramos en la doctrina que por ley especial se permite hipotecar ciertos bienes muebles que tienen un asiento fijo, como los buques y aeronaves. En la modernidad la encontramos como un instrumento del crédito comercial, agrícola, industrial y de fomento de construcciones de la vivienda familiar. El código Civil dice en toda su extensión que no hay desposesión del inmueble y el acreedor tiene el derecho de perseguir al inmueble para que realice el cobro de su acreencia con los atributos del derecho de persecución y de preferencia frente a terceros. Sin embargo esta hipoteca tendrá validez solo si es sometida a un régimen de publicidad.

-**Limites del Derecho a la Propiedad**

El artículo 923°, dice en su parte final que “la propiedad debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. Ya que el bien común es el bien general, el bien de todos”.(*es.scribd.com,* 2012)

Debemos decir que, es la ley que puede imponer válidamente límites a la propiedad, Ejemplo de ello son la imposibilidad de la disposición total de sus bienes que se impone a un testador que tiene herederos forzosos, y la determinación por ley de la rentabilidad de ciertos bienes (caso de las viviendas de bajo costo).También encontramos otro límite legal que es la zonificación, que es la división del suelo por sectores a fin de indicar sus usos y aprovechamientos permitidos en cada uno de esos sectores (las restricciones por vinculación urbanística o vial, área natural protegida, situación de peligro o riesgo de un determinado asentamiento humano, las servidumbres forzosas, zonas de dominio público, las playas) todas ellas por previsión normativa (Gunther, Gonzales Barrón, 2012)

-**SISTEMAS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD**

Jorge Alberto Beltrán Pacheco (2016),nos explica que el sistema de transferencia de propiedad es un sistema que establece los principios y reglas que orientan y regulan la adquisición del derecho de propiedad, ordenando el traslado de la titularidad de los bienes.

Con lo cual se busca los siguientes objetivos:

1. **la riqueza**, ya que el bien para que circule de modo dinámico, requiere la reducción de todo aquello que implique un costo innecesario o traba como son los trámites ante el Registro o los costosos (para muchos) requisitos notariales.
2. **la “seguridad jurídica**” nos encontramos ante aquella posición que estimula la aprobación de los Registros Públicos como modo de adquisición de los bienes inmuebles puesto que reduce todo aquello que implique un costo de información, facilitando la confianza en las adquisiciones e incentivando la contratación.

En la doctrina encontramos que se debe considerar que estos dos objetivos no son excluyentes sino son complementarios, puesto que sin seguridad no hay estímulo a las transferencias y sin incentivo a la riqueza (al mayor número de transacciones) no hay

necesidad de consolidar un Registro Público, además se tiene que los sujetos adquirientes son los llamados a regular el modo más adecuado para publicitar su derecho.

Clases de sistemas de transferencia de propiedad

Según Jimmy J. Ronquillo Pascual (2012), nos menciona que en la Doctrina encontramos los siguientes sistemas de transferencia:

a. **Sistema de Unidad del Contrato**: Se dice que este sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico donde se manifieste la voluntad del transferente de enajenar y la del adquiriente de pagar el precio, configurándose con ello la transmisión de la propiedad. Así podemos decir que se considera al contrato como base de la adquisición del Derecho Real de propiedad, siendo la única fuente del efecto real y obligatorio. Dentro de este sistema encontramos también según nos dice Ronquillo al sistema trasmisivo de doble causa de adquisición o también llamada del título y del modo, es decir, se presenta la necesidad de un "**modo**" (signo de reconocimiento público) que determine el nacimiento del derecho real; este sistema **del título y el modo** (que regula la transferencia de los bienes muebles en el Perú, que además del contrato requiere de la traditio) y luego encontramos al sistema transmisivo de causa única o sistema consensual o espiritualista o **sistema del Registro Constitutivo que no convalida** que se aplica en nuestro país. Estos sistemas lo desarrollamos en seguida:

    1. **Sistema del título y el modo**.- La doctrina nos señala que este sistema tiene su origen en la traditio romana, ya que los romanos no concebían la idea de que la voluntad por si sola pudiera transmitir un derecho real, por lo cual añadieron un hecho o acto adicional formal (la mancipatio, la in iure cessio) o material (la traditio), pero que con posteridad estos actos formales cayeron en desuso, pero solo sobrevivió a manera de perfeccionamiento de las transferencias ***la traditio.*** Ronquillo Pascual citando a Puig Brutau, precursor de esta teoría, nos dice que sostenía "todo dominio tiene dos causas, una remota que explica porque uno se hace dueño, y otra próxima, por la que

efectivamente se consigue el dominio" la primera es el título y la segunda es el modo.

2. **Sistema consensual o espiritualista**.- La doctrina señala que es en el derecho romano que se había iniciado una espiritualización de la traditio, pero con posterioridad en Francia es donde la entrega física se reemplazó por una cláusula llamada ***dessaine-saisine***, cláusula que significaba que el vendedor "dejaba la posesión" del bien a favor del comprador que a su vez "entraba en posesión" de éste. Pero en el plano formal la transferencia de propiedad continuaba operando en virtud del título y modo, pero como se dijo líneas arriba en la realidad operaba en virtud del acuerdo de las partes. Luego ya el legislador francés tratando de reconocer lo que pasaba en la realidad estableció en el código Napoleón que la obligación de entregar la cosa hacia al acreedor propietario del bien, aunque la entrega no se hubiera realizado. Es de allí que se consagró este sistema, dotándole al contrato la virtualidad de transferir directamente la propiedad.

b. **Sistema de separación del Contrato**: Respecto a este sistema la doctrina señala que en este sistema se exige la concurrencia de dos negocios jurídicos (uno que produce el efecto obligatorio porque contiene la voluntad de las partes de obligarse a transferir con un ulterior contrato y el otro que es un negocio dispositivo donde se efectiviza la transmisión de la propiedad, es decir, tiene el efecto real), siendo éstos diferentes, por lo que sí, uno de ellos es nulo, ello no resta eficacia al otro,y por último se tiene el acto ejecutivo real que puede ser la traditio o también la inscripción o **sistema registral convalidante**, en este sistema se establece al registro como un acto real (un segundo acto o contrato en virtud del cual se inscribe el bien) siendo autónomo del contrato que determinó el nacimiento de la obligación de dar el bien inmueble.

EL PERU ADOPTO EL SISTEMA CONSENSUALISTA, Según Ronquillo Pascual se adoptó la corriente realista porque aquella propugna que el contrato puede transferir valida y directamente la propiedad. Así también tenemos lo que señalan Federico G. Mesinas Montero y Manuel Muro Rojo (2014),que dicen que para la elaboración del Código se impuso la posición de Olaechea, la cual propugnaba por la

consensualidad de la transferencia de propiedad, esto en razón a la deficiencia del sistema registral en el Perú, llegando a concretarse en el artículo 1172° del Código desfasado del año 1936, que impropiamente fue ubicado dentro de las normas concernientes a las obligaciones de dar, con el texto siguiente: "la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario. Posteriormente fue recogido en Código Civil actual en el art. 949°; Beltrán Pacheco al igual que Ronquillo Pascual nos dicen que existen diversas posiciones respecto de este artículo 949°, así dice que Manuel de la Puente y Lavalle quien representa al sector de la doctrina que señalan tajantemente que el contrato no puede producir efectos reales por lo que establece que *el código civil en el artículo 949° es uno que reconoce* ***la teoría del Título y el Modo,*** ya que el título está constituido por el contrato de transferencia donde se obligan a transferir (compraventa) y el modo está en el mismo artículo en comentario donde se señala que se produce la transferencia de la propiedad en razón a la existencia de la obligación de transferir. Otra tesis es la de Bigio Chrem que dice debe distinguirse entre título de adquisición y el modo de adquisición según el autor señala que el contrato de compraventa de un inmueble es al mismo tiempo título de adquisición (crea la obligación de dar), y es modo de adquisición(perfecciona la adquisición del comprador), es con esta tesis que Ronquillo muestra su desacuerdo, porque este razonamiento señala solo es aplicable a la adquisición de bienes muebles. Por otro lado tenemos a Fernandez Cruz y Forno Florez quien esestablecen que el artículo 949° es uno que regula un sistema de unidad del contrato de causa única (consensual), Forno afirma que el contrato en el Perú puede producir efectos reales inmediatos. Por otro lado tenemos la tesis de Castillo Freyre que está a favor de la corriente que señala que el contrato no produce efectos reales y señala que "la compraventa es un contrato meramente obligacional y que si en el caso de los inmuebles se produce la transferencia inmediata de la propiedad, ello dice ocurre al nivel de ejecución de la prestación de la obligación de transferir propiedad y no al nivel del momento de celebración del contrato". Y por último tenemos la tesis de Torres Mendez quien sostiene que habría de aplicar analógicamente el modo de adquisición prevista para los bienes muebles por la contradicción que existe en los art. 949° y el art. 1529° el primero es consensualista y el segundo es de título y modo; por lo que la propiedad inmobiliaria también se transferiría por medio de la tradición del bien. Nosotros estamos de acuerdo con la posición de Forno y Fernandez que señalan que en el Perú el contrato produce efectos reales, en este caso la transmisión de la propiedad.

-**BASE JURIDICA DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

Constitución Política del Perú

Artículo 2º.- **Derechos de la Persona**

Toda persona tiene derecho:

(...)

16. A la propiedad y a la herencia.

Artículo 70º.- Propiedad y Expropiación

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. 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.

Artículo 71º.- Propiedad de Nacionales y Extranjeros

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Artículo 72º.- Restricciones por Seguridad Nacional

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Código Civil Peruano

Articulo 923º.- Derecho de propiedad: Atribuciones

La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social (se entiende modificado por la constitución de 1993 en su art.70° que señala “se ejerce en armonía con el bien común”) y dentro de los límites de la ley.

Articulo 924º.- Ejercicio abusivo del derecho de propiedad

Aquel que sufre o está amenazado de un daño porque otro se excede o abusa en el ejercicio de su derecho, puede exigir que se restituya al estado anterior o que se adopten las medidas del caso, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados.

Articulo 925º.- Restricciones legales de la propiedad

Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico.

Articulo 927º.- Acción reivindicatoria.-La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción

Artículo 947º.- Transferencia de propiedad de bien mueble.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.

Artículo 948º.- Adquisición a non dominus de bienes muebles.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

Articulo 949º.- Transferencia de propiedad de bien inmueble.- la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Articulo 950º.- Prescripción adquisitiva.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y publica como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo titulo y buena fe

Artículo 954º.- Extensión del derecho de propiedad.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Artículo 955º.- Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

Artículo 956º.- Acciones por obra que amenaza ruina.- Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas.

Articulo 957º.- Normas aplicables a la propiedad predial.- La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.

Articulo 958º.- Propiedad horizontal.- La propiedad horizontal se rige por la legislación de la materia

Articulo 968º.- Causales de extinción de la propiedad

La propiedad se extingue por:

1.- Adquisición del bien por otra persona.

2.- Destrucción o pérdida total o consumo del bien.

3.- Expropiación.

4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

-**DE LOS SISTEMAS DE DERECHO REALES**.

Respecto del sistema utilizado en Perú, Figueroa nos alcanza lo dicho por del doctor y tratadista Jorge Avendaño, en un artículo otorgado a la revista Themis, donde señala que los derechos reales en el PERU son prácticamente los mismos que en el Derecho Romano, señalando también las novedades surgidas como son la propiedad horizontal y la multipropiedad. Avendaño también nos da a conocer que han surgido nuevos derechos reales, como es el caso de la Propiedad Fiduciaria y los Títulos de Crédito Hipotecario Negociables,(Sergio Moisés Figueroa Cercedo, 2013). Y más adelante Figueroa profundiza la definición de derechos reales y dice que los derechos reales son el poder jurídico, directo e inmediato que los sujetos tienen sobre un bien que les pertenece. Respecto de los sistemas Figueroa**,** en la introducción de su tesis titulada ¿Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales "Numerus Clausus"? nos dice que en el Perú tenemos un sistema de Numerus Clausus, es decir, que la creación de derechos reales solo es reservada para la ley, pero también nos exhibe una corriente o postura en la doctrina en la que consideran que es factible considerar a los derechos reales como Numerus Apertus, mostrando su acuerdo con que los derechos reales se pueden crear por ley, pero también dice se podrían crear por la voluntad de las partes, mientras se cumplan con los requisitos legales adecuados para un derecho real en general y se trate verdaderamente de la creación de un poder directo e inmediato sobre la cosa. Con esta referencia que nos da Figueroa, pasamos a definir los sistemas:

SISTEMA NUMERUS CLAUSUS.- En nuestro país el Código Civil ha adoptado el sistema "numerus clausus" para designar a los Derechos Reales, dentro de cuales encontramos a 11 derechos como: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie, servidumbres y los 4 derechos reales de garantía: hipoteca, prenda, anticresis y retención. La característica principal de este sistema es la tipicidad de los derechos reales, para el autor José Antonio Álvarez Caperochipi citado por Figueroa señala que la tipicidad de los derechos reales tiene dos razones: la protección de la apariencia, por el tema de la publicidad del derecho de propiedad; y, la segunda de una importancia mayor es la protección de la propiedad, (libertad de enajenación y libre circulación). La enajenación y la libre circulación es el fundamento de la defensa de la apariencia que utiliza Caperochipi, donde señala que su ejercicio estaría sometido a un régimen de publicidad (posesión y registro) que exigiría la preexistencia típica del derecho y la determinación sustancial de su contenido. Además de ello Caperochipi

defiende la posición de la eficacia erga omnes de un derecho real, ya que ésta le es dada por Ley, pues en virtud de acuerdos privados, no se podría constituir relaciones con trascendencia universal. En conclusión Caperochipi defiende la Seguridad Jurídica, para él es de mucha importancia que todo lo relacionado a transacciones sobre bienes debe ser publicitado, para que de esa manera tenga eficacia erga omnes. La doctrina señala que los derechos reales son tan importantes para el tráfico de los bienes, que es necesario que su número sea determinado por la ley. Figueroa al igual que Caperochipi señalan que el sistema de numerus clausus trata más de una protección a terceros sobre los acuerdos que celebren dos personas y la protección de todo un sistema jurídico de derechos reales, que están establecidos desde la Constitución Política hasta las leyes especiales que lo regulan. Su importancia además radica en que la propiedad es el derecho real por excelencia, y juega un rol importante en el desarrollo económico de un país, pues de ella depende toda su estructura económica, por lo cual se hace necesario este sistema.(Sergio Moisés Figueroa Cercedo, 2013)

SISTEMA NUMERUS APERTUS.- Respecto de este sistema Figueroa nos dice que países como Francia y España lo tienen como sistema de derechos reales. En este sistema abierto o permisivo, dice la voluntad de las partes es libre para crear todos los derechos reales que se crean conveniente; en este sistema se acentúa bastante el principio de la autonomía de la voluntad. Citando al tratadista Díez-Picazo, Figueroa nos señala que el problema no está en decidir si se puede crear o modificar derechos reales ya existentes; sino, en establecer los parámetros y límites precisos en que se desenvolverá este poder de los individuos en el ordenamiento jurídico.

-**DERECHOS DE OBLIGACIONES O PERSONALES**

En la doctrina encontramos a Ferrero Costa que apoyado en León Barandiarán, citados por Vigo Saldaña señalan que “son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal”. Vigo Saldaña nos alcanza un concepto donde señala que “es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho” o en términos más sencillos, un

derecho personal “es aquel que otorga la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera: a dar, suministrar, a hacer, a no hacer alguna cosa”.(Flaminio Gilberto Vigo Saldaña,2009)

En este tipo de derecho se establece relaciones entre personas determinadas, en razón de las cuales el respectivo titular puede exigir de alguien la prestación debida, cualquiera sea la denominación escogida, los derechos personales creditorios u obligaciones, suponen un vínculo jurídico establecido entre dos partes (una acreedora y otra deudora) por el cual la parte acreedora, puede demandar a la deudora el cumplimiento de una prestación, surgiendo para esta última una responsabilidad. (Anónimo, 2008)

El derecho personal dice la doctrina goza de igual protección erga omnes que el derecho real en tanto se encuentre en un estado estático, es decir, en tanto esté en la esfera jurídica subjetiva del sujeto titular del derecho (etapa fisiológica) pero una vez transite a un estado dinámico, es decir, forme parte del trafico jurídico y se produzca el incumplimiento de la obligación (etapa patológica) su protección es clara en relación al deudor, le es oponible de plano si es culpable del incumplimiento, pero la protección erga omnes con respecto a terceros dependerá de muchos factores que deben concurrir para que les sea oponible.

Los Elementos de los Derechos Personales son: Encontramos al sujeto activo, al sujeto pasivo individualmente determinado y la prestación, que consiste en dar, hacer o no hacer, en el derecho personal, del comportamiento del sujeto pasivo depende que la obligación se cumpla. Además los derechos personales, son relativos porque solamente pueden hacerse efectivos contra personas determinadas, vinculadas por la relación jurídica, son ilimitados e infinitos, pues las partes pueden crear todos los que convengan a sus intereses, sujetándose al contrato (numerus apertus).En este derecho la acción se dirige contra uno o más sujetos determinados (deudor o deudores), los cuales son conocidos desde un principio, y sólo ellos pueden ser los sujetos pasivos de la acción, por ende, esta acción se denomina personal, pues el derecho que se reclama afecta a la persona del deudor que debe cumplir una obligación.(Andrés Eduardo Cusi, 2014).

Los Derechos Personales y Su Evolución a Través del Tiempo

Según la buena doctrina en el antiguo Derecho Romano, hasta la ley Poetelia Papiria, del año 286 a. C., entre deudor y acreedor nacía un vínculo físico, no jurídico, ya que el

deudor respondía con su propia persona, a través del “nexum”, por la obligación contraída. A partir de la ley citada, la garantía de cumplimiento de las deudas contraídas, pasó a ser el patrimonio, y allí nació la relación o sujeción de derecho del deudor, con respecto al acreedor, para poder accionar por vía judicial, sobre los bienes del deudor, ante su incumplimiento, y no de hecho, sobre su persona física.

Características del Derecho Personal

La doctrina nos brinda las siguientes características:

- Los derechos personales son innumerables, ya que las partes pueden crear las relaciones que estimen convenientes a través del principio de la autonomía de la voluntad, con la única limitación que actúen en derecho.

- Tienen un carácter relativo, ya que solo se pueden exigir respecto de las personas que han contraído obligaciones correlativas.

- La intervención de tres elementos: acreedor, deudor y prestación.

- El derecho personal tiene doble cara, de crédito contemplado con relación al acreedor y deuda con respecto al deudor.

- Otorgan las acciones personales, que son aquellas por medio de las cuales el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación al deudor. (wikipedia)

Tipos de derechos personales

- Derechos personales propiamente dichos, cuando las obligaciones se dan entre un sujeto activo y uno pasivo sin mayores detalles.
- Derechos crediticios, cuando el sujeto activo o acreedor, en base a su crédito, obtiene la posibilidad de ejecutar una acción contra el sujeto pasivo o deudor.
- Obligaciones, cuando al sujeto pasivo o deudor le corresponde desempeñar un tributo al que está obligado.(www.caracteristicas.com, 2017).

-**EXPRESION DEL DERECHO PERSONAL SON LOS CONTRATOS:**

La doctrina considera al contrato como el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicos-patrimoniales definición encontrada en el Art. 1351° del C.C. Los elementos esenciales del contrato son los siguientes: el consentimiento, la causa, el objeto y excepcionalmente las formalidades solemnes que señale la Ley. El perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en el que el contrato produce sus efectos por lo que el contrato queda perfeccionado con el consentimiento, es decir, cuando las voluntades confluyen y/o cuando además debe observarse la forma prevista por Ley. Los contratos tienen como verbo rector la autonomía de la voluntad de las partes, en todo lo que se refiera a determinar libremente el contenido del mismo, sin contravenir el marco legal y las buenas costumbres. (Guido Aguila Grados y Elmer Capah Vera,2007)

-**NATURALEZA JURIDICA DE LA OBLIGACION**

La doctrina representada en Osterling y Castillo que citando a Llambias y Planiol consideran como fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley. Con lo que tenemos que en el contrato la voluntad de las partes forma la obligación, y determina a la vez su objeto y extensión, aquí el legislador no interviene, sino para sancionar la obra de las partes, dándole una acción y limitando la libertad de los contratantes por medio de prohibiciones y nulidades; mientras que cuando el nacimiento de una obligación se da por ley, no es porque el obligado lo quiera sino porque el legislador así lo prevé. (Osterling Parodi y Castillo Freyre, 2008)

Sobre las características del derecho de obligaciones Henri León y Jean Mazeaud nos señalan que la obligación es un vínculo de derecho, de naturaleza pecuniaria y que se integra entre personas, definiéndolos enseguida:

1. **Vinculo de Derecho**.- Es un vínculo de derecho, porque el acreedor puede ejercer su facultad de coacción, pasando a la ejecución forzosa si el deudor incumple el pago, puede ser de manera directa o indemnizatoria, por los perjuicios causados.
2. **Naturaleza Pecuniaria**.- porque puede ser valorado en dinero, es un derecho patrimonial. Pero esto no significa que el ámbito de la obligación se encuentre separado de los derechos de la personalidad, asimismo el interés del acreedor no

necesariamente puede tener naturaleza económica, ya que muchas veces puede ser intelectual o moral.

3. **se da entre Personas.-** es decir, constituye un vínculo entre personas, porque se genera una relación de dependencia del deudor frente al acreedor y viceversa, ya que ambos esperan ver satisfechos sus intereses.

-**MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE CREDITO**

Constitución Política Del Perú:

ARTÍCULO2°; toda persona tiene derecho a:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (…)
16. A la propiedad y a la herencia.

ARTÍCULO 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (…)

ARTÍCULO 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (…)

ARTÍCULO 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

OTRAS NORMAS DEL CODIGO CIVIL

Art. 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Art. 1352.- Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad.

Art. 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Art. 1363.- Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones.

-**DIFERENCIAS DE LOS DERECHOS REALES CON LOS DERECHOS PERSONALES**

En la doctrina partiendo de la tesis clásica Vigo Saldaña citando a Díez-Picazo, nos dice que en el derecho civil hay una especie de columna vertebral que constituye todo el sistema y estos son **los derechos patrimoniales** que tienen por objeto las llamadas realidades del mundo exterior (derechos reales); o pueden tener por objeto los llamados actos del hombre (derechos obligacionales). En el primer supuesto tenemos que, es un derecho que recae directamente sobre el bien, sin necesidad de una persona obligada. Mientras que el segundo, es un derecho a exigir de una persona determinada cierta prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Con lo cual notamos que si bien esta clasificación tiene una importancia práctica en la medida que es utilizada por los textos legales y, en especial en el Código Civil, pero como lo dice la teoría clásica ambos son en esencia derechos subjetivos, que apuntan a tener por objeto a uno u a otro. (Flaminio Gilberto Vigo Saldaña, 2009)

La doctrina y Jimmy J. Ronquillo Pascual nos ofrecen las siguientes diferencias en relación a la clasificación de los derechos subjetivos:

1. El Derecho Real es de índole privada y patrimonial, su objeto ha de ser actual o existente, determinado, susceptible de tráfico jurídico, capaz de proporcionar una utilidad y apropiabilidad; Dentro de los bienes objeto de los derechos reales tenemos los objetos corporales y los objetos incorporales que se encuentran objetivadas en valor aparte (derecho patrimoniales de autor). Mientras el Derecho

Personal obligacional o de crédito tiene como objeto la conducta debida que se ha de realizar a fin de satisfacer el interés del acreedor.

2. El Derecho Real implica una atribución de un bien en el patrimonio de un sujeto
3. El Derecho Real presenta una facultad de goce o aprovechamiento del bien. Mientras que el Derecho Personal o de crédito está conformada por la facultad de pretender, ya que el titular de la acreencia tiene el poder para exigir a su deudor que logre satisfacer su interés.
4. El Derecho Real tiene una facultad de realización directa del interés del titular mediante el poder pleno del titular. Esta característica no está presente en el derecho personal
5. El Derecho Real ostenta eficacia, en tanto que la satisfacción del interés de su titular es a la atribución, el aprovechamiento y pertenencia de los bienes, es decir, su satisfacción se realiza inmediatamente en virtud de la utilidad del bien. Mientras que el Derecho Personal ostenta eficacia, en tanto que la satisfacción del interés de su titular está referido a la obtención de una colaboración y cooperación ajena, es decir, su satisfacción será mediata por medio de la actividad o colaboración de otro sujeto.
6. El derecho personal o de obligaciones es el aspecto dinámico del derecho patrimonial en tanto regula el tráfico económico, la circulación e intercambios de bienes y servicios y la reparación de daños. Mientras que el derecho real es el aspecto estático del derecho patrimonial.
7. El derecho personal no es una situación jurídica autosuficiente por lo que al paso del tiempo sin que el titular ejercite su derecho opera la prescripción extintiva. En tanto que el derecho real es autosuficiente y por tanto no opera la prescripción extintiva.
8. Los derechos reales son perpetuos o temporales y los derechos de crédito son temporales.
9. En el derecho personal la extinción opera con el pago, la novación, la compensación, la condonación, el mutuo disenso; en tanto el derecho real se extingue con la destrucción del bien o perecimiento de la cosa.
10. En el derecho real la transmisión es únicamente activa; mientras que en el derecho personal o de crédito puede ser activa (cesión de crédito) o pasiva (asunción de deuda).

11. El derecho real en etapa fisiológica y patológica es de oponibilidad erga omnes por imperio de la ley; mientras que el derecho de crédito en una etapa fisiológica es oponible inter-partes y en etapa patológica una vez ayudado por el sistema judicial que dispone su inscripción en los RRPP es oponible erga omnes en tanto le sea favorable.

-**DERECHO REGISTRAL EN EL PERU**

Encontramos a Rubén Guevara Manrique(1985), que nos hace una introducción a los inicios del derecho registral, donde claramente nos dice que es un derecho especializado que esta desprendido del Derecho Común y que en sus inicios en España se conoció como Derecho Hipotecario, debido a que el primer derecho real, cuya inscripción fue necesaria fue la hipoteca. Asimismo citando al maestro José León Barandiarán que en un prólogo escrito en el libro de Bernardo Pardo Marquez "El Derecho Registral Inmobiliario en el Perú" denomina a éste como "rama garrediza que brota del tronco del derecho civil", destacándolo con la denominación **derecho registral**, la misma que fue aceptada y adoptada, porque ésta abarca todos los derechos susceptibles de ser inscritos. Mientras que Lino Rodriguez, ya propiamente enfocado en el Perú, nos dice que el registro de la Propiedad se creó mediante la Ley del 2 de enero de 1888, normando en ella el proceso de inscripción y se implantó los Oficios de Hipotecas que provenían de España, las cuales se crearon para contrarrestar la clandestinidad de las hipotecas ocultas en el Derecho antiguo, a través de la publicidad registral. Nos dice que en el caso del Perú su funcionamiento e implementación fue tan precario, pues fueron creados para una realidad donde existían pocas propiedades urbanas y era casi nulo el tráfico inmobiliario. Lino nos recuerda que en los orígenes de la institución registral las inscripciones se hacían en tomos, es decir, en grandes libros que tenían de 500 a 600 fojas y de ellas, cada seis o siete páginas conformaban lo que era la Partida Registral, ya que en virtud del principio de especialidad, ésta debía corresponder en forma exclusiva y excluyente a un solo inmueble, el cual correspondía a un propietario determinado. En la actualidad en nuestro sistema de registro existe la partida electrónica registral, éstas se identifican a través de una codificación que se produce al momento de ingresar, produciéndose las inscripciones posteriores referentes a la partida bajo un mismo número. La partida electrónica se implementa en la SUNARP a partir de la expedición de la Res. SUNARP 124 - 97 del 15 de agosto de 1997, norma administrativa que aprueba la sustitución del archivo registral

existente en la Oficina Registral de Lima y Callao - ahora Zona Registral N° IX Sede Lima- por un sistema de micro archivos y la implementación de una nueva técnica de Inscripción basada en la generación de asientos electrónicos, que quedan almacenados en el sistema y que aseguran su inalterabilidad y su integridad. (Lizeth Beatriz Lino Rodriguez, 2015)

Definiciones de Derecho Registral

Rubén Guevara Manrique (1985), nos alcanza las definiciones siguientes:

Según Raúl R. García Coni citado por Guevara, "El derecho registral es la sistematización de principios relacionados con la dinámica de los derechos inscribibles en relación con los terceros".

Para Gonzales y Martínez citados por Guevara, señalan que "Es el conjunto de normas que regulan los derechos reales inscribibles, determinan los efectos que las acciones personales adquieran contra terceros por la anotación y fijan especial alcance de las prohibiciones de disponer".

Roca Sastre citado por Guevara, sostiene que "Es el conjunto de normas legales que regulan la organización y funcionamiento del registro de la propiedad inmueble y la práctica, valor y efectos de sus asientos de inmatriculacion registral de fincas, con sus modificaciones, y de las inscripciones de actos, resoluciones judiciales y administrativas registrales y anotaciones preventivas admitidas".

El mismo Guevara Manrique, nos da su concepto y dice: "Derecho registral es el conjunto de normas jurídicas y principios registrales que regulan la organización y funcionamiento de los registros públicos, los derechos inscribibles y medidas precautorias, en los diversos registros, en relación con terceros".

Gunter Gonzales Barrón (2012), señala un concepto más simplificado del derecho registral, "Es un sistema que el Estado organiza a fin de permitir contar con un titulo formal de prueba de los derechos; de esta forma, el comprador, o el acreedor hipotecario, podrá gozar de certeza respecto de las adquisiciones que realizan y, en ese sentido, se asegura la rentabilidad de sus proyectos de inversión (predictibilidad). Es decir el registro facilita el conocimiento del estado jurídico de los derechos, proporcionando un título (o conjunto de ellos) con investidura formal". p.103.

Alarcón Flores Luis Alfredo (Monografias.com),nos dice que “El Derecho Registral es una especialidad jurídica que se encuentra vinculada con el derecho de Publicidad que emana de una institución denominada los RRPP, dado que el registro nos otorga certidumbre, confianza, seguridad y verdad en relación con los actos que se emanan de los sujetos legitimados para de ello”.

-**LOS PRINCIPIOS REGISTRALES**

Guevara Manrique, nos dice que son las Orientaciones capitales, líneas directrices del sistema, serie sistemática de bases fundamentales. Resultado la síntesis o condensación del ordenamiento jurídico registral.

Roca sastre citado por Guevara nos dice, que estos principios son el resultado conseguido mediante la sintetización técnica de parte del ordenamiento jurídico sobre la materia manifestada en una serie de criterios fundamentales, orientaciones esenciales o líneas directrices del sistema registral.

Morales Godo citado por Lino Rodríguez**,** afirma que al Derecho Registral, lo sustentan los principios registrales, pues tienen expresión normativa, porque son su razón de ser, convirtiéndose en herramientas eminentemente prácticas, procurando ponerse al servicio del objetivo máximo de los RRPP, la seguridad jurídica.

Fernando Jesús Torres Manrique (web Derecho y Cambio Social), nos menciona a los principios del Derecho Registral y estos son:

a) **Principio de Rogación**

   Este principio está en el Art. 2011° del C.C y se entiende por él que la administración registral no puede actuar, si no es a solicitud, petición, ruego, instancia de parte, a disposición de los otorgantes de un acto o derecho o de tercero interesado. Ya que literalmente la norma señala que los registradores califican la legalidad de los documentos en ***cuya virtud se solicita la inscripción***, salvo en el caso de inscripción de resoluciones judiciales. Cabrera citado por Lino Rodriguez dice que es “aquel principio según el cual el registrador no puede proceder de oficio respecto a la práctica de los asientos registrales, sino que tiene que actuar a instancia o solicitud de parte”. Además nos dice se encuentra dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, inscribir

o no sus derechos. Naturalmente, tratándose de derechos reales incompatibles que recaigan sobre un mismo bien, nuestro sistema jurídico protege a quien hubiera inscrito su derecho en primer lugar, y perjudica a quien no hubiera inscrito su derecho o lo hiciere con posterioridad. En esta distribución de efectos jurídicos, naturalmente, no debe intervenir el Registrador en beneficio de unos y en perjuicio de otros.

b) **Principio de Legalidad**

Este principio de legalidad está contenido en el Art. 2011°del C.C donde señala que el registrador debe calificar lo siguiente: la legalidad de documentos que se presentan; la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, es decir, que por este principio se impone la necesidad de que los títulos inscribibles cumplan los requisitos legales necesarios para ser dotados de publicidad. Por lo que Guevara Manrique dice que necesariamente estos títulos están sometidos a un previo examen, verificación o calificación, en razón a que todo ello obedece a la idea de que sólo deben inscribirse los títulos válidos y legalmente perfectos. Es por ello, que los registradores califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción. El autor Luis Díez Picazo citado por Luis García García (2014), ilustre tratadista español, refiriéndose a la calificación de los títulos, señala es un "enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos". La calificación dice García es un filtro por el que deben pasar los actos y contratos en forma previa a la inscripción de los derechos que de estos emanan. Calificar es examinar, es evaluar y es confrontar. Se examinan los documentos en su forma externa (aspecto formal). Se evalúan los derechos contenidos en el acto o contrato y su validez (aspecto sustantivo).p. 360 y ss.

Según Soria Alarcón citado por Lino Rodriguez dice que para el efecto del control de la legalidad, debe cumplirse necesariamente las siguientes circunstancias: debe ser verificado que se cumplan las formalidades del título, la capacidad de los otorgantes, la validez del acto, es decir, la causa directa e inmediata de la inscripción, si existen los obstáculos que emanen de las partidas registrales, si es inscribible dicho acto o derecho y si sus antecedentes obran en el registro.

Guevara Manrique además añade que esta función del registrador es personalísima, obligatoria, debe calificar bajo su responsabilidad, sin poder delegar en otra persona, ni suspender su juicio para consultar con sus superiores, es pues, al mismo tiempo un Deber y un Derecho del registrador.

En conclusión este principio está referido al control, ya que los registradores califican la ***legalidad*** de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, pues se refiere a que todo título que pretenda su inscripción y/o anotación preventiva, sin excepción, debe estar sometido a una previa calificación registral. La calificación de acuerdo al principio de legalidad, consiste en un juicio de valor, no para declarar un derecho dudoso, sino para incorporar o no al registro una nueva situación jurídico registral.

c) **Principio de Publicidad**

Este principio de publicidad esta previsto en el Art. 2012° del CC, respecto del cual Guevara Manrique nos dice que en virtud de él se presume, "**Juris et de Jure"**, es decir, "Se presume, sin admitirse prueba en contrario; que toda persona está enterada del contenido de las inscripciones".

Álvaro Delgado Scheelje nos da un concepto de publicidad en sentido general, pues dice, que es un conjunto de medios que se emplean para divulgar y extender el conocimiento o noticia de determinadas situaciones o acontecimientos, con el fin de hacerlo llegar a todos, a fin de que adquieran la calidad o estado de públicas, es decir, sean notorias, manifiestas y patentes para todos. La publicidad registral nació para oponerse a la clandestinidad.(Álvaro Delgado Scheelje, 2014)

La doctrina ha conceptualizado a la publicidad jurídica registral de diversas maneras, pero siempre sin alejarse de su misma esencia, ya que mantienen siempre elementos y caracteres comunes, tales como la continuidad en la divulgación, el objeto de la misma que son situaciones jurídicas con cierta trascendencia o relevancia para terceros, la cognoscibilidad general o posibilidad de conocer estas situaciones y la organización de tal divulgación por parte del Estado. El objeto de este tipo de publicidad, es la clase de acontecimiento, y la divulgación del mismo, busca producir un conocimiento efectivo entre las personas hacia quienes va dirigida. Gonzales Barrón citado por Delgado Scheelje dice que la cognoscibilidad legal alude a que el público en general goza de la

posibilidad de conocimiento de los datos incorporados al Registro. En este tipo de publicidad no es necesario un conocimiento efectivo de los datos, solo basta que el interesado haya tenido la posibilidad de conocerlos. Guevara Manrique respecto de la publicidad dice que además se hace realidad en la obligación que tienen los funcionarios de dar, manifestar y exhibir la información y/o certificaciones a quien lo solicite. Mientras que Gonzales Barrón, nos dice que este sistema de divulgación está encaminado aparte de la cognoscibilidad de las situaciones jurídicas, a la tutela de los derechos y al incremento de la seguridad del tráfico. Gonzales Barrón añade que la publicidad que es la esencia del registro, produce efectos jurídicos como: la oponibilidad, certeza en la información (eficacia sustantiva), certeza en las relaciones privadas, ser preferido por la notoriedad, para que el hecho notorio tenga mejor rango frente a otros iguales a él, el hecho oculto no afecte al tercero, etc., advirtiendo que ello implica, la aceptación de que esta certeza es meramente presunta y como tal puede ser desvirtuada.

d) **Principio De Legitimación**

Lo encontramos previsto en el Art. 2013° que a la letra dice: “El contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez”. Guevara Manrique respecto a este principio dice que las inscripciones se presumen ciertas mientras que no sean anuladas o rectificadas. Pero se debe tener presente que en el Perú las inscripciones no se sanean los títulos (pueden adolecer de algún vicio o nulidad oculto) y no son elementos constitutivos de los actos y/o contratos. En todo caso por este principio se entiende que las inscripciones son ciertas, salvo prueba en contrario, es decir, se rige por la presunción “**iuris tantum”**. Respecto a este principio Lacruz Berdejo y Sancho Rebudilla citados por Guevara Manrique, dicen que la presunción que lo gobierna se extingue en cuanto se demuestre que la situación es, en la realidad, distinta de la declarada por la inscripción.

Curiel Lorente citado por Luis Aliaga Huaripata**,** nos dice que el principio de legitimación registral implica reconocer al titular de un derecho, la condición de verdadero dueño y poseedor del derecho inscrito y la obligación de todos de tenerle por tal, en todos los ámbitos. Este principio registral también denominado como "credibilidad general del asiento", por lo que el asiento produce todos sus

efectos mientras no sea declarado inexacto o inválido. El asiento registral, considerado medio de prueba especial de la propiedad y de los otros derechos reales, hace que al titular registral le sea suficiente la presentación de la certificación registral que acredite su existencia y vigencia para ser tenido como tal. Por otro lado tenemos a Gonzales Barrón Gunther quien nos dice que este principio es la presunción de exactitud e integridad del registro, dice pues que en el aspecto sustantivo, se presume que el titular registral es el verdadero titular, en el tráfico jurídico y ha de ser tenido como tal, mientras no se pruebe lo contrario. Pues se tiene una presunción favorable del asiento registral: existencia del derecho, legalidad del título de adquisición, certeza del titular, y de las cargas positivas y negativas que aparecen en el registro. Tiene más notoriedad en la facultad de disposición dentro del tráfico jurídico, facilitándolo a través de la prueba fácil que se obtiene en el registro. (Luis Aliaga Huaripata, 2014. p. 381)

Barrón nos dice que este principio debe reducirse a sus justos limites: la legitimación solo opera respecto a los datos jurídicos (datos sin mayor constatación, o reproducen lo que dice otro título), el registro solo informa. El registro solo asegura titularidades jurídicas, más no hechos que pertenecen a la esfera de la realidad. No actúa en sectores excluidos de la publicidad. La legitimación se desvirtúa con resoluciones judiciales, declaración de nulidad de oficio, negocio jurídico, aceptando la prueba en contrario, legitimación de la posesión y otros.

e) **Principio de Fe Pública Registral**

Este principio lo encontramos en el Art. 2014° del CC en la que literalmente señala que “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el registro públicos”. La buena fe del tercero se presume mientras que no se pruebe que conocía de la inexactitud del registro.

En primer término nos dice Guevara Manrique (1985), este principio es adoptado por todo ordenamiento jurídico registral que quiere proteger decisivamente las adquisiciones o cualquier otro acto que se hayan producido confiados en el contenido del registro. p.29.

Es decir, se protege a los terceros adquirientes de buena fe, pues la ley les reputa exacto el contenido de del registro, aunque estos no concuerden con la realidad fáctica. Este principio halla su justificación en la necesidad de proteger la seguridad jurídica de las contrataciones que se hacen en base de los asientos de inscripción de los registros.

García García citado por Luis Aliaga (2014), en su comentario al art. 2014° y respecto a la fe pública, nos dice que, este principio puede definirse como "aquel (...) en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva del titular registral es mantenido en la adquisición a non domino que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la ley". p.387.

Precisándonos que existe controversia a nivel doctrinal sobre la naturaleza del título adquisitivo del tercero adquirente. La posición de la doctrina mayoritariamente es la que considera que se trata de una adquisición ex lege (por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral) e inscriptionis causa (la inscripción, conjuntamente con los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido). Lizeth Beatriz Lino Rodriguez, nos dice que este principio es uno de los pilares en los que se sustenta la seguridad jurídica inmobiliaria, pues hace inmune la adquisición siempre que se haya confiado en la veracidad del Registro e inscrito su derecho, por lo que resulta inafecto a cualquier causa de nulidad, resolución o rescisión que resulte del título de su transmitente, cuando ésta no conste en la partida registral correspondiente al inmueble. De esta forma, la tutela en la confianza conlleva que el tercero registral, no pueda ser removido en su adquisición, protegiéndose **“jure et de jure”** la confianza creada en virtud a los actos contenidos en los asientos registrales.

Mientras que Gonzales Barrón nos señala que, es a través de este principio que el registro busca tutelar la apariencia, pues esta institución fue un desarrollo de las teorías modernas de los pandectistas alemanes del siglo XIX, en atención al influjo del liberalismo económico, a fin de conseguir su objetivo máximo, que es la circulación de la riqueza sin tropiezos, beneficiando al capitalismo. De allí que se encuentra una verdad ineludible y ésta es que existe una disparidad entre la realidad fáctica y la del registro que es la “apariencia”, debido al alto grado de informalidad en nuestro país y a la consensualidad de las transmisiones de la

propiedad, que hace del registro solo un ente declarativo del derecho, al cual las personas si desean acceden, para proteger mejor su derecho o simplemente no lo hacen. Partiendo de allí, los capitalistas para no verse afectados por esta situaciones, es que impulsaron este desarrollo teórico que protege la apariencia del registro (en cuanto al tráfico jurídico) donde se presume la buena fe del adquiriente. Barrón además agrega que no es solo una presunción simple y llana, sino que está ligada a la certidumbre que brindan los registros, por lo que el tercero supuso, de buena fe, añadiendo a ello que estuvo avalado por el contexto, que realizaba una adquisición ajustado a las normas; teniendo en cuenta que es un **"error común",** pues cualquier persona se hubiese engañado en dichas circunstancias. Barrón haciendo una crítica a este principio nos dice que este solamente resuelve un problema técnico, de sujetos que están en conflicto, por la existencia de distintos títulos de propiedad sobre el mismo bien, u originados por la nulidad de dichos títulos, y ante estas situaciones es necesaria este mecanismo racional, pero no se debe amparar absolutamente al adquiriente sobre el titular real, considerando este absolutismo una salvajada del liberalismo que buscaba la circulación de los bienes antes que el disfrute. Dejando a salvo dice, las circunstancias excepcionales en las cuales debe valorase preferentemente la posición del tercer adquiriente, cuando se ha producido un **error común** y cuando el titular real, ha actuado con culpa, es decir, ha dejado que la apariencia prime sobre la realidad jurídica.

f) **Principio de Tracto Sucesivo**

Lo encontramos en el Art. 2015° del CC donde literalmente dice: "Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane". Roca Sastre citado por Guevara Manrique nos dice que este principio tiene aplicación general a toda mutación jurídico real que pretende tener acceso al registro, dejando fuera de ello solo a las inscripciones nuevas. Y citando a García Coni, nos dice que el tracto es el espacio que media entre dos lugares o el lapso que transcurre entre dos momentos. Si este recorrido es ininterrumpido, el tracto será continuo. Mientras que Gonzales Barrón nos dice fue el folio real el que trajo como consecuencia adoptar este principio, ya que se requiere que el título del transmitente se encuentre previamente inscrito, pudiendo verificar las sucesivas transmisiones concatenadas entre sí. Además nos dice que el

propósito de este principio es clarificar la historia de los asientos (en rigor el orden de los sucesos) y que este es más un requisito formal para la inscripción. Nosotros además le añadimos la ventaja que da a los sujetos del trafico jurídico para realizar lo que se llama estudios de títulos, en ocasión de descubrir algún problema con el predio a adquirir, claro está con su respectivos límites.

Gonzáles Barrón citado por Lizeth Beatriz Lino Rodriguez, nos dice que el tracto viene a ser el historial jurídico de cada bien inmueble que figura en el registro sin señales de discontinuidad. Este historial consta de toda titularidad que aparece sobre el inmueble de manera concatenada, como eslabón de una cadena, de tal manera que el transmitente de hoy sea el adquirente de ayer, y el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana. Destacando que es un principio de forma que tiene importancia, porque permite el debido orden y la regularidad de las adquisiciones de derechos en el registro, con lo cual asegura prima facie la legalidad de los negocios de disposición. Luis Díez-Picazo citado por Luis García García (2014), no dice que el tracto sucesivo permite que "los actos de transmisión y adquisición de derechos inscritos formen en el Registro una cadena perfecta en el orden legal, sin solución de continuidad, de forma que el Registro refleje el historial completo de la finca inmatriculada". (p. 399.)

El principio de tracto sucesivo, nos dice supone la necesaria concatenación o concordancia entre los derechos inscritos o entre el derecho a inscribirse y el derecho que ya consta inscrito en el Registro. Se grafica este principio de manera que diríamos que los derechos involucrados son como los eslabones de una cadena: uno a uno se vinculan entre sí y le otorgan consistencia a la serie secuencial de derechos. Cada eslabón es causa del siguiente y así sucesivamente. Si algún eslabón se rompe o no encaja, el tracto quedaría interrumpido. Así tenemos que según este principio, para que se pueda inscribir el derecho que se adquiere, se requiere la previa inscripción del derecho de quien transmite. Si el derecho del transmitente no aparece inscrito en el Registro, la inscripción solicitada debe denegarse. Se concibe a este principio como “presupuesto esencial del procedimiento registral…” y como “principio de orden registral.” Se trata de que la cadena de transmisiones se produzca de modo continuo, que el historial del predio se produzca ordenadamente. Cumplir con este principio nos dice Gonzales Barrón conlleva dos supuestos: primero, debe existir identidad entre el titular registral y la persona que aparece como transmitente en

el acto; segundo, debe existir identidad entre el derecho inscrito en relación con el derecho transmitido. Existen excepciones en las que se rompe este principio uno de ellos es la usucapión dado por el mandato judicial y los otros mandatos judiciales que reconozcan derechos reales (mejor derecho de propiedad, adjudicación remate judicial, etc.)

g) **Principio de Impenetrabilidad o de prioridad excluyente**

La norma civil lo señala claramente en su Art. 2017° “No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior”. Guevara Manrique señala al respecto que este principio tiene un valor normativo de finalidad inmediata, meramente formal, porque va dirigido al registrador para que se abstenga de inscribir el titulo o acto que resulte incompatible con el ya inscrito o anotado. Añade Guevara que éste tendría por finalidad no la de quitar derechos sino, la de mantener un registro limpio de contradicción y por ende evitar confusión.

Jorge Luis Gonzales Loli nos refiere respecto al principio de prioridad excluyente, que los actos o derechos contenidos en los títulos en conflicto son incompatibles entre sí, por lo que no procede la inscripción de ambos y la determinación de su preferencia y rango, sino que la inscripción o presentación del primero determinará el "cierre registral" respecto al presentado en segundo lugar. Respecto del cierre registral Guevara nos dice, que se da para la inscripción del título, mas no para su presentación al registro, quedando el segundo título anotado como presentado, pero rechazado para su inscripción.

h) **Principio de Prioridad de Rango**

Previsto en el Art. 2016° “La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro”. Roca Sastre citado por Luis García García (2014) lo define como "aquel principio en cuya virtud el acto registral que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o con superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese aún ingresado en el Registro, aunque fuese de fecha anterior".p.407.

El profesor uruguayo Miguel Ángel Cacciatori citado por García García lo llama el principio de preferencia y dice que el efecto primario, fundamental y de mayor

trascendencia de todo libro registral y de la propia institución del Registro, es la prioridad entre los derechos, fundándose en la fecha de inscripción de cada uno de ellos. Mientras que para Luis Moisset de Espanés citado por García García señala con acierto que "en realidad la prioridad que casi todos los juristas que se ocupan de estos temas lo enuncian como principio registral no es un principio exclusivo del fenómeno registral, ni del fenómeno publicitario, sino que es casi un elemento característico del derecho real". América Atilio Cornejo citado por Garcia Garcia, en relación al principio de prioridad, señala que una de las diferencias fundamentales entre los derechos reales y los personales consiste en que los primeros gozan del ius preferendi, o sea, la facultad que tiene el titular de un derecho real de ser preferido en el ejercicio de su derecho con respecto a otro derecho real posterior. La preferencia la determina la antigüedad en la constitución del derecho. Agregamos que si bien este principio es una herramienta para solucionar conflictos de más de un titular de un inmueble, no es aplicable de manera absoluta, ya que se podría incurrir en injustos, por lo que el derecho civil siempre estará ahí para solucionar cualquier conflicto que pueda derivar de esta situación sociales.

i) **Principio De Causalidad**

Respecto a este principio que no se encuentra enumerado propiamente en la norma Civil, Lino Rodriguez nos dice, que es el principio del negocio causal, es decir, “el de la conexión entra la inscripción y el negocio obligacional y el de la necesidad de expresar la causa en los negocios o títulos inscribibles”. Nos señala que este principio se refleja en dos sentidos: por un lado, que debe existir un negocio obligacional, cuyos vicios repercuten en el título y, por otro, que en el título debe constar cuál es la causa jurídica del cambio real. Por ejemplo, en nuestro sistema jurídico la compraventa inmobiliaria constituye el negocio jurídico obligacional, toda vez que, por el mismo, el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, y el deudor, a pagar el precio en dinero. Cabrera citado por Lino Rodriguez nos dice la causalidad surge en el ejemplo citado: primero en la compraventa causa jurídica de la transmisión del derecho de propiedad del inmueble) que debe constar en el título inscribible (escritura pública); y, luego, si por las eventualidades existieran causales de invalidez se verían afectadas la compraventa, la transmisión inmobiliaria y consiguientemente la invalidez del título

inscribible (escritura pública) y como punto final el asiento de inscripción respectivo.

j) **Principio de Oponibilidad**

Este principio no precisado en los articulados de la norma Civil, pero evidentemente nacido de la publicidad que emana del registro, como uno de sus efectos más resaltantes; respecto del cual Soria Alarcón citado por Lino Rodriguez (2015), nos dice que este principio ha sido definido en sentido negativo "como aquel en cuya virtud los títulos de dominio o de derecho reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el registro. O dicho en otras palabras, es aquel principio en virtud del cual lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito". También lo tenemos definido en sentido positivo: por este principio "los títulos de dominio o de derecho reales inscritos o anotados en el Registro, perjudican al tercero que no inscribió su derecho en el Registro". En la doctrina existen variadas opiniones respecto de este principio, pues muchos aseguran que la oponibilidad no es aplicable estrictamente en el derecho registral sino también en todo el Derecho Civil. Por lo cual más adelante desarrollaremos más profundamente el tema.

k) **Principio de Registral de Especialidad**

No lo encontramos enumerado en la norma Civil, pero si en el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos del 2001 de la siguiente manera: *"Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas, así como los actos o derechos relativos a cada uno. En el caso del Registro de Personas Naturales, en cada registro que lo integra, se abrirá una sola partida por cada persona natural, en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles. Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral".* Cabrera citado por Lino Rodriguez nos dice que "Este principio está relacionado con la necesidad de dar claridad al registro. A éste sólo deben acceder situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque sólo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos, que es la base de la publicidad registral y del fenómeno del crédito territorial. La necesidad de determinación de las situaciones y relaciones jurídicas

inscribibles se predica respecto a la finca, al titular, al derecho real al acto jurídico, todo lo cual constituye un conjunto de manifestaciones del principio de especialidad o determinación".

Al respecto también encontramos la opinión de Guevara Manrique (1985), que nos dice: también es llamado Principio de Determinación, ya que tiene por objeto individualizar los derechos inscritos en relación a los bienes y a las personas, determinando que cada cual tenga su propia partida. Mientras que Roca Sastre citado por Guevara nos dice, que este principio denota un criterio singularizador o particularizador, que devela concreción, especificación o determinación; como se puede apreciar es un principio que ordena sus datos de acuerdo a la naturaleza de los mismos. p.33.

l) **Principio De Inscripción**

Lo encontramos contenido en el principio de rogación, pues se supone que una vez solicitado el servicio del registro cumpliendo con toda la legalidad, se procederá a la inscripción del derecho. Por lo que el principio de inscripción, es aquel que se ocupa del valor y de los efectos de la inscripción en relación con la existencia y configuración del propio derecho real; determina el valor de la inscripción respecto a la constitución, transmisión, modificación o extinción del derecho real inmobiliario. Su objeto es determinar el alcance de la inscripción respecto a la formación o conformación del derecho real. (Lino Rodriguez, 2015)

-**EL TERCERO REGISTRAL**

DEFINICIÓN

El tercero registral según Guevara Manrique es aquel que apoya su derecho en la inscripción, oponiéndolo a cualquier otro, que no ha inscrito su derecho o inscribe con posterioridad. Destacando que la nulidad del acto jurídico, no queda subsanada por la inscripción; ya que los registros son meras formas de publicidad que nada agregan a la validez de los actos jurídicos. Esta figura la encontramos en uno de los principios

registrales donde Gonzales Barrón dice, la doctrina tutela la apariencia, pues se dice que el tercero se encuentra protegido por su confianza en la situación de apariencia. Así también tenemos, lo que dice D´amelio citado por Gonzales Barrón (2014), Respecto a la apariencia "Existen situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada, y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque la manifestación no corresponda a la realidad". El registro que es representado por la apariencia nos dice Gonzales Barrón, presenta publicidad o notoriedad haciendo que el tercero se engañe, de buena fe, creyendo que esa circunstancia aparente es conforme a la verdad; además se le suma a esto, que es un **error común**, donde cualquier persona pudo verse engañada, dado el actuar culpable del titular fáctico que permite que la apariencia prime sobre la realidad. p.94

Al respecto Cárdenas Alvarado, citando a Diez – Picazo, afirma que: el tercero registral es aquel "adquirente a título oneroso y buena fe, que adquiere un derecho real de un titular registral y que a su vez inscribe en el Registro su título de adquisición". Reconociéndolo como el "genuino beneficiario de la fe pública y la protección del Registro" (Cárdenas Alvarado, 2010). En el derecho nacional se ha desarrollado el siguiente concepto: El tercero registral no es otro sino el titular registral que resulta beneficiario o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema registral. Nuestro ordenamiento a través de los principios de oponibilidad de la fe pública registral, busca proteger al tercero frente a los casos de doble venta, realizadas por un mismo otorgante, así como frente a los casos de transmisiones sucesivas realizadas una después de la otra, por cada uno de los sujetos que van adquiriendo, y no por un mismo otorgante. En la doctrina encontramos quela configuración del tercero Registral necesita la concurrencia varios supuestos: Que se adquiera el derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, es decir, que tenga el justo título registral. Que la adquisición sea a título oneroso. Que el adquirente inscriba su derecho. Que exista buena fe del adquirente la que se presume y se acredite por las circunstancias de no haber intervenido en el acto o contrato del cual deriva su derecho, haber inscrito con anterioridad al del eventual oponente y que de los asientos de los Registros Públicos no aparezcan causales de nulidad, rescisión o resolución. Gonzales Barrón además nos señala que esta es una hipótesis de autorresponsabilidad subjetiva, donde las cargas de conservación y comprobación, requieren de una dosis, mayor o menor, de subjetividad por parte de los sujetos

protagonistas. Ej. la buena fe del tercero se presume mientras que no se pruebe que conocía la inexactitud del registro (elemento subjetivo).

Todo lo expuesto es aplicable solo al derecho real, ya que ellos tienen una tutela que se ejerce frente a todos con carácter primario y esencial, pues con ella se logra actuar el derecho mismo de lo cual nace su oponibilidad y su consiguiente natural inscripción en el registro. Gonzales Barrón, nos señala que están fuera de ese contexto los hechos o relaciones jurídicas obligacionales que tienen una eficacia inter-partes, trayendo a colación también al acreedor embargante, al cual algunos le quieren dar la calidad de tercer adquiriente, a lo cual dice Barrón no le corresponde esta calidad, ya que dice el acreedor quirografario, que es el que tiene un crédito sin garantías, tiene el derecho de exigir el cumplimiento, para lo cual se ha establecido la responsabilidad patrimonial del deudor, pero nótese que el acreedor al momento de celebrar el contrato no tiene derecho directo sobre un bien especifico del deudor, pues solo cuenta con una "garantía genérica", entonces el acreedor embargante nunca podría tener la calidad de tercer adquiriente, porque la propia naturaleza de su derecho impide que se concretice sobre bienes específicos del deudor, al momento de su celebración.

Caracteres del Tercero Registral

1. El tercero registral, es tercero en la medida en que es extraño a la relación jurídica que se confronta con su derecho, y registral en la medida que su derecho esté inscrito. (Lizeth Beatriz Lino Rodriguez, 2015)
2. Debe tratarse de una relación jurídica que afecte al derecho inscrito del titular registral, por incompatibilidad, o bien porque resulte ineficaz.
3. La relación jurídica ajena respecto del titular registral podrá estar o no inscrita. En el primer supuesto nos referimos a la doble venta. En el segundo caso nos encontramos, ante una conexión lineal en donde también se producen dos transmisiones sucesivas, pero realizadas una después de la otra, CONCATENADAS.
4. El tercero registral, cae en un error común, donde cualquiera se hubiera engañado, este error a su vez es respaldado por el actuar culpable del titular fáctico, que deja primar la apariencia sobre la realidad.
5. El tercero en síntesis, contrata o actúa jurídicamente sobre la base de la apariencia, adquiere a título oneroso, y lo más importante actúa de buena fe.

-**SEGURIDAD JURÍDICA**

Una definición otorgada por Morales Godo citado por Lino Rodriguez, nos dice que “la seguridad jurídica son ciertas exigencias contenidas en las normas de nuestro ordenamiento jurídico y para que esta opere, es necesario que aquéllos que pretenden verse beneficiados con ella, cumplan lo establecido”. El sistema jurídico implica un marco de seguridad jurídica, a fin de buscar la justicia aun cuando sea sólo una aspiración. En la actualidad asimismo se tiene que el sistema no nos está ofreciendo un mínimo de seguridad; pues el factor ser humano, que es un individuo y es sociedad, es egoísta, pero también solidario; pues cuando celebraron el “contrato social”, quizás más se pensó en la seguridad, que en la justicia, ya que es necesario un mínimo de orden. La seguridad jurídica es un tema muy controvertido, ya que lleva a pensar en adoptar el registro como constitutivo de derecho, como una panacea para evitar tanto desorden y fraude que se pone de manifiesto constantemente en nuestro sistema jurídico, con lo cual están en desacuerdo la mayor parte de la doctrina. No es un principio registral propiamente dicho, sino un principio general del Derecho, pues por la Seguridad Jurídica se puede prever el futuro, es decir, se puede conocer las soluciones antes que los problemas se presenten. Por el principio de seguridad jurídica es necesario que las normas jurídicas consten en el derecho positivo. Ya en términos más precisos y en palabras de Ortega Y Gasset la Seguridad Jurídica está íntimamente ligada al hecho que el hombre necesita “saber a qué atenerse”; entonces según la doctrina debe decirse que la seguridad jurídica puede ser el conocimiento que cada uno tiene sobre las consecuencias de cualquier acto realizado, los efectos de una norma, de tal manera que ellos no puedan verse modificados por hechos o circunstancias que se ignore o desconozca**.** Por otro lado en la doctrina la seguridad jurídica registral, dadolos mecanismos eficaces de seguridad que otorga el Registro, en la que el sistema permite al usuario, tener confianza y credibilidad, respecto a la propiedad sobre un bien que merece todos los mecanismos de protección, para que sea objeto de un legítimo negocio en el trafico jurídico, incentivando un desarrollo económico, del propietario y del país en general. Así también la importancia de la seguridad jurídica otorgada por el registro, radica en que ciertos derechos tienen trascendencia frente a terceros, así también que por este medio se determina el grado de seguridad de los terceros en orden a las relaciones jurídicas, brindando información de una titularidad cierta y notoria en cuanto a

derechos reales, garantizando que las alteraciones ocultas y/o no inscritas no afectarán sus derechos inscritos. (*Alarcón Flores Luis Alfredo, monografías.com)*

Clases de Seguridad Jurídica en el Ámbito Registral

En la doctrina encontramos que la seguridad Jurídica y más especifico en el trafico jurídico se subdivide en: Seguridad Dinámica y Seguridad Estática, **Diez Picazo** las define de la siguiente manera: **la primera** protege a aquellos que adquieren aún en desmedro de quienes podrían estar perjudicados sin tener mayor culpa y **la segunda** protege al derechohabiente o titular del derecho subjetivo frente a turbaciones o ataques de terceros, que se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad. Por lo que según Rafael Humberto Pérez Silva "no debemos olvidar que hay que cuidar que todos los presupuestos y condiciones, para que dicha seguridad del tráfico o comercio jurídico se concretice y operen, deben ser escrupulosamente diseñados y cumplidos para poder, de algún modo, equilibrar de una forma justa, el desequilibrio entre ambas". Las definimos continuación:

1. **ESTÁTICA**: Para Cárdenas Alvarado citado por Lino Rodriguez dice que la seguridad estática está destinada a proteger al derechohabiente o titular del derecho frente a las perturbaciones o ataques de terceros, que se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad. Asimismo, es aquella que está destinada a proteger al derechohabiente o titular del derecho frente a las turbaciones o ataques de terceros, que se inmiscuyan o traten de desconocer su titularidad. En otras palabras, la seguridad estática juega a favor del propietario o titular del derecho. Y en palabras de Luis Moisset de Espanés (2da Edición SUNARP) dice "esta clase de seguridad protege al derecho habiente, o la relación que existe entre un sujeto y una cosa, frente a las turbaciones o ataques de terceros que se inmiscuyen en esa relación". Gonzales barrón nos donde dice que esta división es absurda porque en el Ej. de falsificación, donde un tercero adquiere un bien y surte sobre él la seguridad dinámica favoreciéndolo en su derecho, luego pasa ser domino o titular del bien, siendo resguardado por la seguridad estática, que en un principio no sirvió para proteger al titular afectado por la falsificación, iniciándose una espiral de inseguridad contrariando paradójicamente su función primordial.

2. **DINÁMICA O DEL TRÁFICO PATRIMONIAL**: En palabras de Luis Moisset de Espanés, esta seguridad procura la protección a los terceros que se vean involucrados en la circulación de la riqueza. Un ejemplo de ello tenemos al acreedor del enajenante, que cuenta con el patrimonio del deudor como garantía de dicho crédito y no debe verse burlado con enajenaciones fraudulentas. En palabras de Gonzales Barrón esta seguridad exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer. Encontramos a Cárdenas Alvarado citado por Lino Rodriguez, quien nos dice que la seguridad dinámica o de tráfico procura brindar protección a los terceros, que se ven involucrados en la circulación de la riqueza, aspecto último que se proyecta en dos vertientes: protección de los acreedores del enajenante, que pueden ver burlados la garantía de este crédito con enajenaciones fraudulentas; y protección a los adquirientes, que no deben estar expuestos a la sorpresa de que el bien que se le transmite se encuentre gravado, embargado o simplemente no pertenezca al transferente. Desde otra perspectiva, es aquella que procura brindar protección a los terceros que se ven involucrados en la circulación de la riqueza.

La Seguridad Jurídica y el Orden Social

Nosotros al igual que la doctrina creemos que es comprensible, que al ser humano le interese en sobre manera la seguridad que se obtiene en convivencia social, porque es ahí en donde ésta encuentra un sentido y su razón de ser. Visto desde el punto de vista jurídico, **la seguridad puede ser el conocimiento que cada uno tiene sobre las consecuencias de cualquier acto realizado, los efectos de una norma, de tal manera que ellos no puedan verse modificados por hechos o circunstancias que ignore o desconozca**". Villegas Poma citado por Lino Rodríguez añade que es esta seguridad jurídica, conjuntamente con la justicia y el bien común, las que constituyen los fines del Derecho. Sin embargo, como resulta obvio, el cumplimiento de estos fines sólo se explica en tanto el hombre se relaciona con otros individuos, ya que a lo que tiende el Derecho es a crear un determinado orden social, propiciando dentro de él, un cierto tipo de conducta qué tienda a satisfacer lo que busca el Derecho (el bien común, la justicia, seguridad jurídica). De tal manera que el rol social del derecho y más aun de la denominada

seguridad jurídica es imprescindible y como tal es indispensable que se observe su cumplimiento.

-**EMBARGO COMO MEDIDA CAUTELAR**

MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO EN EL DERECHO ROMANO:

En la antigua Roma como lo señala Punzi citado por Melissa calderón, se conocía un antecedente de lo que sería el embargo en la figura de la pignoris capio, que era un mecanismo y un principio en virtud del cual la ejecución no debe recaer sino sobre las cosas del ejecutado. Pero es Morales Galito citado por Melissa Calderón que nos resume el papel de la Pignoris Capio y nos dice que "era un procedimiento que consistía en la toma que realizaba el acreedor, modo de garantía, de determinados bienes de su deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda". Así pues, se dice que esta constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la legis actiones, consistente en la toma de un objeto de entre los bienes del deudor, al mismo tiempo que se pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado, es decir, que se actuaba por mano propia. También nos dice que constituía un medio de coacción de la cual gozaba el magistrado en virtud de su imperium para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las legis actiones fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera, porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder dejuzgar, utilizando la fórmula para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberarse de la prenda. Por su parte señala Liebman citado por Melissa Calderon (2016) que "esta acción en el derecho romano, podía ser propuesta por el tercero cuya cosa hubiera sido embargada en la ejecución, debiendo conocerse de la propiedad de la cosa, ordenando luego que ella misma fuera comprendida o excluida de la ejecución, sin que su decisión produjese cosa juzgada sobre la cuestión de propiedad" (p.26 y ss). En el derecho romano se apreciaba la sumariedad de la cognición y la brevedad del proceso, ya que estos eran posibles porque la addictio no perjudicaba los derechos de terceros sobre la cosa, pues él podía luego defenderla en proceso ordinario. Y ahora vemos que los procesos promovidos por el

tercero en defensa de la cosa embargada se volvieron necesarios en ordinario, con cognición plena y definitiva.

MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO EN EL PERU:

Melissa Calderón (Tesis 2016, Trujillo UPAO) señala que el embargo como medida cautelar, efectivamente tiene siglos de existencia en el mundo occidental, entre nosotros se llama así desde el CPC de 1912, que lo bautizo (al igual que la Ley Española de 1881), con el nombre de "embargo preventivo. Se utiliza el término, porque en el código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852, se le llamaba "retención, deposito e intervención" (en sus artículos 551 a 569), pues el embargo de bienes era acto privativo del juicio ejecutivo (artículo 1128 y ss). El proyecto de CPC, publicado en el peruano de febrero de 1992, establecía, más descriptivamente, en su artículo 641 que el embargo *"consiste en la inmovilización jurídica de un bien o derecho del presunto obligado*", porque efectivamente embargar significa trabar, detener, sujetar, poner obstáculos. No por nada en el Medioevo surge con el nombre de arresto (así se le continua denominando en el derecho alemán, austriaco, portugués y brasileño). Para Marianella Ledesma Narváez citada por Melissa Calderón (Tesis 2016, Trujillo UPAO) señala; "nótese de la redacción del artículo 608° hace referencia a lo siguiente: "todo juez puede a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso". Sobre el particular el artículo 608° del CPC, no significa sino atribuir al juez el poder jurídico de dictar tales medidas, alterándose la regla fundamental prevista en el artículo 224° del derogado Código de Procedimientos Civiles que autorizaba solo al juez de primera instancia a decretar embargos preventivos, anteriores a juicio y por sumas superiores a veinte libras. Empero con esta norma actual apreciamos una cobertura mayor, porque le corresponde a todo juez decretar la medida cautelar cuando ésta se haga necesaria.

.

ACCION CAUTELAR

En la doctrina nos encontramos que la acción cautelar es el poder jurídico y un derecho manifestada en una pretensión que posee toda persona (demandante, demandado o tercero) que requiere la tutela de su derecho por el órgano jurisdiccional y que se materializa a través de un embargo, secuestro o de cualquier otra medida cautelar similar, con total independencia del proceso principal. Entendemos que acudir al órgano jurisdiccional en busca de la concesión de una determinada medida cautelar que asegure

el pronunciamiento de la decisión final en el proceso, constituye un poder jurídico actual, una pretensión y un ejercicio del derecho, que tiene un fin expreso que es el cumplimiento de lo que dispone el orden jurídico o la actualización de la voluntad de tutela jurídica. Para tener la protección de las medidas cautelares, es necesario ejercitar el derecho de acción.

Las medidas cautelares dice la doctrina tienen una naturaleza especial y están sometidas a otras condiciones que constituyen precisamente su fundamento. Para que se constituya es necesaria en primera instancia la apariencia de un derecho, pues, el juez resolverá recién en la sentencia sobre quién tiene la razón y, hasta ese momento, nada autoriza a suponer que la demanda es infundada, no obstante cuando existe la presunción de que la demanda es fundada, el juez debe acogerla provisoriamente; por eso es suficiente en tal supuesto la invocación de un derecho justificado.

MEDIDA CAUTELAR

Azula Camacho citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo al respecto nos dice que "el objeto de la medidas cautelares es evitar que los bienes se substraigan del patrimonio del deudor y sea ilusoria la obligación reclamada en el proceso, cumpliendo de esta manera el principio de que ellos constituyen la prenda general de los acreedores" (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, 2014, p.589)

Mientras que para Falcón citado por Castillo Quispe y Sánchez Bravo nos lo define así: "…las medidas cautelares son medios que a pedido de parte realiza la jurisdicción a través de actos concretos, con el fin de proteger el objeto de la pretensión patrimonial, o para determinar la seguridad de las personas" (Op. cit.)

En la definición que nos alcanza Erick Veramendi Flores nos dice que "la medida cautelar es un instituto jurídico por medio del cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso frente a los riesgos derivados de la demora del mismo". Mientras que BacreAldo citado por Erick Veramendi Flores, nos dice que "las llamadas medidas cautelares constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el peticionante que ha demostrado prima facie que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posible actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar la contraparte, y que,

previa garantía de una contracautela, pueden ser decretadas por el juez inaudita parte y con la discrecionalidad que considere, conforme las circunstancias del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, haciendo cosa juzgada formal lo allí dispuesto, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes (fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en el decisorio de dicho proceso principal (fin mediato)". Un autor más nos da su parecer Monroy Palacios Juan José citado por Erick Veramendi Flores (boletinderecho.upsjb.edu.pe), nos dice que es una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual el ordenamiento procesal provee al ciudadano de la medida cautelar, con la finalidad de garantizar que lo resuelto en el proceso principal sea satisfecho. Con todo lo expuesto llegamos a la conclusión que la medida cautelar es un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegura que el proceso concluya con una solución que pueda llegar a ser concretada, no sólo en el plano jurídico, sino también en plano real. Priori Posada Giovanni citado por Erick Veramendi Flores nos da una visión respecto a la función que tiene la tutela cautelar el cual nos dice es evitar que la duración del proceso que el demandante se ve en la obligación de iniciar para obtener la protección de la situación jurídica de ventaja, termine por convertir en irreparable la lesión que sufre o hacerla más gravosa (sin necesidad de que la lesión produzca consecuencias irreparables) o permitir que se consume la lesión que en la situación anterior a la del inicio del proceso era una mera amenaza.

PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

I. Verosimilitud o presunción del Derecho: FumusBoni Iuris

En la doctrina encontramos lo que señala al respecto de la verosimilitud Juan José Monroy Gálvez citado por Veramendi Flores Erick dice que la razón de la verosimilitud conocido también como fumus boni iuris, es que para la obtención de la medida cautelar solo se requiere el "humo" de la existencia del derecho que solicita el demandante. Barona Vilar Silvia citado por Veramendi Flores Erick, señala al respecto que la adopción de la medida cautelar no debe depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo, por él alegado en el

proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en aquel, pero ello no significa que puede adoptarse la medida cautelar solo porque lo pida el actor, en uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, verosimilitud de apariencia del buen derecho.

II. Peligro en la demora: Periculum In Mora

Respecto a este presupuesto encontramos que para Calamandrei citado por Erick Veramendi Flores, el peligro en la demora es el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares dictadas por el órgano jurisdiccional. El periculum in mora está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación procesal hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su razón de ser no está sustentada solo en la posibilidad del actuar malicioso del demandado que pueda impedir el cumplimiento de lo pretendido por el demandante, sino también el transcurso del tiempo constituye, ya, una amenaza que merece tutela especial. Priori citado por Erick Veramendi Flores*,* afirma que el peligro en la demora se configura por dos caracteres: - el riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora del proceso; - el riesgo de daño jurídico debe ser inminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia.

III. La razonabilidad de la Medida para garantizar la eficacia de la Pretensión: Un Nuevo Presupuesto

Respecto a la presente encontramos a María Elena Guerra Cerrón, citada por Erick Veramendi Flores nos dice quela figura del principio de razonabilidad y proporcionalidad, en realidad son elementos del principio de adecuación. Para Veramendi nos dice que partiendo de la doctrina constitucional, el concepto de razonabilidad se identifica con el de racionalidad, pues es un concepto vago, que forma parte común de los tantos conceptos jurídicos indeterminados y se puede identificar como la contraposición a la arbitrariedad; teniendo en cuenta que la razonabilidad, debe partir de la diferencia entre la lógica pura racional y

la lógica de lo razonable. Ya más específico encontramos lo que dicen Manuel Estuardo Lujan Túpez y Manuel Atienza Rodríguez ambos citados por Veramendi, y dicen que la razonabilidad es la capacidad de encontrar una respuesta que en un conflicto jurídico sea capaz de producir una solución que mantenga la paz social y armonía que existía entre las partes que litigan antes de encontrarse en conflicto. Si no se puede evitar el conflicto, al menos se debe provocar una solución menos traumática para los que litiguen. La razonabilidad importa que una conclusión sea proporcional al fin que busca, debe ser proporcional a los medios probatorios empleados para demostrar sus premisas. La razonabilidad debe ser no solo formal, sino material.

IV. La Contracautela

En el art. 613° del CPC, señala claramente que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios, que pueda causar su ejecución.

Respecto a este presupuesto nos dice Erick Veramendi Flores, si bien es cierto que tradicionalmente la contracautela ha sido considerado como un presupuesto de la medida cautelar, en la actualidad se entiende que en realidad es requisito para el cumplimiento de la medida cautelar. Nuestro ordenamiento jurídico lo considera como requisito de admisibilidad de la medida cautelar en el inc. 4 del art. 610º del Código Procesal Civil. Para Monroy Palacios Juan José citado por Veramendi, nos dice que la contracautela es un mecanismo de protección del demandado, al que eventualmente se le pudiera irrogar un daño por la imposición de la medida.
La doctrina nos alcanza que además de lo ya señalado líneas arriba, el solicitante podrá garantizar la medida; con caución juratoria solo si acreditara solvencia económica suficiente; con contracautela de naturaleza real, la cual recae sobre bienes de su propiedad quedando firme con resolución judicial e inscripción en el registro. La contracautela se hará efectiva o se ejecutara solo a pedido de la parte interesada, ante el juez que dispuso la medida siguiendo el mismo procedimiento de la ejecución de la medida cautelar. (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, 2014, p.591)

Definición del Embargo como Medida Cautelar

La enciclopedia jurídica Omeba, nos relata que fue la fenomenología procesal que ha hecho necesario la creación de una y otra especie de medidas, tendientes a asegurar por una parte cierto tipo de providencias (en el caso de condena), para hacer posible la ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor; añadiendo que el embargo es una institución de suma necesidad en el mundo del proceso, pues es por una parte un anticipo de la garantía juridisccional y en ciertos casos una verdadera necesidad instrumental; el embargo en principio es una figura que se creó por necesidad, ante el incumplimiento del deudor de sus obligaciones, y cuando ya se hace necesario el auxilio jurisdiccional con la demanda, esta medida procesal se efectúa por orden del juez, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de diversos ordenes que haya contraído la persona. La enciclopedia jurídica Omeba, señala que el embargo es una medida procesal, inherente al proceso, tendiente a asegurar el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor. Por otro lado una acepción más acertada es que la medida cautelar "es una situación procesal ocurrente en todo tipo de procesos, merced a la cual se dispone por el órgano jurisdiccional asegurar bienes o derechos, incautándolos para hacer posible su ulterior ejecución forzada".

Esta figura lo encontramos en el Art. 642° del CPC, donde nos dice que "el embargo es la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley".

Rosenberg citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, nos da una definición y nos dice que es "…un acto especial del poder estatal, que se incauta de la cosa o derecho del deudor con el objeto de pagar al acreedor…" (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, 2014, p.607)

Azula Camacho citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo nos dice que el embargo es "…una medida cautelar en virtud de la cual el juez pone fuera del comercio determinados bienes, que quedan afectados al proceso donde se decreta" (Op. cit.)

Enrique Falcón citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, nos dice que del embargo "llámese embargo a la medida cautelar que, afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar su eventual ejecución futura, individualiza a aquéllos y limita las facultades de disposición y goce de éste, mientras tanto se obtiene la sentencia de condena o se desestima la demanda principal…" (Op. cit.)

Otra definición que encontramos en la doctrina, es que el embargo "Es una orden judicial que individualiza un bien determinado del deudor, afectándolo al pago del crédito en razón del cual se ha trabado el embargo"(web).Asimismo debemos señalar que el embargo no solo se da sobre cosas inmuebles inscritos y no inscritos, el primerose da mediante la anotación de la orden judicial en el registro de la propiedad; el segundo se da "…debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado, el cual debe conservar la posesión inmediata…", así también tenemos que se puede dar sobre una cosa mueble, en este caso el embargo se practicara por el secuestro de la cosa, que es puesta bajo custodia o depósito judicial. (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, 2014, p.608)

Clases de Embargo

Tenemos embargo preventivo, ejecutivo y ejecutorio:

1. **Embargo Preventivo.-**Se da ante una simple verosimilitud del derecho que puede emanar de la contracautela; su finalidad es evitar que resulte ilusoria una futura sentencia judicial, al igual que impide que el deudor durante el proceso se desprenda de sus bienes y pueda caer en insolvencia.

2. **Embargo Ejecutivo.**-Se da por mandato legal que así lo establece, un ejemplo de ello es que, procede cuando el acreedor exhibe un título que tiene mérito ejecutivo, o cuenta con una sentencia de condena a su favor. Este es el primer paso de la venta forzada de un bien del deudor, que con esa medida queda sometida a la disposición del juez, quien establece las condiciones de la subasta.

3. **Embargo Ejecutorio**.-Se da ante una sentencia ejecutoriada, produciéndose inmediatamente al pago del acreedor o a la realización de los bienes respectivos, mediante la venta judicial, según sea el caso,el embargo se transforma en definitivo. Finalmente, es el que resulta de la circunstancia de no haberse opuesto excepciones al progreso de la ejecución, o de haber sido ellas desestimadas por sentencia firme.

Características del embargo.

Calamendri, Podetti, y otros nos dan los caracteres que presenta la medida en forma de embargo entre los que tenemos:

a) Es de tipo económico, se traba sobre los bienes del deudor.
b) Es asegurativa, porque cautela, es decir, tiende a restablecer; importa el comienzo de la ejecución previsional; Carnelutti lo define como "la autocomposición provisoria de la litis".
c) Asegura la Eficacia de la sentencia, a través de la medida anticipada de garantía, que imposibilita la enajenación de los bienes del deudor, se busca según dice Calamendri evitar que la justicia llegue tarde.
d) Desde el punto de vista procesal en esta hay: jurisdicción, acción y proceso; Podetti nos dice que hay jurisdicción porque solo el órgano jurisdiccional es el competente para dictar estas medidas; hay acción porque tiende a tutelar la efectividad de un derecho aun no reconocido del demandante; hay proceso por cuanto para su materialización son necesarios una serie de actos coordinados y regulado por el derecho procesal.
e) Es autónoma, porque es de ejecución provisional, anticipada o preventiva.
f) Es mutable o provisional, porque el auto que lo ordena, no tiene la calidad de cosa juzgada, puede ser impugnado y modificado cuando cambien las circunstancias.
g) Son accesorias, porque tienden a garantizar que la decisión del proceso principal se materialice.
h) Son preventivas, pues no juzgan sobre el derecho del peticionante, sino solo aseguran la eficacia de la decisión judicial.

Efectos del embargo

1. No impide la enajenación de los bienes solo lo limita, puesto que pueden ser objeto de contrato siempre que no se oculte el embargo.
2. No significa desposesión, mientras que no se proceda a la ejecución de la medida de forma definitiva por orden judicial.
3. Produce un acto preventivo, para asegurar más tarde el cumplimiento de la sentencia definitiva.
4. Produce un derecho real de carácter procesal distinto del Civil, confiriendo al Juez una potestad real sobre ciertos bienes, un derecho real al acreedor embargante (*ius persequendi*) que no puede hacerlo valer fuera del ámbito del proceso.
5. Produce la preferencia del primer embargante (*ius prioritatis*), porque garantiza la prioridad en el pago o en la satisfacción de su derecho sobre de los otros.

-**EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCION**

Esta figura la encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 656° del CPC, donde se señala que "tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que este resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor adquiere la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente". (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sánchez Bravo, 2014, p.611)

La doctrina nos alcanza una definición "El embargo en forma de inscripción, es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, naves, aeronaves, vehículos automotores, etc.) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el Registro Público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos"(blog.cabelnoblecilla.com.pe). Encontramos que esta clase de embargo se basa en el principio registral de publicidad, por el cual se presume sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Por tanto, una vez registrado ninguna persona puede alegar el desconocimiento del embargo en forma de inscripción, descartándose así la buena fe del adquirente en caso de transferencia del bien. Debemos agregar que la doctrina nos da a conocer que el embargo en forma de inscripción tiene efectos

garantistas cuando es inscrito (el monto de la afectación) y no antes, por su propia naturaleza que se apoya en el registro, y además que debe ser el deudor el que aparezca como titular en el registro, esta medida limita pero no impide que se transfiera la titularidad del bien, teniendo que el nuevo adquiriente asume la carga de la garantía preventiva.

-**TERCERIA**

Antecedentes:

Tenemos a Benjamin Gutierrez Perez citado por Rosa Sumaq que aparentemente encuentra antecedentes del tema a tratar, en Roma, y nos dice que según lo que menciona petit: "se hacía alusión al tercero en la comparecencia de las partes en el procedimiento, solo como sustituto del demandado", es decir, como un representante procesal en razón de los debates que debían desempeñarse delante del magistrado, por la necesidad de que las dos partes estuviesen presente. Sumaq resalta que se puede observar, que este tercero no es propiamente el de tercería, sino, más bien como ya lo habíamos dicho, tiene el carácter de representante, por lo que se sabe que los romanos nunca aceptaron la figura de un tercero propiamente dicho en el proceso, por lo que decían que los efectos del juicio no los alcanzan.

Por otro lado Lisbeth Catherine Valverde Caycho (2013),ya más precisa nos da a conocer que no se han encontrado antecedentes de la tercería en el Derecho Romano, ni en el Medieval, ni el Canónico, tampoco las reglamentan, solo se ha encontrado en la ley de enjuiciamiento española de 1855, algún antecedente en su ordenamiento jurídico. En el Perú según la doctrina encontramos que el código de procedimientos civiles concedía la facultad de interponer tercería excluyente de dominio, cuando se haya trabado embargo, aunque sea preventivo, en un bien de propiedad del tercero, o cuando era incompatible el remate con un derecho (anticresis) y para obtener el pago con preferencia al ejecutante, el juicio se caracterizó por la brevedad de los plazos, supresión de muchas formalidades y en donde el juez dictaba la sentencia inmediatamente luego de agotado el trámite.

Diferencias en la definición de términos

Tercero.-(*latín tertiarius*) "que sigue inmediatamente en orden al o a lo segundo. Persona que no es ninguno de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio

de cualquier género". Persona que nada tiene que ver con la relación jurídica sustancial. Ej. Contrato de compra venta. Extraño en proceso. (Guevara Manrique, 1985)

Tercero Civil.- Es aquel que funda su derecho en que no fue parte del negocio, acto o contrato, esto es que no se encuentran vinculados por relación jurídica.

Tercerista: El juez acepta participación de tercera persona como parte del proceso.

Tercería.- Se define como "derecho que deduce un tercero entre dos o más litigante, o por el suyo propio, o coadyuvando en pos de alguno de ellos", se reclama por un derecho propio. Persona que está legitimada para ingresar a una relación procesal, por la acción procesal.

La definición de tercería lo encontramos en el Art. 533° del CPC, a la letra dice: *"la tercería se entiende con el demandante y demandado y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; ó en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes*". Otorgando una legitimación ad causam plenaria y da al interviniente el carácter de sujeto procesal primario. Se da cuando existe una relación de hecho provocada por un proceso suscitado entre otras personas y el derecho del tercerista.

DOCTRINA SOBRE TERCERIA

Palacio citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo nos dice que debe denominarse "tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen o figuran en un determinado proceso, a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo trabado en ese proceso sobre un bien de su propiedad, o de que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia al embargante con el producto de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida".

Lopez del Carril citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo nos dice que "…tercerista es aquel a quien le han embargado bienes que afirma le pertenecen, como si fuera un extraño, o que tiene preferente derecho de hacerse pagar con el producto de dichos bienes, aunque realmente sea del deudor…" (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo, 2014).

Encontramos a Alberto Hinostroza Narváez citado por Alexander Rioja Bermúdez y por Rosa Sumaq (PUCP academia.edu), nos da una explicación respecto de los supuestos en que se ven inmerso los terceros y nos dice que "El proceso relaciona únicamente al demandante y al demandado, sin embargo, en ocasiones puede vincular a terceros". Nos pone en dos situaciones, en la primera, el tercero interviene directamente en la litis para defender sus derechos evitando resultados desfavorables en la sentencia; en la segunda situación, el tercero, vía de acción reclamará como parte demandante en un proceso especial, el bien de su propiedad afectada con una mediad cautelar o sino para tener la preferencia de pago sobre el producto que se obtenga de los bienes de la parte perdedora en la etapa de ejecución de sentencia del proceso de la relación jurídica primaria que origina su acción de tercería. Por lo que en*strictu sensu* **la tercería** nos dice Hinostroza, "es el proceso por el cual el tercero se opone a los intereses de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica procesal que encierran en forma accesoria la medida cautelar que perjudica al primero de los nombrados, para exigir el levantamiento de una medida cautelar precautoria indebidamente trabada sobre un bien de su propiedad o para reclamarse derecho a ser reintegrado de su crédito de manera preferencial con el producto obtenido del remate de los bien de su deudor afectados por una media cautelar en favor de otro acreedor".

Mientras que para Rodríguez Garcés citado por Rosa Sumaq, "la tercería es cualquier cuestión que formule un tercero, en defensa de un derecho que dice pertenecerle, en un juicio pendiente que siguen otros dos. Se da el nombre de tercia a la intervención misma del tercero en el juicio y la acción que este ejercía". Añade el autor que "se entiende por tercería el procedimiento a que da origen la acción deducida por una persona extraña al pleito, porque hasta ese momento no inviste el carácter de demandante ni de demandado, alegando derechos diferentes a los invocados por las partes."

Según Lino Palacio citado por Rosa Sumaq, La tercería no deben ser confundidas con la forma de intervención denomina principal o excluyente, en las tercerías por el contrario la pretensión del tercero no interfiere con la interpuesta por el actor originario y viene a constituir el proceso de un incidental[1] con respecto a aquel en el cual se decretó el embargo, por lo tanto el tercerista reviste el carácter de parte actora en el proceso de tercería continua siendo ajeno a la relación jurídica originaria que determinó el embargo.

[1]**El proceso incidental**, es el que surge como consecuencia de otro y durante su curso, paralizando en ocasiones, y en otras no, las actuaciones del proceso principal.

En palabras de Enrique Falcón citado por Alexander Rioja Bermúdez “se llama tercería a la pretensión independiente de un tercero ajeno al proceso, que pretende el dominio de los bienes embargados”. (Alexander Rioja Bermúdez, 2010-2011).

Como aporte final tenemos lo dicho por Alexander Rioja Bermúdez quien amplía su conceptualización y nos da a conocer sus dos puntos de vista; en primer lugar tenemos el punto de vista sustantivo, donde señala que es un “Derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes y reclama por un derecho propio”; además señala que este es un concepto acogido por sede Casatoria donde se dice que: “Se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en pos de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad”. Luego nos alcanza su punto de vista procesal, en la que señala que es una: “Pretensión jurídica que se tramita vía proceso abreviado por el cual una tercera persona reclama ingresar en la relación jurídica procesal expresando un derecho incompatible con el remate o un derecho preferente de pago. Persona que ejecuta una acción ajena a un juicio, invocando a su favor un derecho de tercería”. Punto de vista que también dice es acogida en sede civil cuando se precisa que: “La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien”.

Como vemos por los conceptos señalados líneas arribas se entiende por *tercería a aquel proceso incidental iniciado por persona ajena a la partes que intervienen en un proceso determinado en el que de manera accesoria se ha trabado embargo a un bien que es de propiedad del tercerista, a fin de que se disponga su desafectación; O en su caso se le reconozca su derecho de pago preferente frente a la del embargante, con el producto de la venta del bien subastado.*

CLASES DE TERCERÍA

El nuevo código procesal civil contempla dos formas de tercería: la de propiedad y la de derecho preferente.

a. Tercería de derecho de preferente o de prelación

b. Tercería de propiedad

PROCESO DE TERCERÍA DE DERECHO PREFERENTE

Definiciones:

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos un concepto previsto en el Art. 537° del CPC, donde dice "Admitida la tercería de derecho preferente, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia, salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas. El tercerista puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien".

Falcón citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo nos dice que la tercería de derecho preferente es aquella "…..en la que el tercerista pretende tener un crédito que debe ser pagado con preferencia al del ejecutante, con el producido de la venta del bien embargado".

Prieto Castro y Ferrándiz citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo lo conceptúa de la siguiente manera y dice que es la "…. actuación en un proceso de ejecución de un tercero que alega su derecho a ser reintegrado del crédito que ostente con preferencia al acreedor de la ejecución y con cargo a los bienes realizados". (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo, 2014)

Para Ariano Deho citada por Rosa Sumaq, al respecto señala que en toda ejecución y en especial la dineraria, se tiene un presupuesto sustancial, y es que todos los bienes que integran el patrimonio del deudor responden por el cumplimiento de todas sus obligaciones; ello en la visión de los acreedores, se entendería que todos los acreedores deben participar por igual, en su derecho a ser satisfechos con cargo a todos los bienes que integran el patrimonio del deudor. Pero existen salvedades a estas reglas porque no pueden tener el carácter de absolutas. Pues hay bienes que son inembargables y así también no todos los acreedores tienen los mismos derechos a ser satisfechos con cargo a los bienes del deudor, pues hay algunos que gozan de prioridad o preferencia frente a los demás.

Así tenemos que para Lino Palacios citado por Rosa Sumaq, “las causales de preferencia que autorizan la interposición de esta clase de tercería consisten, ante todo en los privilegios especiales, es decir que afecten determinados bienes del deudor y subsidiariamente, en la prioridad de pago, que la ley acuerde al primer embargante...” y además añade que “este tipo de tercería puede interponerse hasta tanto el embargante no haya recibido el importe del crédito, pasada la oportunidad mencionada el tercerita debe hacer valer sus derechos en el proceso que corresponda”.

Prieto– Castro citado por Rosa Sumaq**,** la conceptúa como la “actuación en un proceso de ejecución de un tercero que alega su derecho a ser reintegrado del crédito que ostente con preferencia al acreedor de la ejecución y con cargo a los bienes realizados”. La tercia de prelación dice, viene a constituir un caso en que la acción procesal demuestra autonomía frente al derecho subjetivo material, en la doctrina se afirma que la tercería de prelación es una tutela exclusivamente procesal. Se comprende entonces que el proceso de tercería de derecho preferente se basa en la protección de los intereses legítimos de todo acreedor cuyo crédito resulta privilegiado en relación al de otros y por lo cual está facultado a exigirlo con preferencia sobre los otros. Asimismo se tiene que tener en cuenta que el orden de prelación lo fija la ley (como es el caso de los derechos reales de garantía, de las obligaciones alimenticias, tributarias, de aquellas correspondientes al pago de remuneraciones o beneficios sociales, etc.) y en su defecto lo fijará el órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta la fecha de ejecución de las medidas cautelares.

PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD

En la doctrina encontramos una premisa por la cual no se puede afectar bienes de terceros con medidas cautelares que tiendan a asegurar el pago de un crédito resultante de una relación obligacional en la que el titular del bien no es parte; esta premisa es el principio de responsabilidad patrimonial, por la cual el deudor responde con los bienes de su patrimonio ante el incumplimiento de sus obligaciones. Por lo que el derecho procesal civil ha tenido a bien proporcionar una figura procesal que permita desafectar bienes que fueron embargados indebidamente, porque aparentaban pertenecer al deudor.

Encontramos esta figura procesal en el Art.533° del CPC donde señala que “La tercería de propiedad se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la

ejecución…..” y sus efectos en el Art.536°donde se señala que “Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida y ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería. El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad”.

Definiciones en la Doctrina

Podetti citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo nos señala que “Por regla general, la tercería de dominio involucra el ejercicio de la acción reivindicatoria en contra del ejecutado (presunto titular del dominio discutido) y contra el ejecutante (que le interesa que se reconozca ese derecho al demandado)…” (Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo, 2014, p.524)

Prieto-Castro y Ferrándiz citado por Máximo Castillo Quispe y Edwar Sanchez Bravo nos destaca que el “…objeto procesal de la demanda de tercería de dominio es una *actio reivindicatoria ex iure dominii,* y objeto material es la exclusión del embargo de los bienes del actor, la declaración de libertad de los mismos y su reintegración a él”. (Op. cit.)

Falcón citado por Alberto Hinostroza Minguez nos dice que la tercería de dominio es “…aquella en la que el tercerista reclama la propiedad de la cosa embargada…” (Alberto Hinostroza Minguez, 2014, p.420)

Redenti citado por Alberto Hinostroza Minguez, nombrando como oposición de terceros a la tercería de dominio se comprende como “…la hipótesis de que un procedimiento de expropiación (ejecución) se hayan afectado o atropellado bienes de terceros extraños; y quiere aprontar para ellos el modo de sustraerlos legalmente a la ejecución, o en su defecto, el modo de recuperar su precio, mientras sea posible…” (Op. cit. p. 421)

Castro citado por Alberto Hinostroza Minguez nos agrega que “el tercerista puede cuestionar el dominio de la totalidad de la cosa, o el de una parte de ella; o bien puede cuestionar la totalidad de los derechos comprendidos o uno de los derechos de desmembración de que puede ser susceptible el dominio pleno”.(Op. cit. p.420)

Rodriguez Garces citado por Alberto Hinostroza Minguez, nos dice que "…Tercería de dominio es la reclamación que hace un tercero en un juicio ejecutivo, alegando dominio sobre los bienes embargados, para que se alce el embargo y se le reconozca su derecho" (Alberto Hinostroza Minguez, 2014, p.422)

Lino Palacio tratándose de la tercería de propiedad dice: El tercerista debe acreditar, durante el periodo probatorio, la plenitud del derecho invocado como fundamento de su pretensión y por otro lado tenemos lo que señala Gonzáles Barrón citado por Lino Rodriguez respecto a la tercería y dice "El efecto fundamental de las tercerías de propiedad es suspender el remate del bien afectado hasta que se resuelva sobre el derecho de propiedad del tercerista".

César Luperdi citado por Rosa Sumaq y Bruno Lezano la define como: "es el proceso dirigido a acreditar el dominio o propiedad de un bien sobre el cual recae una medida cautelar dictada en un proceso judicial para obtener la desafectación del mismo por ser esta medida indebidamente solicitada y ejecutada (…); solamente es viable cuando exista una medida cautelar que afecte un bien que pertenece aparentemente al deudor; (…) tal afectación es un requisito sine qua non para la procedencia de esta pretensión"

Oportunidad para Interponer la Tercería de Propiedad

En el Código procesal Civil en su artículo 534° encontramos respecto a la oportunidad para interponer la demanda de Tercería:*"La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor".*

En palabras de Pallares citado por Hinostroza Minguez Alberto (2014) nos dice que "…las tercerías de dominio pueden oponerse en cualquier estado del juicio, con tal de que no se haya dado posesión de los bienes al rematarse o al actor, en su caso por vía de adjudicación". (p.426)

Para Prieto-Castro y Ferrándiz citado por Hinostroza Minguez Alberto (2014) "…la demanda de tercería de dominio se ha de presentar dentro del tiempo conveniente para que sea útil, esto es, antes de que se haya otorgado la escritura en venta de los bienes embargados o se haya consumado está a favor del rematante, o de que se haya entregado al acreedor en adjudicación para pago. Pasados estos momentos preclusivos,

el tercero solo podrá hacer valer su derecho sobre los bienes mediante la correspondiente persecución civil o penal…". (p.427)

Ledesma citado por Christian Cárdenas Manrique (2016), nos aclara lo que se entiende de "antes que se inicie el remate del bien" del cual dice que "(…) se podría argumentar que la tercería solo podría interponerse hasta antes de iniciarse los actos procesales tendientes al remate o, por el contrario, se podría entender que la demanda se podría presentar hasta el acto de expropiación mismo: el remate efectivo". Posteriormente Christian Cárdenas Manrique nos señala lo establecido en las sentencias emitidas por las Cortes, en relación a la oportunidad para interponer la tercería; y nos cita algunos ejemplos como la Casación N° 1030-98 -Tacna donde se dice que: "Si bien en el código dice que debe interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, este debe entenderse que se refiere a la subasta misma y no solo a la fecha señalada para el remate"; por otro lado señala la Casación N° 771-2001-Apurímac donde dice: "(…)el precepto antes mencionado está referido a la subasta misma del inmueble, donde se adjudica el bien a un postor y no al señalamiento de fecha para el remate del bien, donde solo se llama a subasta". Nótese que en la primera dice que se puede interponer hasta en la subasta misma; mientras que en la segunda casación, señala que debe tenerse en cuenta que la subasta además significa la adjudicación del bien, dejando oportunidad hasta antes de que el bien sea adjudicado. Por lo que se concluye que queda expedito el derecho del propietario a interponer la Tercería hasta antes del acto de adjudicación, teniendo en cuenta que desde la fecha en que se emite el auto para el remate hasta su adjudicación puede transcurrir un largo período de tiempo.(Christian Cárdenas Manrique,2016)

Requisito Especial de la Demanda de Tercería

Nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 533°, 534° y 535° del CPC, regula los requisitos especiales de la demanda de tercería que además debe ser acompañado de los requisitos generales de la demanda previsto en el Art. 424° del CPC. Hemos identificado alguno de ellos:

1. Debe existir una medida cautelar trabada sobre bienes de propiedad de un tercero o que afecte el derecho preferencial de tercero a ser pagado con el producto que

se obtenga de tales bienes (art. 533° del CPC) y los requisitos generales contemplado en los artículos 424 ° y 425° del CPC.

2. La demanda debe ser interpuesta en la oportunidad prevista por la ley (art.534° del CPC). En la doctrina queda establecido que es hasta antes de la adjudicación.
3. El tercerista debe acreditar fehaciente el derecho que invoca, ya sea con documento público o privado de fecha cierta "más antigua que la inscripción del embargo" (art. 535° CPC).
4. En caso no se adjuntase a la demanda documento público o privado de fecha cierta que pruebe el derecho invocado, el tercerista debe ofrecer garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar.

En opinión de Lino Palacio citado por Hinostroza Minguez Alberto (2014), nos dice que en lo que atañe al embargo como requisito de la tercería significa que "…La admisibilidad de las tercerías, (…) se halla condicionada a la existencia de un embargo". Además señala nuestro autor citado que "…la ley condiciona la admisibilidad de toda tercería al cumplimiento de un requisito específico: la prueba, mediante instrumento fehaciente o en forma sumaria, de la verosimilitud del derecho en que se funda, o la prestación de la fianza para responder por los perjuicios que pudiere producir la suspensión del proceso principal (…). Hinostroza Minguez Alberto (2014)

Respecto al requisito que queda como salvedad, ante la falta de acreditación prime facie del derecho de propiedad, la fianza o la caución dice Hinostroza Minguez "…debe ser fijado sobre las base de los efectos que puede producir la demora en la percepción del crédito por parte del embargante".

De lo expuesto se concluye que la norma aun cuando de sus requisitos de procedibilidad señale que es necesario se pruebe prime facie la titularidad del bien embargado, no define desde ya la preferencia por el derecho de propiedad, como una parte de la doctrina lo señala, sino que deja tutelados a ambos derechos tanto del embargante como del propietario, cuando del proceso resulte probado su derecho.

Efectos de la Tercería de Propiedad

En el Art.536°del CPC, se señala que "Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida y ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En estos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería. El tercerista puede obtener la suspensión de la medida cautelar o de la ejecución del bien afectado, si la garantía otorgada es suficiente a criterio del Juez, en caso no pruebe que los bienes son de su propiedad".

En la opinión de Hinostroza Minguez Alberto los efectos de la tercería serían las siguientes:

1. La admisión de la demanda de tercería, no suspende el trámite del proceso cautelar sino la del proceso principal, siempre que ya esté en ejecución forzada y que no haya sido iniciado el remate (adjudicación). Esto se explica porque la tercería tiene la finalidad de evitar el remate del bien y el levantamiento del embargo o la exclusión del bien del proceso que produjo la medida cautelar.
2. Una vez declarada fundada la demanda de tercería, se declara el levantamiento de la medida cautelar irregularmente trabada y con ello el cese de la suspensión del proceso principal, dejando que el juez del proceso principal decida sobre que bienes del deudor se debe trabar embargo para que se le exija el cumplimiento de la obligación.
3. Si se declarara infundada la demanda de tercería, se produce el cese de la suspensión del proceso principal y por ende se procederá con la ejecución forzada de los bienes, sin perjuicio de las responsabilidades en la que incurre el tercerista, pago de costas y costos, multas que pudieran imponérsele.
4. Según Palacio, si los "…bienes se hallan sujetos a desvalorización o desaparición o irroguen excesivos gastos de conservación, quedando el producto de la venta afectado a las resultas de la tercería…".
5. Según Palacio la tercería surte efecto sobre los bienes sometidos a subasta que sean de titularidad del tercerista, mas no se extiende otros ajenos a la tercería.

En la doctrina encontramos lo que nos dice Christian Cárdenas Manrique respecto a los efectos de la tercería de Propiedad y dice que existe controversia respecto a si dichos

efectos se originaban con la sola interposición de la demanda o si es que era necesario que el Juez admita a trámite la demanda; a fin de esclarecernos esta duda nos entrega lo que señala la sentencia de la Casación N° 349-2014-Arequipa, donde se consideró que los efectos de la Tercería se dan desde el momento de la presentación de la demanda y no desde el auto que la admite, porque la misma Corte indicó que *:* "Los efectos de la Tercería no se pueden considerar desde el auto que admite la demanda, por cuanto no es imputable al litigante cualquier demora en el trámite del proceso por culpa inimputable al órgano Jurisdiccional". Sobre lo expuesto debemos señalar que nuestra norma civil no es de aplicación literal, ya que según las circunstancias y usos del ejercicio jurisdiccional, se debe tener presente que si el derecho a tutelar requiere que se aplique sus efectos desde la presentación de la demanda por peligro de que se ejecute el bien, debiera tomarse aquello como favorable al justiciable; ya que debemos dejar por sentado que como únicas excepciones para que no se suspenda la ejecución, que los bienes estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa, en esos casos, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.(Christian Cárdenas Manrique, 2016)

Finalidad de la Tercería.

Pallares citado por Hinostroza Minguez Alberto (2014),al respecto nos dice que la tercería de propiedad tiene por objeto "…que se declare que el tercer opositor es dueño del bien que está en litigio, en el juicio principal, que se levante el embargo que ha recaído sobre él y se le devuelvan con todos sus frutos y accesorios, o bien que se declare que es el titular de la acción ejercitada en dicho juicio…". p.423.

Mientras que Rodriguez Garcés citado por Hinostroza Minguez Alberto (2014), señala que "la tercería de dominio tiene un triple objetivo: -reconocer el derecho de dominio del tercerista sobre los bienes embargados; -Se alce el embargo que lesiona el derecho de propiedad de este tercero; -Se le entreguen los bienes materia de la tercería cuando a consecuencia del embargo ha sido privado de la tenencia, uso y goce de ellos". p.423.

Prieto Y Ferrándiz expone que el "objeto procesal de la demanda de tercería es una acto reivindicatoria ex iure dominio, y objeto material es la exclusión del embargo de los bienes del acto, la declaración de libertad de los mismos y su reintegración a él. En conclusión la finalidad de este mecanismo procesal es que se levante el embargo trabado

indebidamente y en consecuencia evitar que se ejecute un bien que es de propiedad del tercerista.

Competencia y Via Procedimental.

Según la normativa vigente tratándose de competencia en casos de tercería que se tramitan en el proceso abreviado, son competentes para conocer de ellos:

Según el Art. 488° CPC, "son competentes para conocer los procesos abreviados los jueces civiles y los de paz letrado, salvo en aquellos casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales. Los juzgados de paz letrado son competentes cuando la cuantía de la pretensión es mayor de cien y hasta quinientas unidades referencia procesal; cuando supere este monto, los jueces civiles".

Trámite en el Proceso Abreviado:

El trámite a seguir es el siguiente:

a. Luego de presentada la demanda, tienen los demandados: -Tres días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de las resoluciones que los tiene por ofrecidos. -Cinco días para interponer excepciones y defensas previas, contados desde la notificación de la demanda. -Diez días para contestar la demanda (Art. 491° inc. 1-5) del CPC.
b. De darse el caso el demandante tendrá: -Tres días para absolver las tachas u oposiciones. -Cinco días para absolver traslado de las excepciones o defensas previas. -Cinco días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invocan hechos no expuestos en la demanda.-Diez días para absolver el traslado de la reconvención (art. 491°)

c. La audiencia de saneamiento procesal y conciliación tendrá lugar dentro de los diez días contados desde el vencimiento del plazo para contestar la demanda (art. 491° inc. 8. Del CPC).

d. Una vez realizado la contestación de la demanda o sin ella luego de transcurrido el plazo, el juez procederá conforme a la norma procesal civil

A.- dentro de los diez días luego de absuelto las excepciones o transcurrido ya el plazo para hacerlo, el juez resuelve las excepciones; B.-Si el juez declara infundada la excepción, declara también saneado el proceso; C.-Si el juez declara fundada la excepción, se aplica según corresponda.

e. La audiencia de pruebas se llevara a cabo dentro de los veinte días siguientes a la realización de la audiencia de saneamiento y conciliación (siempre que se haya declarado la existencia de una relación jurídico procesal valida y no haya producido la conciliación entre los justiciables)así lo establece el (art. 491° inc.9 del CPC).

f. La audiencia especial y complementaria, si fuera el caso, se realizan dentro de los cinco días de efectuada la audiencia de pruebas (art. 491°inc.- 10 del CPC).

g. Se expedirá sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas o las audiencia especial y completaría, si estas se hubieran realizado (art. 491° inc. 11 del CPC)

h. Los litigantes tendrán un plazo máximo de cinco días para apelar la sentencia, apelación que tendrá efecto suspensivo.

Para concluir debemos señalar al igual que Podetti que “la sentencia dictada en juicio de tercería de dominio produce cosa juzgada, para cualquier otro proceso posterior, donde concurran los requisitos que la hacen viable y que se descubren mediante el estudio de la identificación de las acciones o sea la identidad de sus elementos…”. Hinostroza Minguez Alberto (2014). Añadimos que la sentencia resulta en una condena hacia el ejecutante, porque le deniega la ejecución del bien y una declaración favorable al tercerista que resulte haber demostrado en juicio que el bien es de su titularidad.

-**PRINCIPIO DE OPONIBILIDAD**

Definición de términos:

Oponerse.- Impedir, contradecir o dificultar algún propósito. / impugnar. / Alegar a favor de la otra parte. / Rechazar, denegar (Guillermo Cabanellas, 1996)

Oponibilidad.- Calidad del derecho o defensa que su titular puede hacer valer contra terceros. Se está ante un tecnicismo, de utilidad indudable y perfil inequívoco, que resaltan los juristas franceses para referirse a la índole de un acto jurídico cuya eficacia se revela más allá de las partes o interesados inmediatos, obligados a la abstención que lo respeta en unos casos, como sucede en materia de derechos reales; y en otras situaciones, en los contratos y derechos personales, con trascendencia que se extiende a los causahabientes. (Guillermo Cabanellas, 1996)

Oponibilidad en el derecho real.- Mazeaud citado por Cabanellas "en materia de derechos reales, todas las modificaciones, previas a su transmisión, son oponibles a los adquirientes, que reciben el bien en el estado en que se encontraba en el patrimonio del causante y en el momento de la adquisición. Esa oponibilidad no está exenta de riesgos, un ejemplo puede ser que el adquiriente puede ignorar que el vendedor ha constituido una hipoteca; por eso ha intervenido el legislador para subordinar a ciertas formalidades la oponibilidad de los actos relativos a los derechos reales.

Oponibilidad en los derechos personales.- Se plantea en igualdad de términos a los derechos reales, siempre que se haya transmitido un derecho, un ejemplo seria el cesionario de un crédito tendrá que soportar que se le opongan las cesiones, los embargos y las prescripciones que hayan afectado al crédito con anterioridad a su transmisión; el peligro es el mismo que para las transmisiones del derecho real por lo que el legislador protege a los terceros sometiendo, a ciertos requisitos de publicidad, la oponibilidad de la cesión del crédito con respecto a ellos.

A modo de comprender más claramente Cabanellas nos dice que la Oponibilidad en síntesis se basa en lo consumado, en lo público y en lo leal.

En la doctrina para algunos la oponibilidad es una forma de eficacia del hecho, acto o negocio jurídico del que deriva la relación o situación jurídica, ya su vez, la inoponibilidad es una forma de ineficacia relativa de alguno de esos hechos jurídicos; entonces puede decirse que ante aquella situación donde se quiere hacer valer una determinada relación o situación jurídica o la propia inscripción registral de los actos o derechos u otros casos a lo único que se acude como medio para sustentar la oponibilidad es a una buena prueba de la existencia de la situación o relación de la que se trate, como podría ser la existencia de un documento de fecha cierta o la comprobación de ciertas cualidades que debe ostentar el tercero para evitar ser alcanzado por los efectos perjudiciales que para él

tendría la situación o relación jurídica que se le pretende oponer, como podría ser el tener la condición de tercero de buena fe y otros requisitos específicos; o, para gozar de los efectos beneficiosos que para él tendría esa situación o relación, como podría ser también el tener la condición de acreedor, codeudor o acreedor solidario, fiador, cedido o cesionario, etc. Mientras que por el otro lado la inoponibilidad Lacruz ha sostenido que "puede entenderse como una ineficacia relativa, es decir, solo respecto de ciertos sujetos, cuya posición jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato válido por otras personas. Este contrato se dice que les es inoponible o que no puede oponérseles, o que no les afecta o que no les perjudica. Naturalmente, ha de tratarse de tercero de alguna manera relacionado con el contrato que le es inoponible (por ejemplo, el contrato tiene como objeto un cosa propiedad del tercero, o a la que tiene algún derecho), ya que de otro modo bastaría atender a que el contrato solo produce efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos"; pero para otros autores, como De Castro y Bravo la inoponibilidad" una figura de carácter más general que la ineficacia. No ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio. La inoponibilidad resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto. Lo que dependerá de las circunstancias o requisitos que a cada uno de ellos lo fortifiquen o debiliten. La inoponibilidad, en efecto, se manifiesta también en los casos en que lo que no puede oponerse es la ineficacia del negocio, respecto de unas determinadas personas (mejor dicho de ciertos titulares) será entonces mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos en cuanto a títulos de derechos y de obligaciones; del que deriva esa jerarquía de títulos conforme a la que ciertos negocios o su ineficacia son inoperantes respecto de otros o quedan a las resultas del mayor o menor alcance de estos" . La distinción entre los efectos de la situación o relación jurídica y la oponibilidad a terceros suele ser estudiada a propósito del denominado principio de la relatividad de los contratos, pero lo dicho sobre el particular puede hacerse extensivo de modo general a la relatividad de cualquier situación o relación jurídica. Larroumet explica la distinción con el siguiente ejemplo: "Si mi deudor vende un inmueble que le pertenece, no siendo yo parte en la venta, tampoco soy acreedor del precio ni deudor de la obligación de entrega para con el comprador (...) Sin embargo, estoy obligado a tener en cuenta la existencia de ese contrato de venta. En efecto si mi deudor no me paga, yo ya no puedo embargar el inmueble en su patrimonio, puesto que ya salió de él. Por consiguiente, el contrato

concluido por mi deudor, se me impone en su existencia y me perjudica por cuanto me priva de un elemento sobre el cual podía recaer mi derecho de prenda general sobre el patrimonio de mi deudor. En otras palabras, este contrato se me puede oponer, esto es, que no puedo desconocer su existencia". Más adelante el mismo autor nos dice que "el principio de oponibilidad del contrato a terceros significa que los terceros, o sea todos aquellos que no prestan su consentimiento para celebración del contrato, deben tener en cuenta la existencia del contrato en la medida en que puede perjudicarlos, sin que el contrato origine, sin embargo, una obligación a su cargo. De la misma manera, los terceros tienen la posibilidad de aprovecharse del contrato, especialmente para con las partes, sin poder convertirse en acreedores en virtud del contrato". La doctrina nos señala que la oponibilidad y, por consiguiente, la inoponibilidad no son fenómenos equivalentes a la eficacia o ineficacia de los hechos que generan las situaciones y relaciones jurídicas, sino que más bien conciernen al denominado valor relativo que frente a terceros tienen las titularidades derivadas no solo de los contratos o de los negocios jurídicos sino, en general, de los distintos hechos jurídicos que las pueden producir.

2.2. OBJETIVOS.

2.2.1. OBJETIVO GENERAL:

- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la Casación N° 3671-2014 – Lima.

2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar si la interpretación del segundo párrafo del art. 2022° ampara al derecho de propiedad no inscrita y al derecho de crédito (embargo en forma de inscripción).
- Identificar si el derecho de propiedad es oponible erga omnes, es decir, de plano.
- Determinar en qué momento opera la oponibilidad frente a terceros, del derecho de propiedad no inscrita y del derecho de crédito (embargo en forma de inscripción); dada su regulación por el derecho común.
- Determinar si es aplicable la prelación de los derechos inscritos en Registros Públicos en esta situación jurídica y si es oponible de plano.

2.3. VARIABLES.

2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

  Derechos de Propiedad.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

  La oponibilidad del Derecho de Propiedad no inscrita y el derecho de crédito (embargo inscrito).

2.4. SUPUESTOS.

- Si el derecho de propiedad tiene mayor relevancia jurídica jerárquica, frente al embargo inscrito.
- Si la naturaleza del derecho de propiedad y el derecho de crédito, supone mayor o menor tutela normativa.
- Si solo la oponibilidad, es la correcta solución a los problemas de tercería.

CAPÍTULO III
METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación Descriptiva – Explicativo de tipo socio-jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la Sentencia recaída en la Casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: “Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio”.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: “Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio”. El código Civil Peruano de 1984.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó la Casación de la Corte Supremo al Catedrático responsable del Programa de títulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: “Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio” desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco legal general.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Civil (1984) y la casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: “Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio”.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

1. Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con la casación N° 3671-2014 Lima, Sétimo Pleno Casatorio: “Oponibilidad de la Propiedad frente al Embargo Inscrito en la Tercería de Dominio”.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad

CAPÍTULO IV
RESULTADOS

1. La Corte nos señala que la actualmente la mayor parte de la doctrina internacional afirma que la responsabilidad extracontractual interviene, muchas veces hoy para sancionar la inejecución o mala ejecución de un contrato cuando ésta se debe al hecho de un tercero o perjudica a un tercero, añadiendo que no ha sido reconocida jurisprudencialmente en nuestro país, y que en todo caso, sirva de ocasión para reconocer esta figura y actualizar las tendencias jurisprudenciales, en concordancia a la doctrina más actual. Y como consecuencia se concluye que todo derecho subjetivo tiene tutela resarcitoria o tutela extracontractual, lo que resulta incompatible con la distinción entre derechos absolutos y relativos.

2. En primera línea como premisa la Corte señala que es deber del juez aplicar la Ley, atendiendo a los mecanismos de interpretación que proporciona la teoría de interpretación jurídica. Respetando la voluntad de la ley, debiendo seguirla, al margen de que su contenido agrade o desagrade al Juez; esto no supone negar la posibilidad de que las normas pueden ser interpretadas de múltiples maneras. Es preciso por ello para el Juez hacer uso de la teoría de la interpretación jurídica, que contiene áreas bastantes complejas. En tal sentido para la Corte el segundo párrafo del Art. 2022 del CC, se puede advertir que el legislador ha pretendido solucionar el conflicto de derechos de diferente naturaleza en base a la no aplicación de los principios de derecho registral. Esta interpretación está libre de la influencia de la posición que defiende la prevalencia de la propiedad no inscrita y en atención además que los defensores del derecho de crédito no han postulado una interpretación coherente, ya que proponen que el segundo párrafo del mentado artículo, es una norma de remisión y que el conflicto del presente caso es un supuesto de vacío normativo.

3. La Corte en el marco de la interpretación de la norma, señala que una adecuada interpretación jurídica, toma en cuenta fundamentalmente lo explicitado en las disposiciones normativas, ya que la interpretación al tener un aspecto objetivo, el intérprete no puede alterar el objeto de interpretación (la norma), sometiéndolo a su libre voluntad, sino que debe respetar ciertos límites marcados por el propio objeto de interpretación, el cual viene a ser la misma norma. Además añade que

el método usado es el canon de la hermenéutica el cual se circunscribe a revelar lo que el texto contiene, por lo que la norma debe ser interpretada dándole un significado que deriven de las palabras que la conforman, atendiendo a su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso.

4. Respecto a la laguna normativa que aduce la postura que defiende el derecho de crédito, la Corte señala que aceptar dicha idea implicaría privar de sentido a la frase derecho común; por lo que no se toma en cuenta que la buena técnica de la interpretación aconseja interpretar los textos legales en el sentido que tengan mayor eficacia, conociendo que ello conlleva el llamado "principio de conservación del derecho"; por lo que se concluye que no existe vacío normativo, porque el texto del segundo párrafo del Art. 2022 del CC, establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho de conflicto de derechos de distinta naturaleza.

5. La Corte señala que existe una circunstancia que ayuda considerablemente a develar el sentido del término "derecho común": la terminología y política legislativa expresada en otras disposiciones legales del propio Código Civil relativas a conflictos de derechos. Este término "derecho común" puede ser entendido apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente. Se tiene que el legislador cada vez que regula conflictos de derechos en el CC, si decide dirimir el conflicto en base a criterios registrales, lo hace explícitamente, sin acudir a fórmulas vagas o imprecisas; por lo que se tiene que la segunda parte del Art. 2022, desentona por completo de ese contexto por lo que el legislador ciertamente ha expresado que en este caso ha tomado una posición diferente. De allí se tiene que la frase derecho común posee un sentido y la norma aplicable al caso es el Art. 949 del CC, el cual regula la transmisión de la propiedad inmueble, precisando que: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". Al respecto se tiene entonces que la propiedad se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes. Y así también es norma aplicable el Art. 1219 inciso 1 del CC, según el cual: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado". Ambas normativas representan

a cada uno de los derechos en conflictos y se infiere que el acreedor solo puede emplear medidas legales sobre el patrimonio de su deudor y no de terceros.

En conclusión el termino derecho común según el contexto normativo y según la doctrina se entiende como aquel derecho no especializado: “Es el conjunto de reglas que tienen vocación general, (…) sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama en especial”. Por lo que puede entenderse que el derecho registral es una rama especializada. En atención a lo argumentado se concluye que en este tipo de conflictos la posición del acreedor embargante no puede ser amparada, puesto que la misma no tiene más sustento que el registro público y al no aplicarse las reglas registrales cae por si sola; en todo caso para que sea amparado el acreedor tendría que probar que la inscripción de su derecho data de un momento anterior a la adquisición de la propiedad. Y respecto a la diligencia que tuvieron o no los titulares de los derechos en cuestión, es un absurdo en relación al contexto histórico cultural en el cual nos encontramos, donde ni los profesionales del derecho logran entender nuestro sistema de trasferencia de propiedad, menos pues la comunidad en general puede tener claro estos temas y cuál sería la función del registro respecto a su adquisición.

6. La Corte señala que ante la inexistencia de laguna normativa se hace inaplicable el criterio de integración normativa que es invocado por los defensores del derecho de crédito inscrito, de esta manera el principio de apariencia y otros principios (invocada por la doctrina defensora del crédito) no resultan aplicables. En tanto que de acuerdo a nuestro sistema el derecho de propiedad, entendido como la facultad de obrar sobre determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocidos por terceros. La Corte está consciente que es necesario una solución más acorde con el resto de normas del CC, por lo que a futuro los trabajos de reforma legislativa deberán tener en cuenta para este supuesto una solución coherente con las reglas registrales.

7. En tanto sobre los usos fraudulentos que se le puede dar a la tercería, la Corte señala que siendo el documento privado de fecha cierta la prueba que necesita para acreditar su derecho el tercerista, no es difícil que aquel documento, pueda ser objeto falsificación o actuar fraudulento; por lo que en atención a lo establecido

en el inciso 2 del artículo 51 del CPC, el juez debe efectuar los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, en caso de que los medios probatorios no le causen convicción; en el caso de las tercerías es aplicable en cuanto a que el juez efectuará actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista, para ello deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación.

CAPITULO V
DISCUSIÓN

Tenemos la posición de Melissa Calderón (2016) que en su tesis titulada “La Naturaleza Jurídica del embargo en forma de inscripción y su oponibilidad con el derecho real de propiedad” donde realiza un análisis respecto de la Casación N°3671-2014 Lima, nos dice en su primera conclusión que: “la medida cautelar de embargo en forma de inscripción al recaer sobre un bien individualizado y al poseer características propias como la oponibilidad, y persecutoriedad, junto con la nueva definición del término bien por el tribunal constitucional, nos permite concluir que el embargo es un derecho de naturaleza jurídica real. Nuestra discusión seria que si bien el embargo en forma de inscripción tiene naturaleza real, pero ésta es oponible solo en el plano procesal y no puede hacerse valer fuera de él y mucho menos en el plano Civil; debiendo tomarse en cuenta que la inscripción no desnaturaliza el derecho; pero lo más resaltante de esta discusión, es que la normativa que resuelve el conflicto de derechos de distinta naturaleza no ha previsto la aplicación de las reglas registrales, lo que hace que esta posición resulte desprotegida de por sí, aun cuando no es la mejor posición para que prevalezca el derecho de crédito inscrito.

Luego ya en su segunda conclusión señala que: las posiciones doctrinarias actuales, que son de argumentos muy sólidos y que están a favor de la prevalencia del embargo en forma de inscripción, fueron los que le dan naturaleza real; dentro de sus representantes tenemos a las posiciones de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, que plasman la relatividad de los derechos subjetivos (propiedad); indicando además que el derecho de embargo sobre un bien, puede ser discutido como un derecho real, en aplicación a lo prescrito en el Código Civil, y la posición de Fort Ninamancco Cordova que señala que el derecho de crédito tiene protección constitucional directa el inciso 14 del Art. 2 de la Constitución. Nuestra discusión al respecto seria que la Corte, ya ha concluido que todo derecho subjetivo tiene tutela resarcitoria o tutela extracontractual, es decir, tutela erga omnes, pero es una tutela con matiz excepcional (en caso del derecho de crédito), dejando por sentado que resulta incompatible ya la distinción entre derechos absolutos y relativos; pero esto no hace que se desconozca que la estructura y naturaleza de los derechos en conflicto son diferentes, por ende la misma oponibilidad funciona en distinto tiempo; ya que en nuestro ordenamiento ambos derechos tienen tutelaje distinto. Y respecto a la protección constitucional creemos que se incurre en error, cuando se le quiere dar un aparente protección absoluta a través de la Constitución, creyendo que con

ello se le haría prevalecer por encima del derecho de propiedad, olvidando que ambos gozan de igual mención constitucional, la cual debe ser entendida como un marco normativo macro y no como aquel que regularía una situación jurídica en específico.

De otro lado la Corte ha señalado que se convocó el Pleno, en razón a las constantes contradicciones que se presentaba al momento de resolver las tercerías, encontramos como posible muestra a la Cas. Nº 4189-2013 Arequipa, donde vemos la figura de un embargo inscrito con anterioridad a la transferencia de la propiedad y por ende queda claro que los nuevos propietarios, en aplicación de la presunción absoluta de publicidad registral, tuvieron conocimiento del asiento registral que contiene la tantas veces citada medida cautelar, no pudiendo alegar la buena fe registral a su favor. Por lo que sin tener como antecedente el VII Pleno Casatorio en análisis, se resolvió a favor del acreedor embargante sin por ello desmerecer la oponibilidad erga omnes de la propiedad, sino por las consecución de los hechos, la cronología lógica de estos y no solo en base de los Registros Públicos. Por otro lado tenemos la Cas. nº 3687-2009 Cusco, donde de la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil de 1984 nos dicen que en la parte que corresponde al Libro de los Registros Públicos, se ha consignado textualmente "(...) quien embarga un inmueble, no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguirá siendo a pesar de la inscripción un derecho personal (...)" razonamiento que se colige con lo resuelto en el VII Pleno Casatorio, ya que si bien el derecho registral da preferencia al primero en llegar a los Registros, esto no debe ser usado de manera tan ligera para solucionar ciertos conflictos, ya que se atentaría contra la naturaleza de las cosas y contra la lógica; pues se evidencia que los derechos reales inscritos y no inscritos gozan de una tutela frente y contra todos, mientras que los derechos personales por su naturaleza y uso solo tiene una tutela frente a las partes contratantes y su posterior inscripción por mandato judicial una vez en la etapa patológica no significa desde ya su oponibilidad frente a otros derechos, sino que debe acudir a ello, circunstancias que le permitan su oponibilidad frente a terceros. Así también tenemos la Cas. nº 2942-2013 Lima tercería de propiedad, donde nos encontramos con la adquisición de bienes futuros "propiedad inmueble"(cuya transferencia de propiedad recién operaría al momento en que se inscribiese la declaratoria de fábrica, independización y reglamento interno del edificio según lo pactado) y su respectiva oponibilidad frente a terceros que embargan la propiedad sub litis. Según el Supremo Tribunal advierte que si bien es cierto no se ha desarrollado un

concepto claro acerca de lo que significa el perfeccionamiento del derecho que contiene el contrato, teniendo en cuenta que la cláusula sexta del Contrato de Compraventa de Bien Futuro se refiere precisamente al “perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad” y no a la transferencia en sí misma, por lo que resulta necesario establecer si tal “perfeccionamiento” es sinónimo de eficacia del Contrato de Compraventa del Bien. En nuestra legislación la transmisión de la propiedad opera por la consensualidad, es decir, una vez realizado el contrato donde se expresa la voluntad de enajenar, ya se transfirió el dominio y es así que para este caso la Corte Suprema le da razón al propietario del bien futuro no solo por la consensualidad, que bien puede ser cuestionada por la naturaleza del contrato, sino también por la posesión con anterioridad a la perfección del contrato y al embargo del bien, que en realidad ya no era tan futuro, pues cuando se suscitó la controversia, ya existía y estaban en posesión del mismo. Como puede verse los procesos tienen que resolver sobre cada caso en concreto. Por lo que se puede decir que las normas son lineamentos generales de solución y no básicamente la solución en específico para cada caso en concreto.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES

Con respecto al análisis de la presente cuestión jurídica, de acuerdo al recurso de Casación interpuesto por Jesús Esther Tambini Miranda que devino en el VII PLENO CASATORIO: CASACION N° 3671-2014 LIMA“OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD FRENTE AL EMBARGO INSCRITA EN LA TERCERIA DE DOMINIO” de fecha 05 de noviembre del 2015, donde declararon INFUNDADO el recurso de casación, es decir, NO CASARON la sentencia de vista, en razón a los siguientes fundamentos:

1. Que el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de la norma aplicable al caso concreto, en la presente causa no se evidencia aquello, ya que cuando el segundo párrafo del Art. 2022° alude a “derecho común”, es en este término que el legislador expresa su voluntad de no adoptar el criterio registral para la solución de esta cuestión jurídica; y respecto a las otras normas invocadas por la recurrente como son los Art. 2012, 2013, del CC se debe indicar que son normas que no tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación no resulta pertinente al caso.

2. Del carácter erga omnes otorgado por la inscripción registral, no es tal, ya que no es posible hacer diferenciación entre una tutela erga omnes (absoluta) y una tutela inter-partes (relativa), puesto que todos los derechos subjetivos tienen tutela extracontractual o erga omnes, por lo que no se debe amparar un argumento que se construye sobre la base de esta diferencia. Además de ello que para este conflicto el legislador no ha dado una solución basada en el criterio registral.

3. Respecto a que la solución adoptada por el legislador no sea la más adecuada, en razón a que iría en contra del fin de los registros que es la seguridad jurídica, la Corte señala que se hace necesario un cambio normativo que debe hacerse basado en el criterio registral, pero tal situación no implica que deje de tenerse en cuenta que el legislador ha previsto una solución a este conflicto que debe ser aplicado, teniendo en cuenta que el intérprete no puede alterar o plantear una interpretación que violente el texto legal.

Del análisis de la cuestión de fondo que contiene el proceso de tercería, la Corte en Pleno señala como precedentes vinculantes lo siguiente:

1. El derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo.

2. El juez de primera instancia, de oficio, una vez admitida la demanda, velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista; para lo cual podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a fin de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

3. Si el notario, juez o funcionario no reconoce la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá declararse Infundada, expidiéndose las copias certificadas al Ministerio Público para que actúe según sus atribuciones.

CAPÍTULO VIII
RECOMENDACIONES

1. Recomendamos al poder legislativo realizar una reforma del Art. 2022 segundo párrafo, que regule textualmente y es específico esta situación jurídica en conflicto, basado en las reglas registrales (para los bienes inscritos y no así para los que no están inscritos); para evitar los fraudes y más.
2. Debemos recomendar a la Corte tener un mejor tamizaje de temas que son llevados a Pleno, porque no cualquier tema puede llevarse y como en el caso del presente que sirvió para poner en vitrina muchos temas que estaban en el tintero (fácilmente pudieron ser tratados vía doctrinal o en sede judicial con directrices internas); pero que finalmente no tuvo más resultado que asumir literalmente lo que establecía el código al respecto. Pero debemos resaltar que la Corte logró evidenciar que se hace necesaria una reforma legislativa acorde con las normas que resuelve situaciones parecidas en el mismo C.C., utilizando las reglas del derecho registral.
3. Recomendamos se realice una verdadera implementación del sistema registral que nos permita tener un sistema jurídico más “seguro” y eficaz. Ello no implica que se pierda la perspectiva de que el Código Civil es la normativa directriz de la vida civil.
4. Recomendamos a la Sunarp se proyecte en programas que impulsen la formalización de los bienes, así también fortalecer los programas ya existentes como “Sunarp en tu Pueblo” incluyéndolos en los programas “Tambos” del gobierno que llegan a los pueblos más alejados, a fin de que la formalidad se imponga, procurando con ello una mayor inclusión social, un alto índice de formalidad; dando las facilidades del caso a sus usuarios y así de esta manera procurarnos “seguridad” jurídica, en el entendido que se tendrá una mayor precisión de las situaciones jurídicas fácticas por lo publicitado en los Registros, llegando a evitarse los fraudes y/o informaciones inexactas que conlleven a un negocio jurídico carente de valor eficaz.
5. Recomendamos también que la Sunarp, realice campañas de concientización respecto a la importancia del registro en la protección de los derechos de propiedad, proyectándose persuadir a las personas, para que usen esta institución jurídica.

CAPÍTULO VIII

BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Gunter Gonzales Barrón, Derecho Registral y Notarial (tomo I) Perú, Juristas Editores. E.I.R.L Tercera Edición 2012.

2. *Diccionario General De La Lengua Española Vox, Editorial Biblograf S.A. 1999, Pág. 1298*

3. Código Civil, Juristas Editores, Edición Marzo 2015- LIMA

4. Ronquillo Pascual, Jimmy J., Tercería contra embargo e hipoteca.

5. Guido Aguila Grados y Elmer Capah Vera, El ABC del derecho civil, Editorial san Marcos EIRL, Edicion 2007.

6. Osterling Parodi Felipe y Castillo Freyre Mario, Compendio de Derecho de las Obligaciones, Palestra Editores S.A.C. 1° Edicion 2008, reimpreso 2014.

7. Guevara Manrique, Rubén, Derecho Registral, Editorial y Dist. de libros, Edición 1985, pág. 12 y ss, LIMA – PERU.

8. Luis Moisset de Espanés, Nociones Introductorias SUNARP, Editorial talleres graficas solvinagraf. S.A.C. 2da Edición.

9. Director: Bernardo Lerner. Enciclopedia jurídica Omeba (tomo XVIII), Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L. 1964.

10. Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopedico de Derecho Usual. Editorial Heliasta S.R.L.1996. 24° Edicion revisada y actualizada.

REFERENCIAS DE LA WEB

1. ***Melissa Calderón. (2016).*** *repositorio Upao. Trujillo-Perú. repositorio.upao.edu.pe. recuperado de http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/2266.*

2. ***Christian Cárdenas Manrique.*** *(2016). Innovación y Desarrollo (I+D+i). Perú.: Idiusmp.blogspot.pe. Recuperado de http://idiusmp.blogspot.pe/2016/02/a-proposito-del-vii-pleno-casatorio.html.*

3. ***Jimmy Ronquillo Pascual. (2015).*** *LA LEY. Perú. laley.pe. recuperado de http://laley.pe/.*

4. ***Huanca Quispe, Gerbert Agusto****. (2013). Dialnet. Perú. Dialnet.pdf. recuperado de file:///D:/Documentos%20de%20Jacky/Dialnet-OponibilidadDeDerechosReales-5490736.pdf.*

5. ***Julio Pozo Sánchez.*** *(2015). LA LEY. Perú.laley.pe. recuperado de http://laley.pe/.*

6. **Raffo Velásquez Meléndez. (2015).** ***gaceta civil & procesal civil****. Perú. academia.edu. recuperado de www.academia.edu*.

7. ***Eduardo Cordero Quinzacara*** *y* ***Eduardo Aldunate Lizana.*** *(2008). Estudio Historico - Juridico. Perú. Scielo.Cl. recuperado de Http://Www.Scielo.Cl/Scielo.Php*

8. ***Alan Emilio Matos Barzola. (2011). Derecho Perú. Perú.: Derechoperu.Wordpress.Com. recuperado de Https://Derechoperu.Wordpress.Com/2011***

9. ***Jorge Avendaño Valdez****. (2014). Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado de* ***https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-v.pdf****,*

10. ***Walter Gutierrez Camacho.****(2014). Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado de* **https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-v.pdf**

11. ***Huanca Quispe, Gerbert Agusto****.(2013). Derecho y Cambio Social. Perú.: www.derechoycambiosocial.com.recuperado recuperado de http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/oponibilidad_en_los_derechos_reales.pdf*

12. ***Sergio Moisés Figueroa Cercedo.*** *(2013).Repositorio digital de tesis Pucp. Perú.:tesis.pucp.edu.pe. recuperado dehttp://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1137*pag. 6.

13. ***Jorge Alberto Beltrán Pacheco****.(2016). Repositorio de la Amag. Perú.: Repositorio. Amag.edu.pe. recuperado de Http://Repositorio.Amag.Edu.Pe/B*

14. **Federico G. Mesinas Montero y Manuel Muro Rojo.** (2014). Andre Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.files.wordpress.com. recuperado de***https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-v.pdf***

15. **Flaminio Gilberto Vigo Saldaña**. (2009). Perú.:*www.pj.gob.pe. recuperado de* ***https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7/04.+Jueces++Flaminio+Vigo+Salda%C3%B1a.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7***

16. **Andrés Eduardo Cusi**. (2014) Andres Eduardo Cusi. Perú.: Andrescusi.Blogspot.pe. recuperado en ***Http://Andrescusi.Blogspot.Pe/2014/11/Distincion-Entre-Derechos-Reales-Y.Html***

17. **Lizeth Beatriz Lino Rodriguez. (2015). Repositorio UPAO. Perú.:**Repositorio.Upao.edu.pe. recuperado de **Http://Repositorio.Upao.Edu.Pe/Bitstream/Upaorep/906/1/Lino_Lizeth_Establecimiento_Caracter_Constitutivo.Pdf**.

18. ***Alarcon Flores Luis Alfredo.*** *Monografias. Perú****.:*** *www.monografias.com. recuperado de****http://www.monografias.com/trabajos25/derecho-registral-peru/derecho-registral-peru.shtm***

19. ***Fernando Jesús Torres Manrique.*** *Derecho y Cambio social. Perú.: www.Derechoycambiosocial.com. recuperado de****http://www.Derechoycambiosocial.Com/Revista009/Principios%20registrales.Htm***

20. ***Luis García García. (2014).*** *Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado de https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-x.pdf*

21. ***Álvaro Delgado Scheelje. (2014).*** *Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado*

*de*https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-x.pdf

22. **Luis Aliaga Huaripata*(2014).*** *Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado de*https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-x.pdf

23. **Luis García García.** ***(2014).*** *Andrés Eduardo Cusi. Perú.: andrescusi.blogspot.pe. recuperado de*https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-x.pdf

24. **http://www.monografias.com/trabajos71/garantia-constitucional-propiedad-inmobiliaria/garantia-constitucional-propiedad-inmobiliaria3.shtml#ixzz4gbWxYSTf**

25. ***http://www.monografias.com/trabajos15/derecho-propiedad-peru/derecho-propiedad-peru.shtml***

26. ***http://laley.pe/not/3081/-que-ha-dicho-el-tc-sobre-el-derecho-a-la-propiedad-/***

27. ***http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UNs0WGg***

28. *http://conceptodefinicion.de/derecho-real/*

29. *https://www.caracteristicas.co/derechos-reales-y-derechos-personales/#ixzz4kruBkJem*

30. ***https://es.wikipedia.org/wiki/T%C3%ADtulo_y_modo***

31. ***http://www.monografias.com/trabajos39/sistemasjuridicos/sistemasjuridicos2.shtml#ixzz4jpdl***

32. ***https://profederecho.wordpress.com/2013/04/25/relacion-juridica-y-situacion-juridica/***

33. ***https://es.scribd.com/doc/94920359/Monografia-Del-Derecho-a-La-Propiedad***

34. **http://derecho.laguia2000.com/parte-general/derechos-personales#ixzz4gbu5FS1T**

35. https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_personales

36. **Erick Veramendi Flores**. Perú. boletín derecho.upsjb.edu.pe. recuperado dehttp://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%C3%ADculo%20%20EL%20NUEVO%20PRESUPUESTO%20DE%20LA%20MEDIDA%20CAUTELAR.pdf

37. APUNTES AL EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCION recuperado en http://cabelnoblecilla.com.pe/blog/

38. **Lisbeth Catherine Valverde Caycho.** (2013).Lima-Perú. recuperado dehttp://www.academia.edu/4272712/PROYECTO_DE_TESIS

39. ***Rosa Sumaq.*** *Perú. pucp.academia.edu. recuperado de http://Www.Academia.Edu/7390765/Terceria_1_*.

40. **Alexander Rioja Bermúdez.***(2010-2011). Perú. Revista Oficial del Poder Judicial. Perú. recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/42d56f804e3b3330806588a826aedadc/8.+Jueces+Alexander+Rioja+Berm%C3%BAdez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=42d56f804e3b3330806588a826aedadc*

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: "OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD FRENTE AL EMBARGO INSCRITO EN LA TERCERIA DE DOMINIO"

AUTOR: LICAS YARASCA, Erica Roxana.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
La oponibilidad de la propiedad frente al embargo inscrito en la tercería de dominio.	**GENERAL:** Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal **ESPECÍFICOS:** -Determinar si la interpretación del segundo párrafo del art. 2022° ampara al derecho de propiedad y al derecho de crédito en la figura del embargo en forma	-Si el derecho de propiedad tiene mayor relevancia jerárquica frente al embargo inscrito. -Si la naturaleza de cada derecho supone mayor o menor tutela normativa -Si solo el derecho común y la oponibilidad es la correcta solución a los problemas de tercería	-El Derecho de Propiedad. -La oponibilidad de los derechos de propiedad no inscrita y el derecho de crédito en la figura del embargo en forma de inscripción.	- Racionalidad del fallo. - Congruencia en el fallo del Poder Judicial. - Socialización y conocimiento del análisis del expediente. - Análisis del derecho de Propiedad no inscrita. - Análisis del derecho de crédito(embargo en forma de inscripción)	**TIPO DE INVESTIGACIÓN:** Descriptivo – Explicativo. **DISEÑO:** No experimental **MUESTRA:** CASACION N° 3671-2014 LIMA **TECNICAS:** Análisis Documental **INSTRUMENTOS:** Casación N° 3671-2014 Lima y el Código civil de 1984.

	de inscripción. -Identificar si el derecho de propiedad es oponible erga omnes es decir de plano. -Determinar en qué momento opera la oponibilidad frente a terceros, del derecho de propiedad no inscrito y del embargo en forma de inscripción dado su regulación por el derecho común. -Determinar si es aplicable la prelación de los derechos inscritos en Registros Públicos y si es oponible de plano.				

ANEXO N° 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO CASATORIO CIVIL

CASACIÓN N° 3671–2014–LIMA

Demandante: **Miriam Ivonne Hermida Clavijo**
Representada por: Gloria Esther Hermida Clavijo

Demandados: **Jesús Esther Tambini Miranda**
Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta

Materia: **Tercería de Propiedad**

Vía Procedimental: Abreviado

Sumario:

I. Resumen del proceso
II. La justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica que habrá que dilucidar.
III. Planteamiento del problema.
III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.
III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.
III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley.
III.4. Los aspectos supra-legales del problema: el debate sobre el rol que le corresponde al artículo 70 de la Constitución y al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
III.4.1. El amparo supra-legal del crédito y de la propiedad.
III.4.2. El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil.

aclaración y ratificación de compraventa e inserto de la minuta de compraventa del 26 de mayo de 2004, inscribiéndose el título de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble, el 03 de mayo de 2012.

1.1.3 Añade que con posterioridad a dicha venta, la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpuso una demanda de indemnización contra Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, y en dicho proceso por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima trabó embargo sobre los inmuebles materia de *litis* consignando como propietario a Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, título presentado el 10 de febrero de 2012.

1.1.4 Invoca como fundamento de derecho de su demanda los artículos 424, 533, 534 y 535 del Código Procesal Civil.

1.2 Mediante resolución obrante a fojas 89 se admite a trámite la demanda, corriéndosele traslado a la parte demandada por el plazo de ley.

1.3 Por escrito que obra a fojas 141, la demandada Jesús Esther Tambini Miranda contesta la demanda señalando que la minuta de fecha 26 de mayo de 2004 no ha sido certificada por Notario Público, no es un documento de fecha cierta y que el embargo fue ejecutado con anterioridad a la inscripción de la compraventa de la demandante.

1.4 Mediante resolución obrante a fojas 153 se declara rebelde a la demandada Desarrollos Siglo XXII Sociedad Anónima Abierta, se declara saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida.

1.5 Por resolución que obra a fojas 222 se fijan los puntos controvertidos, se califican los medios probatorios ofrecidos por las partes y se decreta el juzgamiento anticipado del proceso.

1.6 A fojas 234 se emite sentencia de primera instancia contenida en la Resolución N° 11 de fecha 27 de diciembre de 2013, en la que se declara FUNDADA la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

1.6.1La escritura pública de fecha 26 de octubre de 2011 es un documento público y por ende de fecha cierta desde que fue otorgada ante notario público, de conformidad con el artículo 235 inciso 2 del Código Procesal Civil.

1.6.2 De la copia literal de fojas 29 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscribiéndose el embargo en el asiento D00003 de la Partida N° 12169166 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, con fecha 05 de marzo de 2012.

1.6.3 De la copia literal de fojas 31 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín

1.6.4 Por lo tanto, la compraventa de la demandante es de fecha cierta anterior a la ejecución de la medida cautelar.

1.6.5 En tal virtud, resulta evidente que al momento de ejecutarse la medida cautelar, los inmuebles sub *litis* no eran propiedad de la deudora demandada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta sino de la demandante tercerista Miriam Ivonne Hermida Clavijo.

1.6.6 Siendo así, el inmueble sub *litis* no debe responder por la obligación de la emplazada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, siendo procedente el levantamiento de la medida cautelar decretada, por lo que la demanda de tercería de propiedad resulta amparable.

1.7 Mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de septiembre de 2014, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelve confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda de fojas 37 a 42, subsanada de fojas 87 a 88; en consecuencia, ordena el levantamiento de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos, sobre los inmuebles denominados Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín; y Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscritos en los asientos D0003 de las Partidas N° 12169166 y 12169170 del Registro de la Propiedad inmueble de Lima, recaídos en el Expediente N° 34921-2008 seguido ante el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima; empleando los siguientes fundamentos:

1.7.1 Según la interpretación del artículo 949 del Código Civil, la transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extra registralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace con el contrato de compraventa; en este caso, la minuta de compraventa de fecha 26 de mayo de 2004 respaldada con las copias de las letras de cambio que acreditan el pago mensual, el impuesto predial pagado el 24 de agosto de 2005 y el impuesto del alcabala pagado el 31 de agosto de 2005, que acreditan no solo el acuerdo de voluntades respecto del bien que se enajenó y al precio y convierte a la tercerista en propietaria del inmueble, sin que sea necesario que el A quo así lo declare; además acreditan que se encuentra en

posesión y es anterior al embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de propiedad de la tercerista y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en consecuencia, la referida minuta de compraventa otorga a la tercerista un derecho real y resulta oponible al embargo trabado en virtud al crédito de Jesús Esther Tambini Miranda (demandada) por su acreencia contra la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en la cual la tercerista, no es parte de la obligación demandada.

1.7.2 En consecuencia, el artículo 2016 del Código Civil no es aplicable, al caso concreto, puesto que un derecho de crédito (derecho personal), no resulta oponible al derecho de propiedad de la tercerista (derecho real), no obstante no encontrarse inscrito con anterioridad a su acreencia; cabe resaltar que nuestro Código Civil ha adoptado el sistema espiritualista francés, por el cual, la sola voluntad de las partes, contenida en el acto jurídico creador de la relación obligatoria, resulta suficiente para producir un efecto traslativo de la propiedad.

1.7.3 Siendo objeto de la tercería de propiedad, levantar el embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de la tercerista que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar en forma de inscripción, ya era de propiedad de Miriam Ivonne Hermida Clavijo y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta; por tanto, se concluye que el contrato de compraventa del inmueble sub *litis*, otorgado a favor de la tercerista con fecha 26 de mayo de 2004 con los demás documentos ya citados, acredita ser de fecha cierta y anterior a la fecha en que se trabó la medida de embargo en forma de inscripción; y como tal resulta oponible al derecho de crédito.

1.8 Contra dicha resolución de vista la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpone recurso de casación con fecha 29 de octubre de 2014; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

1.8.1La recurrente en su recurso de casación manifiesta que se han infringido los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

1.8.2 En relación al artículo 2022, señala que la Sala de mérito interpreta de manera errada la mencionada norma, por cuanto al haber operado la transferencia según lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, al tercerista le asiste oponer su derecho, siempre y cuando haya sido inscrito su título en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente; sin embargo, cuando se dio inicio a la ejecución forzada de la sentencia, la recurrente solicitó tutela cautelar de embargo en forma de inscripción, que fue concedido por el Primer Juzgado Civil de Lima; agrega además, que dicho mandato fue inscrito el 10 de febrero de 2012, cuando los inmuebles embargados aparecían inscritos a favor de la empresa Desarrollos Siglo XXI (ejecutada); por otro lado, la demandante presentó su título en SUNARP el 03 de mayo de 2012, luego de varios meses de haberse inscrito el embargo; asimismo, aplica erróneamente las disposiciones del derecho común, lo cual ha originado que se emita una sentencia indicando que a pesar de existir un documento de fecha cierta que no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, respectivo, dicho acto jurídico es oponible al embargo inscrito, error material que tiene relevante incidencia en el resultado del proceso.

1.8.3 Cita como antecedentes las casaciones: 2807-99/Callao, 1417-2000/Lambayeque, 2429-2000/Lima, 403-2001/Piura, 2863-2001/Lima, 333-2003/Lambayeque, 720-2011/Lima y 5135-2009/Callao, en los que se ha establecido que prevalece el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita.

1.9Por auto calificatorio del recurso de casación de fecha 10 de diciembre de 2014, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda, por la infracción normativa de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

1.10 Mediante auto de fecha 11 de junio de 2015, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve convocara los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará el día 17 de julio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. La justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica que habrá que dilucidar.

La presente sentencia del Pleno Casatorio Civil tiene como objeto dilucidar el problema o cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Así se advirtió en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de esta Corte Suprema, con fecha 11 de junio de 2015, en la cual se precisó lo siguiente: "(...) se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles de este Supremo Tribunal, que se avocan al conocimiento de procesos de tercería de propiedad, están resolviendo, específicamente en lo concerniente a la aplicación de la última parte del artículo 2022 del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, referidos a si debe o no primar o imponerse la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito". Habrá que precisar, entonces, que se habrá de hacer referencia a procesos de tercería de propiedad que implican bienes inmuebles inscritos en el Registro Público.

En efecto, con frecuencia ocurre que, de un lado, se traba embargo sobre un bien que figura inscrito a nombre del deudor demandado y, de otro lado, un tercero, que alega ser el propietario pero en virtud de una adquisición que no inscribió, plantea una tercería de propiedad para levantar aquel embargo. La doctrina ha planteado esta situación en los siguientes términos:

Se ha sostenido que la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad no es la probanza del derecho no inscrito que alega el

demandante, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es o no oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito un embargo a su favor, es decir una cuestión de derecho sustantivo, antes que de derecho procesal[1]. Se ha afirmado, en este sentido también, que el problema de derecho sustantivo involucrado en la tercería excluyente de dominio sobre bienes inscritos, bien puede ser resumido en la siguiente pregunta que refleja un conflicto de derechos: "¿Qué debe prevalecer en caso de conflicto, el embargo inscrito o la propiedad no inscrita?"[2].

También se ha planteado la cuestión bajo un enfoque de oponibilidad de derechos, cuando se ha aseverado que "uno de los temas más conflictivos en sede judicial se produce cuando un acreedor traba embargo judicial sobre un inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que en la realidad jurídica ya fue transferido a un tercero, aunque este no ha inscrito su derecho. En tal caso nos encontramos ante dos posibilidades contrapuestas: la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él ignora esa circunstancia; y en el otro extremo se encuentra el propietario que no inscribió, pero cuenta con título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena"[3].

La falta de uniformidad de criterios en las diferentes instancias judiciales ha sido destacada por la doctrina también. Así, ya en la década pasada se

[1] Eugenia ARIANO DEHO. *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 25 y ss

[2] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 5. Este mismo autor agrega que "los problemas que encierra la tercería de propiedad no solamente son de carácter procesal, sino que también encierra un eminente problema de Derecho sustantivo, el relativo a la oponibilidad del derecho del tercerista: dos sujetos (que serán el tercerista de propiedad y el acreedor ejecutante) aspiran al mismo bien (conflicto de intereses), por lo que se hace necesario establecer qué interés debe primar. Esto debe hacerlo no una norma procesal, sino sustantiva" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. op. cit. p. 9).

[3] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 179, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2008, pp. 57 y 58. Este autor ha expresado que "el segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito" (Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2009, p. 48).

decía que "es una vieja discusión la que hoy nos ocupa. Existen posiciones contrarias a nivel de la Corte Suprema, pues una de las Salas le da preferencia al embargo inscrito, mientras que la otra lo hace, en línea con la ejecutoria comentada, a la propiedad no inscrita, situación que, por cierto, bien amerita la convocatoria a un Pleno Casatorio"[4].De igual manera, se ha sostenido que la resolución de la cuestión de fondo de la tercería de propiedad es "un problema arduamente debatido, donde la doctrina y las decisiones de nuestra Corte Suprema no se muestran uniformes, debido a la oscuridad del texto de la última parte del artículo 2022 del Código Civil"[5]. En sentido análogo, se ha afirmado que "desde la vigencia del Código Civil de 1984 la solución jurisprudencial fue durante muchos años uniforme, y se basó siempre en el artículo 2022, 2° párrafo del Código Civil. De esta manera se entendió que el título de propiedad anterior, aún no inscrito, permitía levantar los embargos inscritos. Puede decirse que la jurisprudencia en este sentido es mayoritaria. No obstante, hace pocos años se empezó a cuestionar esta interpretación por cuanto se dijo que la primacía debía tenerla el registro, en vista de que el título de propiedad no inscrito es insuficiente para oponerse a un embargo inscrito"[6].

Más recientemente, respecto a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se ha dicho que "esta norma no tiene una interpretación uniforme en la doctrina ni en la jurisprudencia (...) El problema es más grave porque la discrepancia de opiniones ha sido llevada al Poder Judicial y existen un sinnúmero de resoluciones en un sentido y en otro. Es decir, sobre un problema tan importante no existe predictibilidad"[7].

---

[4] Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. *¿Cuál debe ser tutelado: el embargo inscrito o la propiedad no inscrita?* En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 124, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009, p. 122.

[5] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. Op. cit. p. 5.

[6] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos*. Cit. p. 65.

[7] Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. *Entre dos derechos de diferente naturaleza: embargo vs. propiedad ¡Prevalece el derecho de propiedad!* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 21.

Considerando que el Pleno Casatorio Civil, contemplado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, se debe enmarcar dentro del proceso de uniformización de la jurisprudencia, que es un objetivo fundamental del recurso de casación tal como lo dispone el artículo 384 del Código Procesal Civil, la convocatoria a este Pleno Casatorio se encuentra justificada. Resulta oportuno recordar que la figura de la casación, y por ende su función de uniformización explicitada por la ley, tienen también un respaldo constitucional, contemplado en el artículo 141 de la Constitución[8].En este sentido, se ha sostenido enfáticamente que "no solo la casación se orienta única y exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384 del CPC). Sobre el particular, SERRA DOMÍNGUEZ considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias"[9]. Y esta necesidad de uniformización jurisprudencial se funda en los principios de certeza y seguridad jurídica[10], que indudablemente inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente caso, resulta que no existe uniformidad en torno a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Existen básicamente dos interpretaciones en sede judicial, cada una de las cuales conduce a resultados diferentes al momento de emitir sentencia en los procesos de tercería de propiedad que involucra bienes inscritos.

En la resolución de convocatoria a este VII Pleno Casatorio Civil, se hizo referencia a las siguientes sentencias emitidas por esta Suprema Corte: i) Cas. N° 3262-2001-Lima; ii) Cas. N° 2472-2001-Lima; iii) Cas. N° 1253-2002-Ica; iv) 3194-

[8]Enrique BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: IDEMSA, 2012, p. 705.

[9]Marianella LEDESMA NARVÁEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. T. I. 4° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 852.

[10]Se señala, con razón, que la uniformidad jurisprudencial, como objetivo del instituto de la casación, se funda, más que en el principio de igualdad, en los principios de certeza y seguridad jurídica: Marina GASCÓN ABELLÁN. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 77-81.

2002-Ica; v) Cas. N° 3194-2002-La Libertad; vi) Cas. N° 2103-2006-Lima; vii) Cas. N° 909-2008-Arequipa; viii) Cas. N° 3687-2009-Cusco; ix) Cas. N° 5532-2009-Lambayeque; x) Cas. N° 720-2011-Lima; xi) Cas. N° 2429-2000-Lima; xii) Cas. N° 403-2001-Piura; xiii) Cas. N° 333-2003-Lambayeque; xiv) Cas. N° 4448-2010-Arequipa; xv) Cas. N° 1117-2011-Lima; xvi) Cas. N° 5135-2009-Callao. En todas estas decisiones judiciales, se aprecia que el núcleo de su análisis radica en la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, puede decirse que la *ratio decidendi* de estas sentencias depende de tal interpretación. Los *obiter dicta* que estas decisiones puedan tener, en ningún caso versan sobre el contenido normativo de dicho artículo. La "médula" de lo decidido por los jueces supremos, en estos casos, siempre dependen de la lectura que hacen del artículo en mención[11].

Es oportuno agregar también que este es el enfoque de la doctrina que se ha ocupado de analizar estas sentencias en casación, la cual se ha mostrado conforme al señalar que la *ratio decidendi* debe circunscribirse a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. De este modo, la doctrina no ha planteado la posibilidad de que la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos deba resolverse al margen de lo dispuesto en este dispositivo legal. La interpretación de este es simplemente determinante para la resolución de estos procesos[12].

---

[11] A propósito de las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, se ha dicho que la *ratio decidendi* consiste en aquella parte de la sentencia en la que se "expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional". Mientras que *obiter dicta* es "aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan" (Luis CASTILLO CÓRDOVA. *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En: AAVV. *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. T. V. México, D. F.: Universidad Autónoma de México, 2008, p. 624.

[12] Las dieciséis sentencias en casación citadas, que versan sobre procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, han sido objeto de análisis doctrinal por distintos autores, todos los cuales están de acuerdo en entender que, en todas ellas, la cuestión fundamental a dilucidar se refiere a la más adecuada interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, toda vez que se trata siempre de un conflicto de derechos de distinta naturaleza: el derecho de propiedad (no inscrito) del tercerista y el crédito (inscrito) del acreedor embargante. Así, para las sentencias en casación citadas con los numerales i), iii), iv), v), vi), viii), x), xi), xii) y xiii), puede verse a Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *op. cit.* pp. 21 y ss. Para la sentencia en casación citada en el numeral ii), puede verse a María del Carmen GALLARDO NEYRA y Jorge FERNÁNDEZ PAREDES. *Estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil. A once años de su entrada en vigencia*. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3. N° 7. Lima: Centro de Investigaciones del Poder Judicial.

III. Planteamiento del problema.

III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Este Pleno Casatorio no pretende efectuar disquisiciones teóricas y/o doctrinarias que resultan ajenas a la cuestión central que es objeto de análisis. Por el contrario, se ceñirá estrictamente al análisis de los puntos centrales que han sido materia de controversia en la jurisprudencia y en la doctrina, expresando las razones por las cuales acoge cierto planteamiento en desmedro de otro. Para tal fin, este Alto Tribunal efectuará una suerte de diálogo crítico con los principales planteamientos doctrinales que se han esbozado en torno a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, evitándose en todo momento "citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes"[13], puesto que se quiere evitar "el empleo innecesario de elementos argumentativos"[14]. Por lo demás, ya la doctrina ha hecho un reclamo en este sentido[15], cosa que se considera ciertamente atendible.

Enero-marzo de 2005, p. 307. Para la sentencia en casación citada en el numeral vii), puede verse a Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. op. cit. p. 122. Para la sentencia en casación citada en el numeral xv), puede verse a Gunther GONZALES BARRÓN. *¿Hasta cuándo seguiremos engañándonos con una inscripción como panacea para todos los males?* En: *Actualidad Jurídica*. T. 232. Lima: Gaceta Jurídica, marzo de 2013, p. 80. Para esta misma sentencia, puede verse también a Ricardo CALLE TAGUCHE. *La tercería de propiedad a propósito de una reciente decisión de nuestra Corte Suprema*. En: *Actualidad Jurídica*. N° 239. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2013, pp. 112 y ss. Por último, para la sentencia en casación citada en el numeral xvi), puede verse la nota periodística especializada de Rosa CERNA DE LUCIO. *Corte Suprema: embargo inscrito prevalece sobre propiedad no registrada*. En: http://laley.pe/not/1785/corte-suprema-embargo-inscrito-prevalece-sobre-propiedad-no-registrada/ (consultado el día 06 de octubre de 2015). Se ha dicho que en estos procesos resaltan los intereses de grandes entidades financieras: "la tesis proembargo favorece a los bancos. Así de simple" (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 43). Es el caso, sin embargo, que la realidad jurisprudencial revela que esta afirmación dista de ser correcta. Basta revisar las sentencias citadas para caer en la cuenta que es escasa la participación de los bancos en estos procesos judiciales. De hecho, el caso particular que es materia del presente Pleno Casatorio, tiene como tercerista a una empresa inmobiliaria y, en la posición de acreedor embargante, a una persona natural.

[13] Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 5.

[14] Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 8.

[15] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. Op. cit. p. 89: "No cabe duda de que es un deber de los señores jueces supremos tratar de analizar lo que se ha escrito en torno al asunto materia de un pleno casatorio y exponer las razones por las cuales adopta una u otra posición, dejando de lado otra. Si bien es valedero defender

Conforme a lo ya expuesto, nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que no se trata de ventilar si los derechos (en conflicto) efectivamente existen o no. No se trata de establecer si existe o no un derecho de crédito. Tampoco se trata de establecer si existe o no un derecho real de propiedad. La cuestión es diferente, sólo se busca establecer qué derecho debe prevalecer en caso de conflicto[16]. Por ende, resulta un error de perspectiva pretender incluir análisis probatorios sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema. No se trata, cabe reiterarlo, de establecer si un derecho existe o no. La cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos[17]. Este mismo enfoque ha sido planteado por la doctrina procesal que se ha ocupado del tema, cuando precisa que, por lo general, el tema de fondo en una tercería no es el relativo a la prueba del derecho alegado por el tercerista, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es oponible o no al acreedor ejecutante, lo cual se resuelve con normas de derecho sustantivo, y no con normas procesales[18].

---

nuestras opiniones con firmeza y respeto, no puede negarse que nadie puede pretender ser dueño de la verdad. Por eso, en un tema polémico, al final del día lo importante no es qué posición de adopte, sino que se adopte con la debida fundamentación".

[16] Defendiéndose la primacía del embargo, se afirma que el problema no se refiere a la determinación de titularidades, sino a la oponibilidad de las mismas: "Lo que nos preocupa no es que se nieguen o desconozcan la adquisición ni la propiedad misma (con las potestades que cita el artículo 923 del CC que continúa teniéndolas el propietario no inscrito). Es importante enfatizar que no se discute el derecho a tener o mantener la propiedad, sino que la que efectivamente se tiene no se puede ejercer a plenitud contra todos, porque no está inscrita" (Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. *¡No hay derechos absolutos! El derecho de propiedad no puede merecer protección si antes no es conocido vía la inscripción registral*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 18).

[17] Por tal razón, este Supremo Colegiado no suscribe la opinión que sostiene que "el juez de la tercería debería: i) partir de la presunción de que el embargo inscrito es correcto, eficaz y oponible, ii) ser extremadamente exigente en el examen de los documentos presentados por el tercerista, observando su contenido con sospecha y cautela y iii) ante la vacilación debe preferir al acreedor que inscribió el embargo" (Martín MEJORADA CHAUCA. *El carácter real del embargo y la especialidad de la tercería*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 56). En efecto, se pretende establecer reglas vinculantes claras y precisas, aplicables a todos los casos de conflicto entre embargo (crédito) inscrito y tercería de propiedad. Si las reglas vinculantes no son precisas, sino más bien "abiertas", cuya aplicación dependería del "caso concreto", se corre el alto riesgo de que la jurisprudencia no sea uniforme, sino que continúe existiendo disparidad de criterios, lo que precisamente este Pleno Casatorio busca contrarrestar de la mejor manera posible.

Ahora bien, es interesante notar como los Jueces Superiores de la República han planteado el problema en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil del año 2012:

"Formulación del problema: ¿El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito? Primera ponencia: el derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería vence al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones del Derecho común, que dan prioridad a los derechos reales. Segunda ponencia: el derecho de propiedad no inscrito no es oponible al embargo inscrito. Deben prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, toda vez que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título del tercerista. De acuerdo al artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de derecho común, el principio de prioridad en el tiempo determina la preferencia en el derecho"[19].

Como se puede apreciar, aquí también se delimita el problema a una cuestión de oponibilidad (no determinación de existencia) de derechos de naturaleza diversa. La cual, según nuestro Código Civil, se debe resolver aplicando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Las opiniones desarrolladas en nuestra doctrina, pese a discrepar radicalmente en sus soluciones, coincide plenamente en señalar que el problema de fondo de la tercería de propiedad es determinar la preferencia entre un derecho de crédito y un embargo. Un asunto de oponibilidad. Así, una doctrina que ha

[18] ARIANO DEHO, Eugenia. *op. cit.* p. 38. Se plantea tomar como referencia la regulación alemana, en tanto que su sistema registral constitutivo no protegería las adquisiciones no fundadas en un negocio jurídico (Gunther GONZALES BARRÓN. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. cit. p. 36). Este planteamiento no resulta pertinente, puesto que la situación del tercerista en el sistema jurídico peruano, que puede alegar la titularidad de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble en base a un mero documento con fecha cierta, es sencillamente imposible en el derecho alemán, donde la adquisición de bienes inmuebles no puede efectuarse al margen del registro.

[19] Materiales de Trabajo. Tema N° 3, Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, Poder Judicial, Lima, 2012, p. 397.

defendido la postura de la propiedad no inscrita señala que "se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o 'no reales', da lo mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tienen su propia norma de protección frente a terceros (artículos 1708-1 y 2023 del CC).

Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito"[20]. Otra doctrina, que ha defendido con fuerza la primacía del embargo, concluye que el problema sustantivo de la tercería de propiedad "se reduce a determinar la interpretación más adecuada para el segundo párrafo del citado artículo 2022"[21].

III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.

Un sector minoritario de la doctrina ha postulado que el embargo inscrito tiene naturaleza de derecho real, de manera que el conflicto en cuestión podría resolverse de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, algunos autores han expresado lo siguiente:
El embargo, por recaer en un inmueble, tiene la calidad de "derecho inmobiliario" de conformidad con el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil, de manera que "el embargo es un derecho de características reales antes que personales, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del Código Civil"[22].

Hace poco, en esta misma línea de razonamiento, se ha expresado que "el artículo 881 del Código Civil califica como derechos reales los regulados en otras leyes. ¿Está legalmente regulado el derecho que deriva de un

---

[20] Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial. cit.*

[21] Fort NINAMANCCO CORDOVA. *op. cit.* p. 12.

[22] Nelson RAMIREZ JIMENEZ. op. cit. p. 123.

embargo?: sí. ¿Recae sobre un bien?: sí. El que el embargo sea derecho accesorio porque tiene causa o deriva de un derecho de crédito no le priva de tener una proyección o expresión como derecho real; es decir, sobre un bien. También la hipoteca deriva de deuda propia o ajena. Es más: a los fines del inciso 10, artículo 885, el embargo es un derecho sobre un inmueble inscribible en el Registro. Ocurre una situación semejante a la del arrendamiento inscrito, que es oponible al nuevo adquirente (art. 1708 del CC) aunque es un derecho contractual. De una u otra forma, aunque de distinta fuente, tanto la hipoteca como el embargo inscrito son gravámenes que pesan sobre inmuebles y que los persiguen sin importar el propietario"[23].

La naturaleza de derecho real del embargo ha sido defendida por la doctrina según la cual "la fuente legal de este derecho o el hecho de provenir de un mandato judicial no enerva en lo absoluto la conclusión. ¿Acaso la propiedad es menos propiedad y derecho real cuando proviene de la usucapión y no de un contrato, o cuando deriva de la adjudicación judicial luego del remate y no de la compraventa? Es evidente que la ley define la estructura del derecho, pero ella puede emerger de cualquier causa válida. El embargo da lugar a un derecho real sobre el bien afectado, sujeto a las condiciones del mandato judicial. Es una garantía temporal al servicio de la sentencia que resuelva el reclamo del acreedor"[24].

La opinión de este Alto Tribunal es diferente. No cabe equiparar al embargo con un derecho real. El argumento basado en el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil ha sido criticado incluso por la doctrina defensora del crédito inscrito. Así, se argumenta que los derechos no pueden ser catalogados como bienes en sentido propio, de tal manera que no puede técnicamente sostenerse que la propiedad puede recaer sobre derechos. Así las cosas, el embargo, si es concebido como un derecho, no podría ser catalogado como

---

[23] Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. *op. cit.* pp. 18 y 19.

[24] Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 55.

un bien rigurosamente hablando, por lo que no cabe considerar que tiene rasgos de un derecho real por tener la calidad de bien:

"(...) el derecho de propiedad no puede recaer, a su vez, sobre ningún derecho subjetivo. Los derechos subjetivos (y, en general, las situaciones jurídicas de ventaja, a las que me referiré dentro de poco) no tienen la calidad de bienes, como lo puede tener un auto, un cuadro artístico, un predio, una marca o un invento, razón por la cual no pueden tampoco ser objeto de los derechos de propiedad. De inmediato, un lector avisado dirá que traiciono la definición de *bien*que estaría proporcionando el Código Civil. Pues no, en absoluto. Por el contrario, siempre teniendo en cuenta la letra de la ley, sostengo que la interpretación extensiva del término *bien* que consta en los listados mencionados [artículos 885 y 886 del Código Civil y artículo 4 de la Ley N° 28677], es una necesidad ineludible. Así, se tiene que concluir que –en dichos listados– el legislador emplea la palabra *bien* en un sentido muy lato y, por lo tanto, poco técnico. Esta interpretación la impone la innegable diferencia que existe entre los conceptos de situación jurídica, titularidad y propiedad"[25].

Estas consideraciones encuentran respaldo en la doctrina europea que postula lo siguiente: "objeto de los derechos no pueden ser otros derechos, que sería errado calificar como bienes. En efecto, desde hace algún tiempo la doctrina ha venido rechazando la categoría de los derechos sobre derechos, cuya inconsistencia denuncia, observando que el objeto de un derecho no puede ser otro derecho, sino el bien que es el objeto de este"[26].

De otro lado, si se postula que el embargo es un derecho real, se coloca incorrectamente en la penumbra al rol que, en este problema, cumple el derecho de crédito. Cuando se enfrentan el embargo y la propiedad no

---

[25]Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. op. cit. pp. 118 y 119.

[26] Umberto BRECCIA; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; Francesco Donato BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. I. Vol. I. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 455.

inscrita, no puede quitarse del análisis al crédito. Detrás de todo embargo, existe un crédito necesariamente. El embargo tiene un papel, a todas luces, secundario o complementario de cara al crédito. No tiene un rol protagónico. En consecuencia, cuando se enfrenta el embargo inscrito a la propiedad no inscrita, es el crédito el que, en verdad, se termina enfrentando al derecho real no inscrito.

III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley.

Pese a que la jurisprudencia y la doctrina, de forma prácticamente unánime, han establecido que la cuestión sustancial a dilucidar es la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, alguna doctrina ha sostenido que el problema bajo análisis se puede resolver aplicando otras normas jurídicas. Esta posición señala que "existen 18 normas que expresamente favorecen al propietario no inscrito en el debate que se trata de resolver mediante el VII Pleno Casatorio Civil, referido a la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad que involucran inmuebles inscritos"[27].

Tales dieciocho normas serían las siguientes:
Una norma de la Constitución: artículo 70. Seis normas del Código Procesal Civil[28]: artículos 100, 533, 535, 624, 642 y 656. Una norma del TUO del Código Tributario: artículo 102. Una norma de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva: artículo 20.2. Una norma del Código de Procedimientos Penales:

---

[27] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?* En: http://laley.pe/not/2738/-strike-juridico-realmente-hay-18-normas-en-favor-de-la-propiedad-no-inscrita- (consultado el 11 de octubre de 2015).

[28] Un sector de la doctrina también ha buscado la solución a este conflicto de derechos sustantivos, en la normativa de derecho procesal. Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. *Op. cit.* pp. 22 y 23: "el artículo 533 del Código Procesal Civil, según el cual la tercería debe fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por una medida cautelar. Es evidente que si el legislador ha previsto la tercería y ha establecido que solo puede ser fundamentada en el derecho de propiedad es porque este tiene mayor valor que el embargo inscrito. (...) basta las lecturas de los artículos 534 y 536 para comprender que para el legislador procesal el derecho de propiedad está por encima de una medida cautelar inscrita"; Martín MEJORADA CHAUCA. Op. cit. p. 55: "En situaciones de conflicto un derecho real tiene que ceder frente a otro porque no puede atenderse a dos titulares excluyentes, pero esto es una excepción basado en un problema práctico, no es la privación de la naturaleza jurídica de un derecho frente a otro. Eventualmente esta excepción hará ceder al embargo frente a la propiedad (artículo 533 del Código Procesal Civil), sin que ello implique que la medida judicial cambió su naturaleza".

artículo 94. Dos normas del Código de Procedimientos Penales: artículo 302 y 308. Dos normas del Código de Justicia Militar-Policial: artículos 335 y 351. Dos normas del Código Civil: artículos 1584 y 2022. Una norma del Decreto Legislativo N° 299: artículo 11. Una norma del Decreto Legislativo 1177: Primera Disposición Complementaria y Final[29].

El rol que corresponde al artículo 70 de la Constitución será analizado en el apartado siguiente. En este punto, el análisis versará sobre la pertinencia de las otras diecisiete normas que tienen rango de ley.

De inmediato, debe resaltarse que el problema en cuestión trata de un tipo especial de conflicto de derechos. Por consiguiente, la norma aplicable debe tener como supuesto de hecho un conflicto entre derechos subjetivos sobre un mismo bien, o sea una hipótesis en la cual dos partes aleguen, u opongan entre sí, derechos subjetivos sobre un mismo bien, derivados de un mismo "causante". La consecuencia jurídica, entonces, debe indicar qué derecho subjetivo debe primar, imponerse o resultar oponible frente al otro. Así las cosas, el supuesto de hecho de una norma que resuelve conflicto de derechos debería aludir a, por lo menos, tres partes: el "transmisor" o "causante" común y los "adquirentes" o "causahabientes" enfrentados. Ejemplos típicos de normas que resuelven conflictos de derechos, los tenemos en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, que se refieren a conflictos de derechos de crédito sobre un mismo bien. Ambas normas, en sus respectivos supuestos de hecho, aluden a un "transmisor" o "causante" común, en este caso el deudor, y a los "adquirentes" o "causahabientes" en conflicto, en este caso los acreedores enfrentados.

Es el caso, sin embargo, que trece de las diecisiete normas mentadas no tienen como supuesto de hecho un conflicto de derechos subjetivos. Los supuestos de hecho de estas normas, si se observan con cuidado, no aluden a

[29] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo*. En: http://laley.pe/not/2770/una-ley-publicada-la-semana-pasada-le-da-el-tiro-de-gracia-a-la-tesis-pro-embargo/ (consultado el 12 de octubre de 2015).

un "transmisor" o "causante" común, ni tampoco a "adquirentes" o "causahabientes" en conflicto.

Al respecto, se ha apuntado que "el artículo 100 del Código Procesal Civil (CPC) regula, vía remisión, la legitimidad para obrar de los terceros para intervenir en un proceso. El artículo 533 del CPC se refiere a la legitimidad para obrar de las partes en los procesos de tercería. El artículo 535 del CPC no hace más que normar la admisibilidad de la demanda de tercería. La legitimidad para obrar pasiva en los procesos cautelares es objeto de regulación en el artículo 624 del CPC. Una vez más, esta legitimidad, ahora en materia de medida cautelar de embargo, es objeto delos artículos 642 y 656 del CPC (cuando se refiere al sucesor). Por último, la legitimidad para obrar en las medidas cautelares, enmarcadas en un procedimiento administrativo o proceso penal, también es lo que se regula en los artículos 102 del TUO del Código Tributario, 20.2 del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, 94 del Código de Procedimientos Penales, 302, 308 del Código Procesal Penal, 335 y 351 del Código de Justicia Militar Policial"[30].

Efectivamente, estas trece normas no tienen como supuesto de hecho a un conflicto de derechos subjetivos sobre un mismo bien, por lo que se entiende que en su consecuencia jurídica no establezcan una oponibilidad de un derecho subjetivo frente a otro. Cuando una norma indica que el acreedor puede embargar los bienes del deudor, la misma está haciendo referencia simple y llanamente a dos partes en el marco del llamado principio de responsabilidad patrimonial. No se refiere a un conflicto entre "causahabientes" que tienen un "causante" común. Obsérvese que cuando se dice que "el acreedor puede embargar los bienes que son de su deudor", se hace referencia a dos partes, no a tres, como correspondería en una auténtica norma que regula conflictos de derechos[31]. En ese orden de ideas,

---

[30] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?Cit.*

[31] Este es el supuesto de hecho de una norma que regula un conflicto o colisión de derechos. El supuesto de hecho de estas normas no describen el contenido de derechos, no se trata de saber qué se puede o no se

no es posible compartir la opinión según la cual el "crédito es un derecho patrimonial que faculta al acreedor a ejecutar (embargar y rematar) los bienes de su deudor para satisfacer la prestación adeudada, pero jamás se permite que ello ocurra respecto de los bienes de terceros, que son extraños a la obligación. La justificación es de sentido común, que actualmente parece escasear, pues la libertad contractual permite vincular a la persona que celebra el contrato, por virtud de su autonomía privada, pero no a los sujetos ajenos. Lo mismo ocurre con las obligaciones legales, en tanto la ley individualiza al deudor"[32].

En efecto, el principio de responsabilidad patrimonial no es un principio o norma relativa a la solución de un conflicto de derechos. Universalmente se reconoce que el deudor responde de sus obligaciones con su patrimonio, pero de este principio no se puede deducir ninguna solución necesaria para el conflicto entre derechos subjetivos[33]. El principio de responsabilidad patrimonial regula el alcance de la responsabilidad del deudor, no dirime conflictos o "colisiones" entre derechos subjetivos.

Ahora bien, esta Corte Suprema comparte la siguiente opinión: "considerando la -más que obvia- idea según la cual las normas procesales o de derecho público no tienen como función resolver cuestiones sustantivas de derecho privado, es fácil percatarse de que ninguna de las referidas 13 de normas tiene (ni podría tener, dada su naturaleza procesal o pública) por objeto dirimir el

---

puede hacer con un determinado derecho. No. Se trata de saber qué derecho debe primar en una determina colisión. Así, si los derechos en conflicto son *a* y *b*, la norma que regula una colisión o conflicto entre estos derechos no es aquella que describe el contenido de los mismos, sino la que indica específicamente cuál debe imponerse: "Si las dos clases de derechos se simbolizan por a y b, entonces son posibles tres tipos de colisiones, a saber: a-a, b-b y a-b, y c" (Alf ROSS. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1997, pp. 245 y 246).

[32] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo*. Cit.

[33] La doctrina danesa citada señala que los tres conflictos de derechos mencionados (nota 31), a menudo, se solucionan en base a principios diferentes, pero "esto no significa que haya alguna necesidad lógica tras la correlación, ni que las reglas sobre protección dinámica sean las mismas en todos los sistemas jurídicos" (Alf ROSS. *op. cit.* p. 246). En otros términos, aunque el principio de responsabilidad patrimonial tenga validez en todos los sistemas legales occidentales, ello no significa que las reglas de colisión entre crédito y derecho real sean las mismas en tales sistemas legales. Ergo, el principio de responsabilidad patrimonial nada indica en torno al conflicto en mención.

específico conflicto material o sustantivo que es objeto de nuestra preocupación"[34]. Cabe precisar que, para esta Corte, el argumento decisivo para no aceptar el argumento que sostiene que hay dieciocho normas que claramente resuelven el conflicto de derechos materia de este caso, es que trece de ellas no regulan realmente un conflicto de derechos sustantivos derivados de un "causante" común.

En este Pleno Casatorio se resolverá un particular conflicto de derechos: el que enfrenta al crédito del acreedor con embargo inscrito y al derecho de propiedad no inscrito del tercerista demandante en un proceso de tercería.

El artículo 1584 del Código Civil sí regula un supuesto de conflicto de derechos, en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. La segunda parte de esta norma hace referencia al caso de bienes inscritos, que es lo que acá importa. Este precepto establece que la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente inscrito. Es decir, el conflicto de derechos en cuestión se dirime en favor de la inscripción registral. Por consiguiente, llama la atención que se haya invocado al artículo 1584 del Código Civil como una norma que supuestamente favorece a la propiedad no inscrita, cuando en realidad es todo lo contrario, puesto que expresamente resuelve el conflicto de derechos en base a un criterio registral.

De este modo, por ejemplo, si los acreedores del comprador pretenden ejecutar los bienes materia de la compraventa, el vendedor estará interesado en que esto no suceda puesto que, si no se ha terminado de cancelar el precio respectivo, todavía conserva en su patrimonio la propiedad sobre tales bienes. En el caso de bienes registrados, el vendedor podrá realizar este interés siempre que el pacto de reserva de propiedad haya sido inscrito previamente[35].

---

[34] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?Cit.*

Sin embargo, es fácil notar que el artículo 1584 del Código Civil se refiere a un conflicto muy específico entre crédito y propiedad. Así es, esta norma solamente aplica cuando se enfrentan un derecho de crédito y un derecho de propiedad en el marco de una compraventa con reserva de propiedad. Fuera de este marco, tal norma es inaplicable. Mal puede decirse, en consecuencia, que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1584 del Código Civil.

Esto mismo sucede con el artículo 11 del Decreto Legislativo 299. Si bien regula un conflicto de derechos, se refiere solo a aquel conflicto que se enmarque en un contrato de arrendamiento financiero. Fuera de este ámbito, esta regulación no es aplicable. En tal sentido, tampoco puede afirmarse que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 299.

Idéntica es la situación de la Primera Disposición Final y Complementaria del Decreto Legislativo 1177, ya que se refiere únicamente al arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda y a los contratos que se suscriban bajo este decreto (artículo 2 del Decreto Legislativo 1177). Fuera de este ámbito, no es aplicable dicha disposición final y complementaria. No es correcto postular, entonces, que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita se deba resolver, por regla general, aplicando alguna norma de este decreto.

Por último, se ha señalado que la modificación del artículo 7.4 de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, es una norma que expresamente favorece al propietario no inscrito en los procesos de tercería de propiedad[36]. No obstante, este dispositivo solo hace referencia a un

[35] MAX ARIAS SCHREIBER PEZET. *Exégesis*. T. II. Lima: Normas Legales, 2011, p. 107.

conflicto de derechos en el marco de un Contrato de Capitalización Inmobiliaria. Fuera de este ámbito, el artículo 7.4 no resulta aplicable. A mayor abundamiento, llama la atención que se invoque esta norma, que establece que en virtud del Formulario que contiene el Contrato de Capitalización Inmobiliaria (FUCI) se puede levantar embargos que se hayan trabado sobre el inmueble materia del contrato, puesto que el artículo 5.3 de esta misma ley establece expresamente que el FUCI debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de Predios de la SUNARP. A juicio de este Alto Tribunal, se impone una interpretación sistemática de los artículos 5.3 y 7.4 de la Ley N° 28364, de tal suerte que se tendría que concluir que la inscripción del FUCI es necesaria para que este sea oponible a los acreedores embargantes. La inscripción no es constitutiva de derechos, pero sí es una inscripción de oponibilidad. Los derechos entre las partes del Contrato de Capitalización Inmobiliaria surgen por la sola suscripción del FUCI. Empero, si pretenden oponer sus derechos a terceros, el FUCI debe encontrarse previamente inscrito. Sostener lo contrario, implicaría negar sentido al carácter obligatorio de la inscripción. Y contra esta conclusión, no cabe argumentar que se trata de una inscripción propia de un sistema registral obligatorio, de tal manera que la ausencia de inscripción no repercute en la constitución u oponibilidad de los derechos en cuestión. Para que fuese así, se requeriría la presencia de una sanción legal en caso de inobservancia de la inscripción. Estas sanciones son la característica esencial de estos sistemas[37]. Ocurre, sin embargo, que no existe una sanción legal o una norma legal que prevea las sanciones a la falta de la inscripción aludida en el artículo 7.4.

De las diecisiete normas que se invocan para resolver el conflicto de derechos materia de este Pleno Casatorio, resulta pertinente solo una, la que siempre ha sido considerada la única norma aplicable y pertinente para el caso que

---

[36] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo. cit.*: "Cómo si todos estos fundamentos no fueran suficientes, y claramente lo son, resulta que el 09 de septiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1196, que, entre otras normas, modificó el art. 7.4° de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, por el cual, las entidades financieras y empresas de capitalización podrán levantar los embargos sobre inmuebles, con solo presentar el formulario de dicho contrato (FUCI), y no la inscripción".

[37] Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil.* 6° edición.Vol. III. Madrid: Tecnos, 1977, p. 329.

ahora nos ocupa: el artículo 2022 del Código Civil, segunda parte, misma que ha sido objeto de dispares interpretaciones en doctrina y jurisprudencia, lo que precisamente ha justificado la convocatoria a este Pleno Casatorio Civil, como ya se ha mencionado.

No resultan aplicables, en consecuencia, las otras normas legales referidas, puesto que el radio de acción de estas es bastante limitado, regulando especiales conflictos de derechos. Como ya se expresó, el supuesto que aquí interesa es aquel donde un acreedor traba embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro público aparece como si todavía fuese propiedad de su deudor, pero que previamente ya fue transferido a un tercero, quien no ha inscrito su derecho. A este caso no es aplicable el artículo 1584 del Código Civil, puesto que este sólo regula un conflicto de derechos en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad.

De igual forma, no es aplicable el artículo 1708 del Código Civil, dado que este regula un conflicto de derechos solo en el ámbito de los contratos de arrendamiento.

El artículo 2023 del Código Civil no es pertinente tampoco, puesto que esta norma no dirime conflictos de derechos que no pertenezcan al ámbito de los contratos de opción.

El artículo 7.4 de la Ley N° 28364, interpretado sistemáticamente con el artículo 5.3 de la misma ley, únicamente se refiere al contrato de capitalización inmobiliaria, no aplicando esta norma para supuestos ajenos a tal contrato.

Si bien todas estas normas se refieren a conflictos de derechos que se solucionan privilegiando la inscripción registral, ninguna de ellas puede tomarse como regla general para resolver directamente el conflicto entre un acreedor embargante y un adquirente del derecho de propiedad que no ha inscrito, ya que su ámbito de aplicación es demasiado limitado.

Igual ocurre con el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 299, que si bien soluciona un conflicto de derechos dejando de lado la inscripción registral, no es menos cierto que su radio de acción no abarca más que los contratos de arrendamiento financiero y aquellos que se suscriban bajo el Decreto Legislativo N° 1107. Este artículo 11 no puede, por tanto, constituirse como regla general para solucionar el problema que ahora nos ocupa.

III.4 Los aspectos supra-legales del problema: el debate sobre el rol que le corresponde al artículo 70 de la Constitución y al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III.4.1 El amparo supra-legal del crédito y de la propiedad.

Se ha dicho que la propiedad no inscrita debe imponerse al embargo inscrito, toda vez que el derecho de propiedad ostenta la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental[38]. En tal sentido, se trataría del enfrentamiento entre un derecho que tiene la calidad de fundamental (artículo 70 de la Constitución) y humano (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), frente a otro que no tiene esta calidad. Bajo este orden de ideas, se ha opinado lo siguiente:

"(...) es preciso establecer que la propiedad es un derecho real y, sobre todo, es un derecho que ha merecido el reconocimiento constitucional. El artículo 2 en su inciso 16 señala que la propiedad es un derecho humano. Pero lo más importante es que según el artículo 70 de la citada Constitución el derecho de propiedad es inviolable"[39].

De igual forma, se sostiene que "no se entiende la razón por la que el supuesto *derecho constitucional de crédito* es preferente al de propiedad, pues el

---

[38] Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. Cit. p. 39.

[39] Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. Op. cit. p. 22.

artículo 70 de la Constitución establece exactamente lo contrario: *la propiedad es inviolable*. No hay forma de obviar esta terminante disposición constitucional"[40].

Es más, se precisa que en el problema bajo análisis, el enfrentamiento es entre la propiedad no inscrita y una medida judicial, el embargo, que no tiene ni siquiera la calidad de derecho[41].

Esta doctrina invoca otro argumento más, nada menos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se afirma que resulta pertinente "el Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo del 07/09/2004, cuya doctrina establece que el título de propiedad preexiste a la inscripción, por lo que un mandato judicial arbitrario debe anularse cuando se acredita el derecho del titular conforme a las reglas civiles"[42]. Para esto, se cita el fundamento 219 de esta sentencia, el cual expresa:

"Por lo que toca al automóvil que conducía al señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien". Sobre el particular, se afirma que el criterio registral invocado en este fundamento no es aplicable al problema cuestión porque "el embargo no es un *derecho sobre el bien*, ni puede serlo, conforme se explica en el texto principal"[43].

No escapa al criterio de este Tribunal Supremo que esta doctrina incurre en una contradicción de no escasa importancia. Como ya se ha indicado,

---

[40] Gunther GONZALES BARRÓN. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina. cit.* p. 38.

[41] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos.* En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 14. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2014, pp. 87 y 88.

[42] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88.

[43] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88.

anteriormente esta doctrina no dudó en señalar que la tercería de propiedad tiene como cuestión de fondo un conflicto de derechos que se resuelve de conformidad con lo estipulado en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil[44]. Luego, sin dar las explicaciones del caso, se postula que no se trata de un conflicto de derechos, sino de un conflicto entre un derecho fundamental y una medida judicial provisional, que no es un derecho[45]. Más recientemente, se cambia sustancialmente de opinión otra vez y sin explicar la razón, indicándose que el problema materia de este Pleno Casatorio se resuelve según lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil[46], o sea se afirma que se trata de un conflicto de derechos.

Como ya se ha dejado establecido, esta Corte Suprema no considera que se trate de un enfrentamiento o "colisión" entre propiedad no inscrita y una mera medida judicial provisional (embargo). Se trata de un conflicto de derechos. En este mismo orden de ideas, se ha afirmado que "nuestra doctrina y jurisprudencia (incluso la que falla en favor de la propiedad no inscrita) tienen claro que el embargo inscrito no es más que una manifestación del derecho de crédito. Hay que recordar que el embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Si el embargo carece de sustantividad propia, es porque *representa* al derecho de crédito"[47].

---

[44] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos. Cit.* p. 65.

[45] De este modo, ante la opinión según la cual "la oponibilidad deberá estar dada por la publicidad que se le da a la relación jurídica, y en el caso de los derechos sobre inmuebles esa publicidad le da el registro" (Francisco AVENDAÑO ARANA. *Conflicto entre el embargo y la propiedad.* En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* N° 149. Lima: Gaceta Jurídica, febrero 2011, p. 80), la doctrina que se viene citando afirma que esta opinión incurre "en un mayúsculo error, pues el acto ejecutivo de embargo no es *derecho*" (Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88).

[46] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo. cit,* donde se afirma expresamente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es aplicable al problema objeto de análisis.

[47] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita.* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 65.

No debe olvidarse que "la esencia de las instituciones procesales, en consecuencia, no es otra que ser instrumento –de carácter necesario– para la efectiva realización de las situaciones jurídicas materiales"[48]. En consecuencia, no puede entenderse al embargo de forma separada, independiente o "divorciada" del derecho de crédito del acreedor que ha embargado. Por esta misma consideración, como se recordará, no se acepta considerar que estamos ante un conflicto entre dos derechos reales, de tal suerte que es aplicable la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.

De otro lado, entendiendo que nos hallamos ante un conflicto de derechos, no resulta exacto sostener que sólo uno de ellos tiene protección constitucional y la calidad de derecho humano, porque el derecho de propiedad previsto en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobrepasa, por mucho, el mero sentido civil de este derecho real.

Sobre el particular, se ha expresado que "el derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 del GG [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania], forzosamente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca –qué duda cabe– el crédito"[49]. De este modo, se concluye que "el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el

[48] Francisco RAMOS MÉNDEZ. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 47.

[49] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 61.

tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos"[50].

En idénticos términos se ha expresado la doctrina que opina lo siguiente:

"Conforme al artículo 70 de la Constitución, la protección de la propiedad no se limita al dominio civil como derecho sobre bienes, sino que se extiende al total de derechos patrimoniales que corresponde a una persona. La inviolabilidad de la propiedad constitucional es una pieza clave del régimen económico de mercado. Este régimen requiere proteger todo el patrimonio de las personas, incluyendo el domino civil, sus desmembraciones y por supuesto otros derechos como los créditos y los embargos que los garantizan. El sistema de libertades no funciona solo con la cautela de los predios, mucho menos solo con la atención a la vivienda, sino con la seguridad de que todo título patrimonial será amparado. En tal sentido, si se tratara de la disputa entre el propietario civil de un bien y el titular de un embargo sobre un bien, ambos son derechos constitucionales, ninguno es mejor que el otro"[51].

Efectivamente, el derecho de crédito se encuentra abarcado por el derecho de propiedad, entendido este en un sentido constitucional y de derecho humano. Este sentido de tal derecho ya ha sido destacado por la más acreditada doctrina europea, a la luz de sus cartas constitucionales.

Así es, se indica que el derecho de propiedad regulado en el Código Civil (BGB) "se circunscribe a un tipo especial de derecho real privado que se refiere a las cosas" y tal regulación se refiere, "en igual medida, a las cosas muebles y a las cosas inmuebles". De modo distinto, el derecho de propiedad previsto en la Constitución germana "contiene una garantía constitucional de

---

[50] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. cit.* p. 64.

[51] Martín MEJORADA CHAUCA. Op. cit. p. 50.

la propiedad, como institución jurídica (garantía institucional), y un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado". La regulación constitucional del derecho de propiedad "va mucho más allá" que la regulación del Código Civil, dado que "asegura tanto la propiedad sobre cosas, como, sencillamente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial y las posiciones jurídico-públicas próximas a los derechos privados, contra una intromisión del Estado demoledora de la utilidad privada del derecho subjetivo en favor de su vinculación social"[52].

Este sentido ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en una decisión que constituye un referente al respecto: la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, pronunciada el 11 de noviembre de 2003. El fundamento 26 de esta resolución señala:

"Tal como se estableció en el histórico caso Campbell vs Holt, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplia los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica".

Igual camino ha seguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fondo del caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, en cuyo fundamento 122, se explica el sentido que posee el término "bienes", el cual es empleado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

---

[52] Harry WESTERMANN; Harm Peter WESTERMANN; Karl-Heinz GURSKY, y Dieter EICKMANN. *Derechos reales*. Vol. 1. Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, y Bruno Rodríguez-Rosado. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007. pp. 299 y 300.

"Los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor".

La doctrina especializada ha dicho, sobre este punto, lo siguiente:

"El artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte CIDH ha establecido que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor"[53].

Por tanto, los derechos subjetivos que se enfrentan en el conflicto que ahora estudiamos, tienen, por igual, protección constitucional y tutela como derechos humanos. Mal puede, en consecuencia, pretenderse extraer una solución de artículo 70 de la Constitución o del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que ambas normas tutelan al propietario y al acreedor de igual manera. La solución a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad, debe buscarse en normativa de rango legal, no supra-legal.

III.4.2 El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil.

---

[53] Nicolás Marcelo PERRONE. *Derecho a la propiedad privada*. En: AAVV. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, pp. 359 y 360.

Luego de haber refutado la idea según la cual la propiedad no inscrita debe imponerse al crédito (representado por un embargo) inscrito por aplicación del artículo 70 de la Constitución y del artículo 21 de la Convención, una doctrina que ha defendido la primacía del crédito inscrito, ha utilizado la propia jurisprudencia invocada por la defensa de la propiedad no inscrita, para la defensa de su propia tesis. En otras palabras, si la doctrina defensora de la propiedad no inscrita invocó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Tibi vs. Ecuador para argumentar en su favor, ha sucedido que la doctrina defensora del crédito ha refutado esta argumentación y, por el contrario, ha terminado sosteniendo que dicha sentencia no hace más que beneficiar la postura del crédito inscrito.

El meollo de esta discrepancia se encuentra en el ya referido fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs Ecuador, según el cual el acto de inscripción registral "es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien". Sobre esta idea, se procede a argumentar en favor del crédito inscrito en los siguientes términos:

"Como se puede observar, la Corte Interamericana claramente señala que un derecho de propiedad no inscrito carece de oponibilidad frente a terceros. Ciertamente nadie que defienda la postura del acreedor embargante, en los procesos de tercería de propiedad, ha negado la titularidad del derecho del tercerista. En estos procesos no se trata de ventilar titularidades sobre derechos patrimoniales, sino que se trata de establecer justamente la oponibilidad. Es legítimo, en consecuencia, decir que esta sentencia de la Corte Interamericana no hace más que respaldar la tesis que favorece al acreedor embargante. Y, además, no resulta ocioso reiterarlo, el derecho de crédito también se encuentra protegido directamente por el artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención"[54].

---

[54] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 64.

No puede negarse que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador se refiere a un conflicto de derechos, indicando que el conflicto debe dirimirse en base a un criterio registral. Hay que reconocer también que no es acertada la doctrina, ya citada, que ha pretendido desaplicar este fundamento alegando que no estamos ante un conflicto de derechos, sino ante la colisión de un derecho frente a una medida judicial provisional. Es menester recalcar que estamos ante un conflicto de derechos de naturaleza diversa.

Sin embargo, no se puede compartir la opinión que considera que dicho fundamento respalda directamente la postura del acreedor embargante frente al propietario no inscrito. Y aquí este Supremo Tribunal no incurre en ninguna contradicción. Por el contrario, no escapa al criterio de este Colegiado que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, si bien favorece la inscripción registral como criterio dirimente de conflicto de derechos, no es más que un *obiter dicta*. La razón por la que esto es así es bastante simple: el caso Tibi vs Ecuador no versa sobre un caso de tercería de propiedad, ni de conflicto de derechos entre sujetos privados. El caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es esencialmente diverso: se refiere a la responsabilidad internacional de un Estado (Ecuador) por la indebida privación de libertad del ciudadano francés Daniel David Tibi. Si bien este caso involucra la propiedad privada, no es menos cierto que un conflicto de derechos privados no es materia de este caso. Consecuentemente, el fundamento 219 de la sentencia respectiva está lejos de constituir una *ratio decidendi* y, por eso mismo, no puede resultar determinante para establecer una regla general vinculante sobre los conflictos de derechos.

Por tales razones, no cabe más que ratificar la idea ya expuesta, según la cual la normativa constitucional y de derechos humanos no establece explícitamente ninguna primacía de alguno de los derechos en conflicto. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia señalan que tales derechos ostentan idéntica tutela a nivel de la Constitución y de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. Y esta conclusión debe ser tenida en cuenta por el operador jurídico a todo nivel, en virtud del principio de unidad de la Constitución. Como explica una atenta doctrina[55], conforme a este principio, la interpretación de la Constitución debe estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo ordenamiento jurídico, para lo cual debe ser considerada como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

Ahora bien, la solución a la cuestión medular de este Pleno Casatorio Civil, por las razones expuestas, debe hallarse a nivel legal. Por lo tanto, se comparte la postura que afirma que, en realidad, "no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa. Las relaciones patrimoniales tienen como eje fundamental el interés material o beneficio que los sujetos pretenden satisfacer a través de objetos económicamente relevantes"[56].

IV. Las posturas enfrentadas en la jurisprudencia y la doctrina.

IV.1 Argumentos en favor de la propiedad no inscrita.

Los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para defender la primacía del derecho de propiedad no inscrito son bastante parecidos entre sí. Evidentemente no se puede pedir a una decisión judicial que sea exhaustiva como la doctrina, pero los argumentos empleados por los Jueces son esencialmente los mismos que emplean los autores que patrocinan la postura del tercerista, sólo que, dada la naturaleza de su trabajo, brindan mayores detalles o se explayan en su fundamentación. Y cuando se habla de la postura de los jueces, se hace referencia tanto a la postura de la jurisprudencia de mérito, como a la expresada por las Salas Civiles de este Supremo Tribunal cuando ha decidido fallar en favor del tercerista. En lo que a jurisprudencia de mérito se refiere, cabe destacar los argumentos que han

[55] Javier Pérez Arroyo. La interpretación de la Constitución. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 145.

[56] Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 50.

expresado, en distintas oportunidades, los Juzgados y Salas Civiles con subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

a) El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito.

Un argumento constante, probablemente el principal, que emplea la doctrina y jurisprudencia es aquel que entiende que el derecho del tercerista debe imponerse porque es *erga omnes* o absoluto, en tanto que el derecho de crédito es meramente relativo.

Así, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha argumentado que "(...) el derecho de propiedad goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal relativo al embargo (...) entonces, de acuerdo al artículo 2022 del Código Civil (...) podemos decir que las disposiciones de derecho registral no rigen pues, ante la existencia de un conflicto entre un derecho personal y un derecho real, prevalecen las normas del derecho común"[57]. En esta misma línea de argumentación se encuentran aquellas decisiones que, para amparar la demanda de tercería de propiedad, sólo se preocupan por verificar que la adquisición del derecho de propiedad haya sido antes que la traba del embargo. Este es el proceder del mismo órgano jurisdiccional cuando señala que "(...) la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, debiendo el tercerista probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta, el mismo que permita establecer desde cuándo debe ser considerado como propietario del bien objeto de la tercería, procediendo el amparo de su demanda solo en el caso de que la afectación del mismo se haya producido con posterioridad a la fecha de su adquisición"[58].

---

[57] Resolución N° 04 de fecha 03 de marzo de 2012, recaída en el expediente N° 10616-2007.

[58] Resolución N° 05, de fecha 03 de abril de 2012, recaída en el expediente N° 7953-2009.

La Corte Suprema ha patrocinado un argumento similar, cuando ha señalado que debe imponerse el derecho real no inscrito puesto que, a diferencia del crédito, implica una relación directa o inmediata del titular del derecho con el bien. Esta circunstancia no cambia por el hecho de la inscripción, que no altera o trastorna la naturaleza de los derechos subjetivos implicados. En efecto, un argumento como este es expuesto en la sentencia en Casación N° 1253-2002-Ica, en cuyos considerando pertinentes se indica lo siguiente:

"Noveno.- Que, la doctrina ha diferenciado, claramente, entre lo que constituye un derecho real y un derecho personal; así el derecho real es: (...) aquella categoría de derechos patrimoniales, que se caracteriza, en opinión común, por ser derecho sobre las cosas (...); Mientras que el derecho personal o de crédito: (...) son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión (...) (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Luis Diez Picazo; tomo I, Editorial Civitas, Madrid; 1993) Décimo.- Que, en el caso de autos conforme lo reconoce el propio recurrente, en su escrito de contestación de demanda, el siete de febrero de mil novecientos noventidós se trabó embargo en forma de inscripción respecto del bien objeto de tercería, siendo posteriormente inscrito con fecha doce de mayo de mil novecientos noventicuatro. Décimo Primero.- Que, es imprescindible en la tercería de propiedad, determinar si a la fecha de trabarse el embargo, el tercerista era propietario con documento de fecha cierta y que preceda en el tiempo a la de la medida cautelar a favor del recurrente; para ello, el actor, debe acreditar, su calidad de propietario del bien. Décimo Segundo.- Que, en consecuencia, el presente debate se encuentra orientado a determinar si es que, la medida de embargo dictada a favor del Banco demandado, constituye un derecho real y no un derecho personal, conforme parece sugerir el recurrente; en ese contexto, resulta necesario precisar que el derecho personal o de crédito responde a una expectativa de acción que tiene el acreedor para con el deudor; mientras que el derecho real, constituye una vinculación directa que recae e incide sobre el bien. Décimo Tercero.- Que, por tal razón, la naturaleza jurídica del

derecho de crédito o personal no puede ser convertida en un derecho real por el solo hecho de inscripción en el Registro Público, esto es, que la inscripción registral no puede desnaturalizar o convertir el derecho, sea real o personal, que se ha logrado inscribir, porque ambos derechos, de acuerdo a la legislación nacional, responden a una situación jurídica distinta; en ese contexto resulta relevante lo expuesto en la propia Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, en lo referido al Libro de los Registros Públicos, donde se indica (...) quien embarga un inmueble, no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguiré siendo a pesar de la inscripción un derecho personal (...) (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil; Registros Públicos - artículos 2008 al 2045 del Código sustantivo; Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990, página 21)".

La prevalencia de la propiedad no inscrita en virtud de su carácter absoluto o *erga omnes*, en desmedro del crédito que sólo ostenta un carácter relativo o *inter partes*, es acogida en la sentencia en Casación N° 3194-2002-Arequipa, cuyo considerando pertinentes se transcriben a continuación:

"Quinto: Que, sin embargo, respecto de esta materia casatoria no existe aún doctrina jurisprudencial en la forma y con los requisitos previstos en el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil y si bien pueden haber existido casos como es el de la casación a que se ha hecho referencia, suscrito por magistrados distintos a los que componen este tribunal, que han fallado casatoriamente otorgando prioridad a los principios registrales frente al principio de rango recogido por el artículo dos mil veintidós del Código Civil, dicha ejecutoria no puede considerarse de obligatorio cumplimiento en aplicación del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo porque este es un Tribunal de Casación y no una instancia de mérito sino que, como se ha precisado, no constituye la doctrina jurisprudencial en la forma establecida por el citado artículo cuatrocientos del Código Adjetivo; Sexto:

Que, siendo esto así, acorde con las reiteradas ejecutorias de esta misma Sala, en el caso sub *litis* resulta de aplicación el principio de rango que emana del artículo dos mil veintidós del Código Civil, y específicamente, de su segundo párrafo según el cual en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, es decir, prevalece el derecho real de propiedad, oponible erga omnes, frente al derecho personal crediticio, pues no cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza real a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe".

En la doctrina nacional, se ha sostenido la vigencia de la clasificación de derechos subjetivos entre absolutos y relativos, la misma que debe mantenerse. Ante las críticas a esta clasificación, las cuales postulan que todos los derechos subjetivos tienen protección extracontractual o *erga omnes*, se ha sostenido queal final, todo derecho subjetivo tiene un remedio resarcitorio, cosa que no iguala el derecho de crédito al derecho real de ningún modo[59]. En tal sentido, si un acreedor puede solicitar una indemnización a un tercero que ha perjudicado su derecho de crédito, ello no se debe a que el crédito tenga una protección extracontractual o *erga omnes*, sino a que opera o aplica una figura análoga a la llamada acción subrogatoria. Así, se entiende que el acreedor no se dirige al tercero porque este haya incurrido en responsabilidad extracontractual, sino porque hace valer una "acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) a efectos de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa (...). En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1219.4 del Código Civil), por el cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis [se refiere a la llamada *tragedia de Superga*, donde un club de futbol se

[59] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos. Cit.* p. 73.

quedó sin plantel, debido a que un avión tuvo un fatal accidente con el plantel dentro. El club demandó a la línea aérea por responsabilidad extracontractual, porque ella habría perjudicado el derecho de crédito que tenía frente a sus jugadores], el acreedor sería el equipo de futbol, el deudor el futbolista y el deudor la línea área. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta vía subrogación. De esa forma obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas"[60].

Esta misma doctrina sugiere que la responsabilidad extracontractual no protege al acreedor como tal, pero sí puede protegerlo el enriquecimiento sin causa, "pues hay un daño injusto que da lugar a acción de resarcimiento por el deudor, pero que si puede obligar al tercero". De igual forma, se opina que rechazar la tutela extracontractual (o aquiliana como también se denomina en la doctrina) del crédito puede conducirnos a resultados justos. De este modo, en el caso *Meroni*, en el que un sujeto atropelló y así ocasionó la muerte de Luigi Meroni –distinguido futbolista que perteneció al club *Calcio Torino*–, se hace bien en negar la pretensión indemnizatoria del club contra el particular, ya que así se impide que los familiares tengan una menor indemnización[61].

De acuerdo con este planteamiento, la tutela aquiliana del crédito opera en contados casos, de modo que resultaría ser un remedio excepcional, de modo que se hallaría más cerca al instituto del enriquecimiento sin causa, que a la figura de la responsabilidad extracontractual. Esta clase de protección solo tendría aplicación cuando el tercero ocasione la imposibilidad de la prestación, sin que haya intervenido la culpa del deudor. Acá la prestación se extingue sin responsabilidad del deudor, y al acreedor no le quedaría más remedio que accionar directamente contra el tercero "por lo que tal vez un

---

[60] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. En: *Actualidad Jurídica*. T. 191. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2009, p. 47.

[61] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 47.

resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista de que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no culpable. Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de este y, por lo tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por lo tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se lo tiene antes de la acción del tercero, y se lo tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (artículo1969 del Código Civil) (...). Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la tutela aquiliana del crédito, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad"[62].

La doctrina que se viene citando concluye que "todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia tienen como remedio último la tutela por el resarcimiento, pero eso jamás puede significar que entre esos derechos no haya diferencias, o que todos sean lo mismo, o que sean absolutos"[63].

b) La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador.

---

[62] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 48.

[63] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 50.

El argumento descrito en el literal anterior también considera que la regulación registral no es aplicable. Y es que, de lo contrario, indefectiblemente tendría que imponerse el embargo inscrito por simple aplicación del principio de prioridad registral. Así, se entiende que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no puede hacer referencia a la normativa registral. De este modo, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha determinado que: "(...) es necesario recordar que el artículo 2022 del Código Civil establece en su segundo párrafo que el conflicto entre dos derechos de distinta naturaleza (real y personal) no se dilucida con la aplicación del principio de prioridad registral (según el cual se prefiere el derecho inscrito primero en el registro), sino con la aplicación de las disposiciones del derecho común, esto es, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de los derechos enfrentados"[64].

Esta fundamentación judicial se ha ratificado cuando la Sala Superior referida postula que: "(...) tratándose de derechos de distinta naturaleza, como son: el derecho personal derivado del embargo (...) y el derecho real consistente en el derecho de propiedad que alega el demandante respecto del bien materia de *litis*, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil que señala: *Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común,* las mismas que son mencionadas y desarrolladas, en lo que al caso resulta pertinente, en la sexta consideración de la sentencia apelada y que destacan el carácter consensual de la transferencia de propiedad tratándose de bienes inmuebles. Por lo dicho, el principio de prioridad en que se sustenta este fundamento del recurso de apelación no resultan de aplicación, por así disponerlo el Código Civil. En igual sentido y solo a modo ilustrativo, podemos señalar que es criterio de este colegiado, de conformidad con lo previsto por el artículo 2022 del Código Civil, que frente a la controversia de derechos de distinta naturaleza y otro real, prevalece el último aun no habiéndose inscrito, siempre que conste en

[64] La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída sobre el expediente N° 2042-2010.

documento de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, como ha ocurrido en el presente caso (...)"[65].

La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha seguido los mismos planteamientos para amparar la pretensión de la parte demandante en un proceso de tercería, destacando que ha sido voluntad del legislador excluir la tutela de la seguridad jurídica que proporciona el registro público, al indicar en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil que no es aplicable la normativa registral: "La citada normativa [refiriéndose al artículo 2022 del Código Civil] establece una primacía o prelación en la oponibilidad de los derechos reales en función a la inscripción en el tiempo en el registro público. La razón fundamental es la seguridad para el tráfico de bienes inmuebles, y la necesidad de otorgar confiabilidad y certeza a la publicidad registral (herramienta de seguridad jurídica en este ámbito), lo que es concordante con la regla sobre la presunción *iuris et de iure* de conocimiento del contenido del registro (...) pero no al caso del embargo por cuanto éste no es un derecho real, sino una medida cautelar ordenada judicialmente, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva respecto de un derecho personal-crediticio (...). Al referirse a las disposiciones del derecho común, debe entenderse que se trata de las que regulan la transmisión del derecho de propiedad –artículo 949 del Código Civil en específico, concordado con el artículo 1135 del Código Civil en cuanto a la antigüedad del documento fehaciente- excluyendo las reglas registrales por mandato expreso y claro del artículo 2022 del Código Civil, lo que refleja indubitablemente la voluntad del legislador"[66].

Excluida la normativa registral, ciertamente la solución es la contraria a la dictada por el principio de prioridad registral, es decir que debe primar el derecho alegado por el tercerista. Así lo ha indicado este Supremo Tribunal en la Sentencia en Casación N° 3262-2001-Lima:

---

[65] La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída en el expediente N° 5735-2008.

[66] Resolución N° 04, de fecha 04 de abril de 2013, recaída sobre el Expediente N° 9704-2011.

"CUARTO: Que, de acuerdo a lo prescrito en la última parte del citado numeral (se refiere al artículo 2022 del Código Civil), para resolver hay que recurrir a las disposiciones del derecho común y en tal sentido la tercerista adquirió el inmueble a título oneroso, mediante minuta de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventinueve, acto en el cual la codemandada entregó cincuenta mil dólares americanos; posteriormente mediante escritura pública de ocho de mayo del dos mil, celebrada ante la Notaría del doctor Antonio Vega Erausquin y que obra a fojas cinco y seis, se canceló el precio; instrumento de fecha anterior al embargo inscrito en el registro de la Propiedad Inmueble el cuatro de julio del dos mil, es decir que su título emana de un documento de fecha cierta anterior al embargo; siendo esto así, el inmueble comprado por la actora no responde frente al gravamen anotado del embargo, por la naturaleza de los derechos en conflicto; QUINTO: Que, en este orden de ideas no resulta de aplicación al caso las normas que denuncia la recurrente, relacionados con el principio de prioridad en el tiempo de las inscripciones, así como tampoco los artículos dos mil doce, dos mil dieciséis y dos mil diecisiete del Código Civil, referido a la impenetrabilidad de los registros, principio de publicidad; sino es de aplicación el artículo dos mil veintidós in fine del Código Sustantivo".

Igual criterio se ha plasmado por esta Corte Suprema en la sentencia en Casación N° 2472-2001-Lima: "(...) en este caso se trata de derechos de diferente naturaleza, por un lado real el de los terceristas y por el otro personal el del embargante, se tiene que aplicar el derecho común y por lo tanto no rigen las disposiciones del derecho registral (...) el artículo novecientos cuarentinueve del Código Civil dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor Propietario de él".

En este mismo orden de ideas se ha expresado la sentencia en Casación N° 2103-2006-Lima, que entiende a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil como una excepción a la normativa registral. Aquí, se parte de la idea

según la cual sólo la aplicación de reglas registrales puede hacer prevalecer al embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. Empero, el segundo párrafo del mencionado artículo prescinde de dichas reglas, por lo que tiene que imponerse la propiedad no inscrita porque ésta, a diferencia del derecho de crédito, implica una relación directa con la cosa. De igual manera, precisa que el artículo 1135 del Código Civil no puede formar parte del análisis ya que se refiere a un supuesto distinto, el de la concurrencia de acreedores:

"Quinto.- Que, en efecto, el artículo 2022 del Código Civil, interpretado en su real sentido, establece en su segunda parte una excepción al principio *prior in tempore potior in iure* a que se refiere el artículo 2016 del mismo ordenamiento legal, cuando concurren un derecho real con otro de distinta naturaleza, como es el caso de los embargos, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 949 del mismo Código. Esto es así, porque el derecho real establece una relación directa de la persona con la cosa y el derecho personal una relación entre personas, de las cuales el acreedor puede exigir de la otra –el deudor– una prestación determinada, apreciable en dinero; en consecuencia, advirtiéndose que la Sala de mérito ha resuelto la controversia conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, se concluye que la norma material bajo análisis ha sido interpretada correctamente, resultando infundada la denuncia por interpretación errónea. Sexto.- Que en lo atinente a la causal de inaplicación de normas de derecho material, tenemos, que el artículo 1135 del Código Civil precisa que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente; no obstante, esta norma legal no es pertinente para dilucidar la controversia pues solo resulta aplicable cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, situación que es distinta al caso de autos en que se ha trabado un embargo al que se opone el derecho de propiedad que alega el tercerista. Sétimo.- En cuanto respecto a la denuncia por inaplicación del artículo 2012 del Código Sustantivo, por el que se presume sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; del artículo 2013 del Código citado, según el

cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; y del artículo 2016 del mismo cuerpo legal en cuanto prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro; no resultan aplicables al presente caso, pues al haberse concluido que los derechos contrapuestos son de distinta naturaleza, debe resolverse conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, esto es, se debe aplicar las disposiciones del derecho común en las que la preferencia se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron los derechos, sin referencia a la fecha de la inscripción registral".

IV.2 Argumentos en favor del crédito inscrito.

En este punto, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado argumentos distintos. Los autores han desarrollado líneas de argumento que no han sido empleadas en sede judicial al momento de hacer primar al derecho de crédito inscrito en contra de la propiedad no inscrita. Debe indicarse que a nivel de jurisprudencia de mérito, la gran mayoría de los jueces no patrocina esta idea. Sin embargo, como se ha resaltado últimamente, a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República no es factible establecer una posición claramente dominante, puesto que últimamente se han presentado fallos en favor del demandado con derecho inscrito en el proceso de tercería de propiedad.

En tal sentido, se anota que "no parece que pueda compartirse la opinión que afirma que siempre ha existido una tendencia jurisprudencial claramente dominante a favor de la propiedad no inscrita y que, por consiguiente, los criterios jurisprudenciales a favor del embargo inscrito son *recientes*. Ya hemos visto que incluso dentro de las sentencias en casación que fallan a favor de la propiedad no inscrita, se aprecia una resistencia notable de parte de un grupo de jueces supremos que han emitido sus votos en sentido contrario. Además,

desde inicios de la década pasada ya se aprecian decisiones favorables al embargo inscrito"[67].

a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común.

En algunas decisiones de hace varios años, este Supremo Tribunal ha considerado que "el derecho común" referido en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es compatible con el principio de seguridad jurídica, no existiendo contradicción entre la aplicación de esta norma y la regulación registral, puesto que debe tomarse en cuenta lo preceptuado en el artículo 1135 del Código Civil, en el que se prefiere un título inscrito en el registro a un título que solo consta en un documento de fecha cierta.

En este sentido se ha expresado la sentencia en Casación N° 2807-99-Callao:

"Sexto.- Que, como se advierte, entre la seguridad jurídica y el derecho común existe una relación de género a especie, pues es evidente que la seguridad jurídica sirve como pauta orientadora del derecho común, de modo tal que para resolver un conflicto de intereses como el caso sub*litis*, por las circunstancias antes descritas en el derecho común el que ha de aplicarse, toda vez que las relaciones en conflicto suscitadas entre las partes es de carácter patrimonial (...) debe tenerse en cuenta que el derecho común ha previsto la forma de resolver el conflicto de un derecho real con un derecho personal a través de distintas fórmulas jurídicas, entre ellas la prevista en el artículo 1135 del Código Civil, norma que contiene la posibilidad de que el efecto de la inscripción del título que se opone se prefiera al título del acreedor (propietario) que conste en documento de fecha cierta más antigua, entendiéndose como fecha cierta en forma estricta lo dispuesto en el artículo 245 del CPC".

---

[67] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia. cit.* p. 34. No es exacto, entonces, afirmar que este Pleno Casatorio es producto de la "incertidumbre generada" por la sentencia en casación N° 5135-2009-Callao (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto "derecho real" y otras temas. cit.* p. 30). La incertidumbre no deriva, de ninguna manera, de un solo pronunciamiento. Hay, como es evidente, varios pronunciamientos casatorios en sentido contradictorio.

Esta Corte Suprema también ha sugerido, para privilegiar el embargo inscrito, que la inscripción del mismo en los registros públicos, ya hace que sus vicisitudes se encuentren sometidas a la regulación registral. Es decir, la inscripción del embargo es, indudablemente, un "fenómeno registral", por lo tanto mal se hace en someterlo a una regulación ajena al registro público. Sin perjuicio de esto, se resalta también la necesidad de salvaguardar la fe pública registral en todo momento. De este modo, el acreedor que inscribe su embargo resulta diligente, en comparación con el propietario que no inscribió su adquisición. Así se expresa la sentencia en Casación N° 2429-2000-Lima:

"Segundo.- Que, la Sala Superior ha considerado que debe prevalecer el derecho real de propiedad emanado de escritura pública frente a un derecho personal de naturaleza crediticia, ya que en la época en que se inscribió la medida cautelar, ya dichos bienes eran de propiedad de los terceristas y no del deudor demandado, conforme a lo establecido en el 2° párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Tercero.- Que, la interpretación del citado artículo no es correcta pues la inscripción del embargo rige para cualquier otro derecho real que pudiera existir si no estuviese previamente inscrito; la razón estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos, sujeta a los principios de legalidad y publicidad, es decir, que todos conocen las inscripciones registradas como presunción jure et de jure, y la fe pública registral que da seguridad, permanencia y efectividad a los actos jurídicos que se realizan en base a la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan, con efectos erga omnes (...) Quinto.- Que, la fe pública registral debe ser siempre tutelada, por un criterio de seguridad jurídica, amparado por el derecho y, principalmente, como mecanismo de protección al acreedor diligente en el obrar. Sexto.- Que, al haberse dado la interpretación errónea denunciada, es claro que se han dejado de aplicar aquellas normas que rigen el principio de la buena fe registral y el principio de prioridad en el tiempo de la inscripción, contenidas en los artículos 2014 y 2016 del Código Civil, las mismas que están

orientadas a dar valor preferente al derecho que surge de la mencionada inscripción del embargo".

La compatibilidad entre el derecho común y la regulación registral ha sido resaltada en la sentencia en Casación N° 403-2001-Piura, cuando sostiene que la aplicación del principio de prioridad registral no se encuentra excluida del "derecho común", ya que se encuentra consagrado en una norma no registral: el artículo 1135 del Código Civil. No optar por esta interpretación, implicaría traicionar esenciales principios registrales de gran importancia para la seguridad jurídica:

"Cuarto.- La sentencia de vista, para confirmar la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de tercería, se apoya fundamentalmente en la previsión contenida en el artículo 2022 del Código Civil. Esta norma señala que: 'Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común'. Examinado el segundo párrafo de esta norma, para dirimir la preferencia de derechos (por ejemplo: si uno es real y el otro personal) se remite a una fórmula genérica cuando dice que se aplicará el 'derecho común'. Esta norma contiene el principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el derecho personal por gozar aquel de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el último. Sin embargo, esta posición ha sido cuestionada por la doctrina elaborada y contenida en ejecutorias de casación dictadas por las Salas en lo Civil de esta Corte. Quinto.- En efecto, frente al referido principio (prioridad de rango), el ordenamiento jurídico nacional tiene positivizados los principios registrales de buena fe y de prioridad. El primero de estos principios ha sido recogido por el numeral 2014 del Código Civil, que señala que 'el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque

después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten los Registros Públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro'. En tanto que el principio de prioridad ha sido recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que dice que 'la prioridad en el tiempo de las inscripciones determina la preferencia de los derechos que otorgan los Registros' y por el artículo 2016 del Código Civil cuando dice que: 'La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro'. Sexto.- Compulsados el principio de rango (recogido por el artículo 2022 del Código Civil) frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, se llega a la conclusión que, en el presente caso, deben prevalecer estos últimos, en atención a que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título de la tercerista, por lo que el banco demandado mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, pues, en materia registral, quien entra primero al registro es primero en el derecho. El artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de 'derecho común', recoge también el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho. Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: a) El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...) b) El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otro, aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Sétimo.- Las razones anotadas conducen a considerar que en el caso sub materia, en la sentencia de vista, se han dejado de aplicar los numerales 2014 y 2016 del Código Civil, por lo que el recurso debe declararse fundado y la Sala, actuando como organismo de mérito, debe revocar la sentencia apelada".

En sentido idéntico a la resolución anterior, pero en términos más simples, se expresa la Casación N° 2683-2001-Lima. Así es, esta resolución sólo señala que la seguridad jurídica brindada por el registro público no tiene porqué interpretarse como un factor ajeno al derecho común, de manera que se tiene que preferir al embargo inscrito para no defraudar principios registrales:

"El artículo 2012 del Código Civil recoge el principio de publicidad registral y establece la presunción *Iuris et de Iure* de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; el artículo 2013 del mismo Código recoge el principio de legitimidad o legitimación por el cual el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su Invalidez, estableciéndose una presunción *iuris tamtum* de exactitud entre la realidad y lo que publica el registro; el principio de buena fe ha sido consagrado en el artículo 2014 del anotado Código al establecer que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos, presumiéndose la buena fe del tercero y el artículo 2016 del aludido texto legal consagra el principio de prioridad de rango, que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro *prior in tempore potior in iure*. Quinto.- La sentencia de vista considera que con el testimonio de la escritura de compraventa que obra a fojas cuatro a siete es suficiente para definir la controversia declarando fundada la tercería al haberse cumplido con el artículo 535 del Código Procesal Civil; sin embargo, lo resuelto por el Superior colisiona con los principios registrales antes citados debiendo de prevalecer estos últimos en atención a que la medida cautelar de embargo en forma de Inscripción sobre el Inmueble materia de *litis* aparece a nombre de los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato, inscrito en la ficha número veinticinco mil doscientos cincuentisiete del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, libre de gravámenes motivo por el cual se

procedió a la Inscripción de la citada medida conforme aparece a fojas sesentitrés y sesenticuatro del acompañado; razón por la cual el Banco demandado mantiene su garantía una vez inscrito su derecho. Sexto.- Admitir lo contrario importaría hacer tabla rasa del sistema registral que nos rige y haría ineficaz los siguientes principios: a) el de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...); b) el de impenetrabilidad, que impide se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) el de publicidad, recogido por el artículo 2012 del Código Civil que establece la presunción absoluta sin admitir prueba en contrario, ya que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; y, d) el de prioridad de rango en el tiempo, determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. Sétimo.- El derecho de propiedad invocado por el tercerista conforme al testimonio de la escritura se encuentra en contraposición al título de propiedad que también tienen los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato cuyo título al no haberse declarado judicialmente su invalidez se encuentra vigente, por lo que el embargo en forma de inscripción a favor del Banco demandado está protegido por el principio de la buena fe registral lo que conlleva a desestimar la demanda de tercería. Tanto más, si el mejor derecho de propiedad debe dilucidarse en una acción distinta a la presente, como es la acción reivindicatoria. Octavo.- En el caso de autos, el embargo trabado sobre el inmueble materia de *litis* que se llevó a cabo el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventinueve según acta obrante a fojas cincuentiuno del expediente acompañado, fue presentado en los Registros Públicos con fecha doce de octubre de mil novecientos noventinueve conforme es de verse de fojas sesentitrés y sesenticuatro del expediente acompañado, por lo que la escritura pública de compraventa de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventicinco, que sustenta la tercería no inscrita en los Registros Públicos no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, por cuanto una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero de ninguna

manera a terceras personas, sino está registrada oportunamente; siendo así, la citada inscripción tiene preferencia".

La Corte Suprema, en la sentencia en Casación N° 333-2003-Lambayeque, una vez más destaca que la prioridad registral no es ajena al derecho común, tal como lo demuestra el artículo 1135 del Código Civil, lo que hace cobrar sentido a la aplicación de la normativa registral:

"Quinto.- Estando a que la norma contenida en el artículo 2022 del Código Civil establece la primacía entre derechos reales inscritos y señala que tratándose de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, entre las que encontramos al artículo 1135 del Código Civil, el cual precisa el criterio de que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente, por lo que en el presente caso debe preferirse el embargo inscrito a favor de la codemandada Silvia Maricela Neciosup Morales, que ha sido registrado con anterioridad al derecho alegado por la tercerista. Es más, el numeral 2016 del citado Código Civil, concordante con el principio señalado anteriormente, prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. De lo contrario no tendría sentido este principio registral".

Finalmente, de la mencionada Casación N° 4448-2010-Arequipa se puede extraer una idea importante: el embargante es un tercero interesado, de modo que si se le pretende oponer la adquisición de un derecho de propiedad, la misma debería haberse inscrito oportunamente. En ese orden de ideas, si el bien se encuentra inscrito debe someterse a la regulación registral. Lo contrario solo se justifica en sede de bienes no inscritos:

"Cuarto.- Que, el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada, considerando que tratándose de bienes registrados son de aplicación los principios y normas de derecho registral contenidos en el Código Civil, en consecuencia, en el caso de autos se determina que el derecho de cautela

judicial anotado en el registro tiene prioridad sobre el derecho de propiedad de cualquier otro derecho inscrito, tanto más sobre un derecho que no ha sido inscrito nunca; que la eficacia alegada por los esposos terceristas del contrato de compraventa privado del año mil novecientos noventa y cinco solo puede ser oponible entre las partes del contrato, porque para ser opuesta a los terceros debe publicitarse en el registro, tratándose de bienes inscritos; que solo tratándose de bienes no inscritos, la antigüedad de los actos jurídicos celebrados resulta relevante para decidir la preferencia de los derechos generados por ellos, según las normas del derecho común y no las que regulan el derecho registral. Quinto.- Que, respecto a la denuncia de infracción normativa procesal - citada en el literal c) en cuanto a la Casación N° 2285-2001, debe señalarse que las ejecutorias supremas dictadas a la fecha no constituyen precedente judicial, al no haber sido expedidas con las formalidades exigidas por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil, en consecuencia la denuncia es inviable".

b) La protección *erga omnes* del derecho de crédito.

Como ya se adelantó, se ha sostenido que el derecho de crédito, tal como le ocurre al derecho real, se encuentra amparado por la tutela extracontractual o *erga omnes*. Afirmación que se encontraría amparada en la doctrina y jurisprudencia europea. Así, se asevera que "prestigiosa doctrina italiana afirma también que sí es posible que terceros lesionen el derecho de crédito, agregando que la jurisprudencia italiana se ha pronunciado a favor de brindar tutela al acreedor en caso de lesión culposa o dolosa por parte de un tercero"[68].

Bajo esta línea de argumento, siguiéndose a doctrina europea, se afirma que hay una serie de casos en los que la protección extracontractual del derecho de crédito no admite duda:

---

[68] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. En: AAVV. *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 633.

Cuando ha sido lesionado un derecho relativo, aunque sea extraño a relaciones familiares y, en particular, un derecho de crédito: así, causar la muerte de un jugador de futbol lesiona el derecho a sus prestaciones deportivas que, por contrato, corresponde a la sociedad futbolística. De igual forma, la destrucción, por obra de un tercero, de la casa en arrendamiento no lesiona sólo el derecho real del propietario, sino también el derecho de crédito del arrendatario, etc.

En estos casos, el hecho del tercero ocasiona la extinción de la relación obligatoria: por muerte del deudor en el primer caso; por imposibilidad sobreviniente de la prestación en el segundo. Luego, la jurisprudencia (europea) ha reconocido el carácter resarcible de la lesión del crédito también en hipótesis en las cuales el hecho del tercero no extingue la relación obligatoria[69].

Se alega también que la protección extracontractual del crédito es una figura compatible con una idea más social del Derecho. Puesto que negar la posibilidad de que terceros lesionen el derecho del acreedor, implicaría aceptar una visión demasiado individualista de la relación obligatoria y del contrato. Tal visión partiría de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administralos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan, lo que explica que los terceros puedan afectar, con su actuar u obrar, una relación obligatoria o contractual de la que no forman parte[70].

---

[69] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. p. 634.

Si el crédito tiene protección extracontractual, evidentemente no se puede seguir privilegiando al derecho del tercerista en base al argumento de la oponibilidad *erga omnes* del derecho de propiedad.

V. Las opiniones de los *amicus curiae*.

Conforme a la política adoptada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a partir del III Pleno Casatorio Civil, se consideró oportuno invitar a docentes de reconocidas facultades de Derecho y especialistas en temas civiles, en calidad de *amicus curiae* de este Supremo Tribunal, con el objetivo de tener en consideraciones enfoques académicos y distintos a los de la judicatura. Por esta elemental razón es que los amigos de la Corte son personas ajenas al aparato judicial.

Los seis *amicus curiae* tuvieron una interesante participación, la cual ha sido materia de una notable reseña publicada en distintos medios especializados. Debe indicarse que esta Suprema Corte comparte los términos de la síntesis contenida en tal reseña, en la cual se señala lo siguiente:

"Las posiciones de los profesores no fueron uniformes, como era de esperarse, pudiéndose advertir que algunos de ellos sostienen que debe ser tutelado el derecho de propiedad, mientras que otros, defendieron que debe serlo el crédito inscrito. Los argumentos centrales que se expusieron fueron los siguientes:

5.1. Juan Luis Avendaño se inclina por proteger la propiedad y no el embargo. Se basa en que: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 nos reenvía al derecho común y no al derecho registral, que es un derecho específico, especial. Por

[70] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. cit. pp. 634-635.

tanto, deben ser esas, y no éstas, las reglas que deben ser consideradas para solucionar la discusión; (2) El artículo 949 del Código Civil establece que el derecho de propiedad inmueble se perfecciona con el consentimiento; ergo, no se puede hacer distingos entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita; se es propietario aún cuando no haya inscrito su derecho; (3) La Constitución protege la propiedad al declararla inviolable y el Estado está obligado a garantizarla. Por consiguiente, el propietario debe ser resguardado por mandato constitucional.

5.2. Guillermo Lohmann argumentó en favor de la protección al embargo inscrito. Sostuvo que: (1) No hay derechos absolutos. El derecho de propiedad no puede ser "reconocido" si antes no es "conocido", y por tanto, en la medida que no es oponible erga omnes vía la inscripción registral, no puede merecer esa protección; (2) El embargo inscrito tiene proyección de derecho real, como sucede con la hipoteca; (3) Hay que evaluar también la diligencia del acreedor embargante y la no diligencia del propietario que no inscribe, pues el derecho protege apreciaciones y admite presunciones; (4) Hay que proteger el sistema registral. El registro otorga seguridad jurídica y no puede ser desconocido para proteger a un propietario singular que no inscribe su derecho. Es un tema de oponibilidad y no de propiedad.

5.3. Juan Monroy sostuvo que el caso discutido no debiera ser objeto de un precedente vinculante, pues: (1) El artículo 2022 al clasificar los derechos en personales y reales incurre en un anacronismo. Esa clasificación era históricamente entendible, pero hoy no tiene ningún significado y se encuentra superada; (2) La tercería no tiene por objeto titular con el derecho de propiedad a nadie, sino, liberar un bien afectado por una medida cautelar, finalidad que debe tenerse en cuenta; (3) El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria regulada en el sistema civil es desconocido por las grandes mayorías. Por ello, deben ser los jueces en el caso concreto los que resuelvan atendiendo a las especiales connotaciones del caso particular, razón por la cual no debiera generarse un precedente con alcance general.

5.4. Jack Bigio sostuvo que la protección debe otorgarse a la propiedad, pues: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 al hacer un reenvío al derecho común, hace referencia básicamente al derecho civil y al derecho comercial y por tanto, el derecho registral no debe ser tomado en cuenta para resolver el tema; (2) El acreedor embargante no debe ser considerado tercero registral, porque no lo es. El artículo 2014 dice que tercero es aquel que ha adquirido de quien es el dueño; además, esa adquisición se basa en un acto voluntario. En el caso del acreedor embargante es claro que no lo hace en mérito de un acto voluntario y no lo "adquiere" de quien es el dueño, por lo que no es posible reconocerlo como un tercero registral; (3) Favorecer al embargante sería proteger a quien se basa en un registro público que es inexacto en la medida que no publicita la realidad de la propiedad al existir una transferencia no inscrita. La exposición de motivos del Código Civil señala que debe otorgarse preferencia al verdadero propietario; (4) Un principio de derecho señala que solo debe responderse por los actos propios, no por los ajenos; por ende, no corresponde que el embargante afecte un bien de quien no es su deudor; (5) El embargo inscrito no es un derecho real pues no forma parte del listado de derechos reales del Código Civil, que como bien se sabe, es un número clausus.

5.5. Walter Gutiérrez igualmente se inclinó por la defensa de la propiedad. A tal efecto argumentó que: (1) La Constitución protege el derecho de propiedad como derecho fundamental. Por ello, le exige al Estado, por ejemplo, que para afectar la propiedad vía expropiación necesita promulgar una ley que lo autorice a hacerlo, lo que demuestra la importancia de su protección; (2) No se puede privar de propiedad a nadie, menos mediante un simple acto procesal como es el embargo. El derecho de propiedad no inscrito debe tener la misma protección que el no inscrito; (3) Que si bien el derecho de crédito también está protegido por la constitución en la medida que el art. 87 protege el ahorro que es la contra cara del crédito, dicha protección no alcanza el rango de exigibilidad que tiene la propiedad.

5.6. Fort Ninamancco defendió la protección del acreedor embargante. Sostuvo que: (1) La segunda parte del artículo 2022, es una norma de remisión muy peculiar, pues no nos remite a una norma especial sino al mismo Código. El derecho común es el propio código civil, por lo que es un contrasentido que se remita a sí mismo sin precisar el numeral que regula el tema de manera precisa; (2) El acreedor embargante no es un tercero registral, sino que es un titular con derecho protegido en base a la prioridad registral, por lo que hay un error de concepción al tratar el tema desde la idea del "tercero"; (3) No solo el derecho de propiedad es oponible erga omnes. Los créditos también están protegidos contra terceros, pues es claro que pueden ser afectados no solo por el deudor. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado protege al crédito, que está vinculado a la libertad de contratar; (4) Las operaciones económicas y su impacto social tienen mayor preponderancia en el mundo actual, lo que explica que los códigos ya no se estructuran teniendo como base a la propiedad, sino a los contratos. Conviene a la economía formalizar las actividades económicas, y en tal sentido, debiera alentarse que los contratos de propiedad se inscriban en el Registro; (5) Cualquiera de las medidas a adoptar por la Corte Suprema va a generar perjuicios, sea que tutele la propiedad no inscrita o el embargo inscrito, eso es inevitable, pero ello no debe hacer perder la perspectiva. A tal efecto sugirió que se tenga presente que el V Pleno Casatorio se alinea con la tesis de dar protección preferente a las actividades económicas"[71].

Tomando en cuenta que el tercera*micus curiae* se abstuvo de defender propiamente alguna de las posiciones enfrentadas en doctrina y jurisprudencia, puede decirse que el resultado de las intervenciones, desde una perspectiva cuantitativa, fue de tres intervenciones en favor de la propiedad no inscrita, en tanto que dos intervenciones se pronunciaron en favor del embargo inscrito.

---

[71] Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. *Crónica del VII Pleno Casatorio Civil*. En: *Actualidad Civil*. Vol. 13. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2015, pp. 372-375.

VI. Análisis crítico.

En seguida se analizarán críticamente los argumentos esbozados, tanto en doctrina como en jurisprudencia, a efectos de que este Pleno Casatorio construya una toma de posición.

VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito.

A juicio de este Alto Tribunal, se impone la necesidad de rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela *erga omnes* para el derecho de crédito. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela.

Así, por ejemplo, la doctrina francesa actual afirma que "la responsabilidad extracontractual interviene, en efecto, muchas veces hoy para sancionar la inejecución o mala ejecución de un contrato cuando ésta se debe al hecho de un tercero o perjudica a un tercero"[72]. Esta misma doctrina indica que la tutela extracontractual del derecho de crédito parece chocar con el principio clásico de relatividad de los contratos, pero la doctrina y jurisprudencia de este país no ha dudado en replantear los alcances del llamado principio de relatividad contractual. De hecho, en pleno siglo XIX, los jueces franceses no dudaban en sancionar la actitud de personas ajenas al contrato cuando ellas se habían asociado, con conocimiento de causa, al deudor para concretar el incumplimiento[73]. "(...) la jurisprudencia no ha cesado de reconocer además a la víctima el beneficio de una verdadera acción en responsabilidad contra el tercero que se asocia a la violación de sus derechos contractuales, despreciando la objeción derivada de los vínculos de esta responsabilidad con el contrato"[74].

---

[72] Geneviéve VINEY. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Traducción de Fernando MONTOYA MATEUS. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2008, p. 429.

[73] Geneviéve VINEY. *Op. cit.* p. 430.

[74] Geneviéve VINEY. *Op. cit.* p. 431.

Esta misma idea, para no irse muy lejos, se ha defendido a nivel de doctrina sudamericana[75]. Por ejemplo, la doctrina latinoamericana ha destacado que no es ya posible seguir sosteniendo que únicamente los derechos reales ostentan protección aquiliana o extracontractual:

"La verdad es que las hipótesis de lesión extracontractual del derecho de crédito son variadas y numerosas, y su revisión permite mantener la tesis que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este último la obligación de indemnizar los perjuicios causados (...) si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un tercero, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito"[76].

La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento (suficiente y) convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual.

No parece correcto tampoco sostener que la denominada acción subrogatoria, o una acción similar u análoga, explica los supuestos de tutela aquiliana del crédito. Al respecto, se ha dicho:

---

[75] Jorge MOSSET ITURRASPE. *Estudios sobre responsabilidad por daños (fallos anotados y doctrina)*. T. III. Santa fe: Rubinzal y Culzoni, 1982, p. 132; Juan APARICIO. *Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974, pp. 21 y ss.

[76] Luis BUSTAMANTE SALAZAR. *La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana*. En: *Ars Boni et Aequi*. N° 3. Santiago: UBO, 2007, pp. 167 y 168.

"¿Cómo es eso de *similar u análoga*? ¿Es o no es un caso de aplicación de acción oblicua? Si es una acción solamente parecida a la oblicua, entonces ¿Qué acción es? ¿Cómo se denomina?

A decir verdad, como bien señaló GALGANO, la acción subrogatoria no tiene aplicación en este caso porque al ser la prestación imposible, la relación obligatoria se extingue (art. 1316 del CC) y, en consecuencia, el afectado por el tercero pierde la calidad de deudor. Si no existe obligación, ¿de qué acción subrogatoria u oblicua puede hablarse?"[77]

Por último, no escapa al criterio de este Supremo Tribunal el hecho de que la opinión que ha negado la tutela aquiliana del crédito, ha terminado por aceptarla implícitamente. Como se recordará, esta opinión no puede evitar reconocer que todos los derechos subjetivos tienen una tutela resarcitoria, lo que resulta incompatible por completo con la tesis que defiende la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Esta parte de la premisa según la cual los derechos relativos, por no poder ser opuestos a la generalidad de sujetos, no son materia de protección extracontractual. Por lo tanto, reconocer, de alguna forma al menos, que todos los derechos subjetivos tiene una tutela extracontractual, no significa otra cosa que admitir la vigencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito.

VI.2.La interpretación objetiva de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

a) Premisa.

Es deber del Juez aplicar la ley, atendiendo a los mecanismos de interpretación que proporciona la teoría de la interpretación jurídica. En este caso, cuando la voluntad de la ley es patente, como se puede colegir, el Juez debe seguirla, al margen de si su contenido sea agradable o no agradable a

---

[77] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia.* Cit. p. 138.

la opinión del propio Juez. No estamos, nótese bien, en un sistema político donde los jueces sean gobernantes, en base a decisiones propias. Estamos en un sistema que es un Estado de Derecho, donde debe imperar la voluntad de la ley, y no la voluntad de las personas.

Esta afirmación, desde luego, no implica negar la posibilidad de que las normas puedan ser interpretadas de múltiples maneras. La interpretación no es, muchas veces, una tarea simple, precisamente por ello la teoría de la interpretación jurídica tiene áreas bastante complejas. Sin embargo, también es verdad que la ley, o la voluntad de la ley (en un sentido objetivo, más allá de la "mítica" voluntad subjetiva del legislador), muchas veces pueden presentarse de forma un tanto lineal y clara. A juicio de los jueces que suscriben la presente resolución, este es el caso de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, donde se advierte que el legislador ha pretendido solucionar el conflicto de derechos de diferente naturaleza en base a la no aplicación de los principios de derecho registral.

Empero, es necesario precisarlo desde ya, esta interpretación no toma como base a consideraciones que se han venido esgrimiendo desde hace tiempo en favor de la propiedad no inscrita, puesto que estas han sido materia de una eficaz refutación por parte de la doctrina defensora del crédito inscrito, tal como se ha visto en las páginas precedentes. No sería, ciertamente, apropiado persistir en una interpretación con base en argumentos ya criticados con fundamentos atendibles.

Empero, en opinión de este Supremo Tribunal, la doctrina defensora del crédito inscrito no parece haber centrado suficientes esfuerzos en postular una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Se ha centrado, más bien, en refutar las razones por las cuales se podría interpretar que esta normativa privilegia a la propiedad no inscrita. Aunque se considere que esta refutación ha tenido éxito, lo cierto es que una interpretación no puede sustentar su validez o idoneidad en el hecho de que

otras interpretaciones sean endebles. No se debe elegir una interpretación en función de la debilidad de otras interpretaciones, sino en función de la solidez de sus fundamentos propios. De lo contrario, se incurre en algunos equívocos interpretativos. Así, por ejemplo, la doctrina defensora del crédito inscrito ha llegado a defender dos consideraciones interpretativas que, en rigor, no parece que puedan ser sostenidas al mismo tiempo: i) que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es una norma de remisión, y ii) que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita es un supuesto de laguna normativa, donde se hace necesario recurrir a la analogía[78].

b) La interpretación de la ley y sus cánones: el rol decisivo del texto de las disposiciones normativas objeto de interpretación.

Es menester recordar que una adecuada interpretación jurídica toma en cuenta fundamentalmente lo explicitado en las disposiciones normativas objeto de interpretación, dejando de lado la búsqueda de hipotéticas y/o voluntades ficticias. En este sentido, un autorizado autor ha sostenido que el objeto de la interpretación no puede ser una voluntad (la del legislador) como tal, sino más bien la forma representativa en la que aquélla viene explicitada: lo que se ha hecho o lo que se ha dicho. Esto porque precisamente la representación es un presupuesto de la actividad interpretativa, y si se entiende a la voluntad como una pura entidad psicológica, induce a pensar que tal actividad puede prescindir de una forma representativa, lo que bien puede resultar absurdo[79].

Al ser objetiva la interpretación, es un presupuesto fundamental tener en cuenta que el intérprete no puede alterar el objeto de interpretación a su libre voluntad. Hay límites que no pueden ser trasgredidos, so riesgo de caer en un proceso de interpretación errado y no aceptable. En este orden de ideas, se

---

[78] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad*. Cit. pp. 146 y 147; ID. *El crédito y la seguridad jurídica en su prueba de fuego: a propósito del próximo Pleno Casatorio Civil*. En: *Actualidad Civil*. Vol. 13. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2015, pp. 380 y 381.

[79] Emilio BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción española de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1975, p. 28.

ha destacado la imposibilidad de alterar la esencia del objeto de interpretación por parte del intérprete, cuando se advierte se impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no opera sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquélla y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada. *Es decir: el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio, pero si bien se ha tornado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y ajeno*. En la antinomia se encuentran, de un lado, la subjetividad inseparable de la espontaneidad del entender; del otro, la objetividad del sentido que se trata de obtener[80].

De este modo, si bien no puede negarse que la actividad interpretativa es una labor subjetiva, al ser realizada por el intelecto humano, también tiene un innegable aspecto objetivo, marcado por el hecho de que el intérprete debe respetar ciertos límites marcados por el propio objeto de interpretación, en este caso la disposición normativa objeto de interpretación. Esta circunstancia explica la presencia de algunos cánones interpretativos. Veamos:

Un primer canon prohíbe que el intérprete pretenda introducir un sentido que no emana del propio objeto de su interpretación. Por ello se decía que el Juez no puede, en base a sus personales y subjetivos criterios, alterar la sustancia o esencia de las disposiciones normativas. En otras palabras, el sentido debe ser recabado de las disposiciones normativas que se interpretan, no de los criterios o ideologías personales del Juez. Acorde con este canon, que se denomina de la *autonomía hermenéutica*, el sentido que se trata de hallar no debe ser

[80] Emilio BETTI. *op. cit.* p. 30.

introducido indebida o subrepticiamente por el intérprete, sino que se debe, al contrario, extraer, recabar de la forma representativa[81].

El segundo canon, que explica la llamada interpretación sistemática, es denominado *de la totalidad y coherencia*. Según este, el intérprete debe tener en cuenta la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación de pensamiento, y su común referencia al todo del que forman parte: correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos[82]. La prestigiosa doctrina que se viene citado anota que "*la comprensión, en primer término provisoria, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando con el creciente extenderse del discurso del que el intérprete toma posesión, de modo que únicamente al final los elementos singulares, totalmente abarcados en su conjunto, resultan casi de golpe colocados a plena luz y representados en precisos y claros contornos*[83]. Por consiguiente, para dejarlo anotado de una vez, la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil debe ser interpretado a la luz de otros dispositivos que también regulen conflictos de derechos, a efectos de captar adecuadamente su sentido conforme a su texto.

No debería dudarse más en torno al hecho que cualquiera de nosotros puede sugerir o diseñar la mejor solución o teoría para resolver un determinado conflicto de intereses (que es el presupuesto para el dictado de una norma jurídica), pero jamás puede exigirse al Juez (simplemente porque no es legislador) modificar o desnaturalizar el texto y la voluntad legislativa contenida en las disposiciones normativas que debe interpretar. Semejante planteamiento no lo encontramos ni siquiera en las corrientes más hostiles al positivismo jurídico. En efecto, ha dicho una acreditada doctrina alemana contemporánea: "ningún no positivista que merezca ser tomado en serio

---

[81] Emilio BETTI. op. cit. p. 32.

[82] Emilio BETTI. op. cit. p. 34.

[83] Emilio BETTI. op. cit. p. 35.

excluye del concepto de derecho el de la legalidad conforme al ordenamiento"[84].

Se debe, pues, tener mucho cuidado con no tomar debidamente en cuenta el texto de la disposición normativa a interpretar, dejando que el sentido de la interpretación dependa de factores externos a dicho texto. Este punto no sólo ha sido resaltado por la doctrina italiana ya citada, sino también por otro sector de la doctrina alemana sobre interpretación, la cual ha resaltado el hecho que la "objetividad del criterio" pertenece al más distinguido canon de la hermenéutica, de forma que toda interpretación tiene que comenzar con la decisión del intérprete de ajustarse a la obra y no introducir nada en el texto, sino revelar lo que en el texto se contiene; *este canon es, con toda seguridad, el fundamento de la jurisprudencia como ciencia*[85].

Esta misma doctrina destaca que tampoco la más reciente hermenéutica, releva, en absoluto, al intérprete de dicha exigencia. Más bien, se asevera que la tarea primera, constante y última (de la interpretación) es no dejarse imponer nunca, por ocurrencias propias, por conceptos populares, la posición, la previsión y la anticipación, sino asegurar el tema científico, mediante la elaboración de tales elementos (posición previsión y anticipación) *desde las cosas mismas*; por consiguiente, este pre-suponer tiene sólo el carácter de un proyecto de comprensión, de manera que la interpretación preparada por tal comprensión *permite precisamente tomar la palabra, en primer lugar, a aquello mismo que hay que interpretar*. La "precomprensión" tiene, por tanto, solamente el carácter de una anticipación provisional de una expectativa de sentido, que "tiene que poderse rectificar cuando el texto lo exija y que está expuesta a riesgo de fracaso"[86].

---

[84] Robert ALEXI. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traducción española de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p.14.

[85] Claus-Wilhem CANARIS. *Función estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción española de Daniela Brückner y José Luis De Castro. Madrid: Civitas, 1995, pp. 114 y ss.

[86] Claus-Wilhem CANARIS. Op. cit. pp. 114-117.

Resulta muy interesante destacar que esta misma perspectiva es manejada por quienes cultivan el Análisis Económico del Derecho. Efectivamente, un prominente representante de esta corriente de pensamiento ha subrayado el hecho de que bajo ninguna circunstancia el juez debe apartarse de lo expresamente señalado por la ley al momento de aplicarla, aun cuando ello implique consecuencias ineficientes económicamente hablando, ya que de lo contrario el carácter predecible de la ley peligraría, lo que es aún más indeseable que cualquier norma con efectos económicos dañinos[87]. Además, se ha destacado que esta es la perspectiva imperante entre los juristas del *common law*[88]. En esa misma línea, en sede nacional, se afirma: "(...) lo dicho hasta aquí solo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la ley y olvidarse de lo que conviene"[89]. En este punto, es oportuno insistir en que una vez que el intérprete haya reconstruido el sentido de la norma y le parezca contrario a ciertas exigencias de justicia u otro orden, pues tendrá que conformarse, ya que no es legislador y siempre estará en relación de subordinación frente a la norma, por lo que no pueden admitirse apreciaciones discrecionales al momento de aplicar la misma[90].

Punto de partida inevitable, entonces, del proceso interpretativo es el empleo del *criterio literal*, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las palabras que la conforman, es decir, al interpretar la ley es necesario atender a las palabras de su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso[91]. Reforzando lo dicho con respecto al segundo canon descrito líneas arriba, se afirma que el atender a la globalidad o integridad del

---

[87] Richard POSNER. *El análisis económico del Derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo*. Traducción española de Enrique Pasquel. En: *Revista de Economía y Derecho*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima: Invierno 2005, p. 14.

[88] Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffré, 1980, p. 120.

[89] Alfredo BULLARD GONZALES. *La resolución huachafa, o de cómo usar el legalismo para matar la legalidad*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, Setiembre 2003, p. 46.

[90] Emilio BETTI. op. cit. p. 261.

[91] Massimo BIANCA. *Diritto civile*. T. I. Milán: Giuffré, 1990, p. 101.

discurso no es una regla especial de la interpretación de la ley, sino una regla de interpretación del lenguaje común, que es el medio a través del cual se expresa la ley[92]. De esta manera, se destaca que el resultado final del proceso de interpretación no es producto sólo de la interpretación literal, pero tal resultado en ningún caso puede contradecir el significado literal de la ley porque a través de las palabras la norma es enunciada y comunicada a sus destinatarios[93]. Otra ilustre doctrina resalta que las actividades integradoras y manipuladoras son-dentro de ciertos límites- connaturales al proceso de interpretación y aplicación de las normas, pero ello no debe confundirse nunca con una invasión a la competencia legislativa[94].

c) La inexistencia de laguna normativa en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

En opinión de este Colegiado Supremo, no es posible sostener que la segunda parte del artículo 2022 se traduzca en una laguna, puesto que ello implicaría privar de sentido a la frase "derecho común". La tesis que sostiene que hay una laguna normativa, no parece tener en cuenta que la buena técnica de interpretación aconseja interpretar los textos legales en el sentido que tengan mayor eficacia. No debe olvidarse que la interpretación de las leyes importa respetar el llamado "principio de conservación del derecho", el cual "pretende disipar el mentado *horror vacui* (con él se busca evitar el surgimiento de lagunas o vacíos normativos en el ordenamiento jurídico), preservar la seguridad jurídica y mantener la obra del legislador"[95].

Para sustentar que existe laguna, la doctrina defensora del crédito inscrito ha señalado que el artículo 2022 del Código Civil, en su segunda parte, no remite a ningún lugar o norma puntual que regule este específico conflicto de

---

[92] Massimo BIANCA. Op. cit. p. 101.

[93] Massimo BIANCA. Op. cit. p. 103.

[94] Giovanni TARELLO. op. cit. p. 37.

[95] Giovanni Azael FIGUEROA MEJÍA. *La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano*. En: AAVV. *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México D. F.: Universidad Autónoma de México, p. 264.

derechos entre acreedor embargante y tercerista de propiedad con derecho no inscrito. Sin embargo, con este enfoque se "vacía" el sentido normativo que tiene la frase "derecho común". No se hace el esfuerzo de tratar de conservar este acto legislativo, asignándole un sentido, como manda el "principio de conservación del derecho".

Cuando el legislador indica que el conflicto de derechos de distinta naturaleza debe resolverse conforme al "derecho común", se impone la necesidad de captar un sentido, un significado normativo para esta disposición. No puede concluirse, sin más, que la frase "derecho común" nada significa, de modo que se debe recurrir a la analogía irremediablemente. Nótese que la laguna propiamente implica la ausencia de previsión normativa para un caso concreto, de modo que se carece de toda solución normativa para cierto caso[96]. Se tiene laguna, entonces, cuando la solución para un caso determinado es inexistente.Empero, en el caso que ahora nos ocupa, mal puede decirse que no hay solución para el caso en cuestión, puesto que sí hay un texto normativo. Quizá se trate de un texto cuya redacción dista de ser la mejor, pero justamente por ello es tarea del intérprete construir un sentido por medio de las herramientas que proporciona la teoría de la interpretación jurídica.

Por consiguiente, desde que existe un texto normativo que establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho de conflicto de derechos de distinta naturaleza, no cabe postular la presencia de una laguna jurídica.

VI.3 El sentido de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la luz de una interpretación sistemática: la no aplicación de criterios registrales.

[96] Carlos Santiago NINO. *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 281.

Se dice esto no en base a la posibilidad de una redundancia, cosa que ya ha sido refutada por la doctrina[97], sino en base a las expresiones empleadas por la ley. Para este Supremo Tribunal, existe una circunstancia que ayuda considerablemente a develar el sentido de los términos "derecho común": la terminología y política legislativa expresada en otras disposiciones legales del propio Código Civil relativas a conflictos de derechos. Es decir, esta Corte Suprema considera que los términos "derecho común" pueden ser entendidos apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente.

Así, se tiene que resaltar que cada vez que el legislador civil regula conflictos de derechos, si decide dirimir el conflicto en base a criterios registrales, lo hace explícitamente, sin "medias tintas". Si de privilegiar el registro se trata, el Código Civil lo hace de forma expresa y clara, sin fórmulas vagas o un tanto imprecisas. Así se tienen los ya mentados artículos 1135, 1136, 1584, 1708 y 2023 del Código Civil, donde la política legislativa en favor del registro como medio para dirimir conflictos de derechos es patente o manifiesta. Es más, podrían agregarse también los artículos 1591 y 1670, que regulan también conflictos de derechos, estableciendo la solución en base a la inscripción registral.

En un contexto como ese, es evidente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil "desentona" por completo. Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. Nótese que este Supremo Tribunal no acude a la exposición de motivos, tampoco al argumento de la redundancia, ambos rebatidos de forma contundente por la doctrina defensora del crédito

[97] "(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022 termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro. *Sic et simpliciter*. La verdadera redundancia normativa se configura cuando se advierten supuestos idénticos con la misma consecuencia jurídica (no se olvide que los supuestos idénticos con diferente consecuencia jurídica, configura la famosa antinomia normativa). Pero cuando supuestos distintos tienen la misma consecuencia, no hay redundancia de ninguna clase" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. cit*, pp. 147 y 148).

inscrito. Se trata, como mandan las premisas interpretativas establecidas, de un análisis del texto de la disposición objeto de interpretación.

La frase "derecho común", consecuentemente, sí posee un sentido, el cual, en virtud de una interpretación sistemática, revela sin lugar a duda razonable, que el legislador civil ha optado por no aplicar el criterio registral en la solución al conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. No se trata, por tanto, de privar de sentido al término "derecho común", puesto que aplicando el "principio de conservación del derecho", es posible arribar a una conclusión: el legislador civil ha dejado de lado el criterio registral en el conflicto normado por la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. En ese sentido, tenemos como norma aplicable al caso el artículo 949 del Código Civil, el cual regula el sistema de transmisión de la propiedad inmueble, precisando que: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que ésta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente), y no necesariamente se exige la entrega de posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público. Asimismo, es norma aplicable también el artículo 1219 inciso 1° del Código Civil, según el cual: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado", de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares), sobre el patrimonio del deudor, puesto que es el deudor quien debe procurar satisfacer la acreencia, dicho de otro modo, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor.

Si bien esta conclusión se apoya, como se ha visto, en una interpretación sistemática, la misma puede reforzarse tomando en consideración que la primera parte del artículo 2022 claramente opta por una solución registral,

pero en el párrafo siguiente deliberadamente omite la solución registral, reenviándose al "derecho común", de modo que éste debe interpretarse al margen de la regulación registral. Si realmente la voluntad (expresada y objetivada) de la ley fuese aplicar también a estos casos tal regulación, sin duda hubiese existido una remisión directa a la normativa registral, tal como sucede en todos los otros casos de conflictos de derechos regulados por el Código Civil. De igual manera, cabe señalar también que de la interpretación de ambos párrafos del artículo 2022 del Código Civil, se tiene que el primer párrafo regula el conflicto de derechos reales en base a las reglas registrales, el segundo párrafo no lo hace así, por lo que corresponde entender que este segundo párrafo prescinde de las reglas registrales, al remitirse al "derecho común".

En este particular contexto normativo, es válido entender al "derecho común" como aquel derecho no especializado. Una doctrina francesa señala sobre el particular lo siguiente:

"El derecho común es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (...) El campo del derecho civil comprendía originalmente prácticamente todo el derecho privado, pero la especialización en el ejercicio de ciertas actividades o en la propiedad de ciertos bienes ha hecho que nazcan ramas nuevas que se han separado del derecho civil. Sin embargo, eso no significa que las reglas del derecho civil no sean parte del derecho común, sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial lejana al derecho civil o, aún, en ausencia de regla contraria, cuando ellas no contradigan los principios esenciales o el espíritu de una rama especial"[98]

Así las cosas, puede afirmarse que el derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código

[98] Christian LARROUMET. *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*. Reimpresión. Bogotá: Legis, 2008, pp. 50-51.

Civil, sino en reglamentos y leyes especiales, motivo por el cual debe entenderse al "derecho común" como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas, son ajenas al derecho común.

En el proceso de interpretación jurídica, debe asumirse que el legislador debe ser coherente. En este contexto, no se encuentra razón de ninguna clase para que, en este específico conflicto de derechos, el legislador haya optado por emplear una terminología radicalmente distinta para hacer primar el criterio registral, pudiendo haberlo hecho de forma nítida como en los otros casos de conflictos de derechos.

Por lo tanto, al aplicarse la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no resulta adecuado interpretar que también aquí existe remisión a la normativa registral, puesto que, como se ha venido diciendo en este apartado, es evidente que el texto de esta normativa indica otra cosa. Por ende, se tiene que aplicar una solución basada en la no aplicación de reglas registrales, dejando así de lado el principio de prioridad registral. De este modo, al no ampararse al criterio registral, no cabe más que concluir que, en el marco del conflicto de derechos que se presenta en los procesos de tercería de propiedad, la posición del acreedor embargante no puede ser amparada, puesto que la misma no encuentra otro sustento que no sea el registro público, esto es la aplicación del principio de prioridad registral.

En efecto, conforme a lo ya expuesto, al prescindirse del registro público como medio de solución del conflicto de derechos, corresponde adoptar el criterio ajeno a la prioridad registral, que hace primar el derecho subjetivo alegado por el tercerista, no pudiendo el acreedor embargante imponer su inscripción, al no ser aplicables las reglas registrales. De este modo, conforme también a la doctrina prevaleciente, al tercerista le corresponde acreditar que su derecho de propiedad data de un momento anterior a la traba del embargo. En ese caso, su pretensión deberá ser amparada.

Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual sólo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo.

Finalmente, debe señalarse que no se puede avalar la solución brindada por aquél sector doctrinario, sobre la base de imputar "diligencia" o "negligencia" a los sujetos, pues ello significa perder la perspectiva del contexto histórico cultural en el cual nos encontramos; en donde nuestro sistema de transferencia de propiedad es para los especialistas jurídicos, lo suficientemente complicado y difuso como para que podamos afirmar que se trata de una información que es conocida por el promedio de justiciables, esto es, si este sistema de transferencia es complicado de entender para los profesionales del derecho, es de imaginar lo que puede significar para la comunidad en general tener claros temas sobre cómo se perfecciona una transferencia o cuál es la función que cumple el Registro Público respecto de su adquisición, para no citar temas evidentemente técnicos como el de la prelación o la fecha cierta. A lo cual debe agregarse que, la falta de inscripción registral, muchas veces no obedece a la negligencia de los propietarios, sino a un problema estructural del Estado, evidenciado en el complejo y oneroso acceso a la inscripción, que requiere muchas veces actos previos y burocráticos, como regularizaciones municipales y administrativas (licencias, permisos y autorizaciones); registrales, como la inmatriculación, tracto sucesivo; tributarias, como el pago de impuestos; entre otros. Es precisamente debido a la problemática registral expuesta, que en el Perú sólo se han inscrito el 30% de las propiedades inmuebles, porque de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, la inscripción no es obligatoria ni constitutiva del derecho real de propiedad; por ende el Código Civil incurriría en una

contradicción si prefiere el embargo inscrito, porque para que se transfiera la propiedad inmueble sólo es necesario el acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador.

VI.4 La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito inscrito.

Al no existir una laguna normativa, no cabe, en consecuencia, aplicar los mecanismos de integración que establece el ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de apariencia (invocado por la doctrina defensora del crédito inscrito) no resulta aplicable, ni tampoco las normas que privilegian la inscripción, en base a una analogía.

Cabe recordar que la analogía, más que aplicar normas, en realidad lo que hace es crear una nueva disposición no existente previamente; así lo explica el profesor Marcial Rubio[99], cuando señala que lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para un situación determinada y la aplica a otra que es distinta, pero semejante a la prevista; estrictamente aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es "análoga" a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en "algo" el supuesto. Al existir regulación para el conflicto que ahora nos ocupa, según lo ya explicado, no cabe aplicar analógicamente otras normas que regulen conflictos de derechos.

En sintonía con lo anterior, debe recordarse que en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista, según lo estipula el artículo 949 del Código Civil. Por

[99] Marcial RUBIO CORREA. *El Título Preliminar del Código Civil*. 9ª edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2008, p. 81.

consiguiente, la transferencia de propiedad no necesita del registro público para ser obtenida. El registro tiene una función referida sólo a la oponibilidad, pero esta no tiene una función "natural", sino una función delineada por la legislación. Y, como ya vimos, no se precisa la inscripción registral para que la propiedad sea oponible a un embargo judicial, según lo preceptúa la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Se han esbozado planteamientos doctrinales que niegan el carácter consensual de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Sin embargo, debe resaltarse que tales planteamientos no tienen mayor acogida en nuestra jurisprudencia, tanto la de mérito como la expedida por este Supremo Tribunal, así como que también no ha tenido mayor acogida entre los estudiosos del tema. Y no sólo eso, sino que también se tratan de opiniones que la doctrina mayoritaria ha criticado.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador.

Según lo expuesto, el solo contrato, en principio, puede transferir el derecho de propiedad, mas no la oponibilidad a terceros, cosa que depende de los registros públicos. No es este el caso, en cambio, cuando se trata de oponer la propiedad a un acreedor embargante, donde el legislador, mal que bien, ha optado por dejar de lado la oponibilidad registral.

Y es que, en general, los diversos conflictos de derechos se resuelven en base a las reglas registrales, tal como lo establece nuestro Código Civil en diferentes preceptos. Sobre el particular, se señala que "esta solución incentiva la inscripción de los derechos sobre bienes y transmite un mensaje muy claro: ¡el

título no inscrito se puede perder! Además, protegiendo a los que inscriben se da seguridad y confianza al tráfico de bienes. La reiteración de esta respuesta en el Código Civil y en algunas normas especiales como la Ley de Garantía Mobiliaria, me permite afirmar que existe un *principio* o clara orientación del Derecho peruano a favor del título inscrito. Habría sido óptimo que este principio se replique en el concurso entre el supuesto dueño del bien y el acreedor embargante, pero lamentablemente no ha sido así"[100]. Es menester agregar en este punto, que futuros trabajos de reforma legislativa deberían tener en cuenta esta circunstancia, a efectos de establecer una solución coherente, con el resto de normas del Código Civil, para el conflicto que se presenta entre un embargo (crédito) inscrito y una propiedad no inscrita. La falta de establecimiento del registro público en diferentes lugares del Perú no es, qué duda cabe, un argumento atendible para lograr progresivamente la inscripción de las propiedades. Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados.

VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos.

Aunque el Código Civil privilegie la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de un falsificación o actuar fraudulento.

---

[100]Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 56. En sentido semejante, se afirma que hay una inconsistencia cuando se asume que el título no inscrito debe imponerse a un título inscrito: "preferir la propiedad no inscrita sobre el embargo inscrito no explica satisfactoriamente la política legislativa consagrada en los artículos 1708 y 2023 del Código Civil. ¿Cómo así el derecho de propiedad, tan exaltado, se ve sacrificado ante un arrendatario o ante el titular de un derecho potestativo? ¿En qué se justificaría la excepción, cuáles serían sus razones? Evidentemente no se puede decir que la excepción se basa en la importancia jurídica o económica de la propiedad, porque si así fuese ¿Cómo se justifica, entonces, la regla general que prefiere a los derechos inscritos, en lugar de la propiedad no inscrita? La regla y la excepción, obviamente, no pueden tener la misma justificación. Patrocinar la idea que defiende la propiedad no inscrita, como se puede apreciar, inyecta una alta dosis de incoherencia en la regulación sobre oponibilidad de derechos" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *op. cit.* p. 148).

Para tratar de evitar la situación descrita en el párrafo anterior, cabe invocar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, a efectos de que el Juez realice los actos necesarios al "esclarecimiento de los hechos controvertidos", en caso que los medios probatorios no le causen convicción. Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectué actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias, no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada.

VII. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

7.1. Conforme se ha explicado en los antecedentes, el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. Invocando el recurrente también que debe imponerse el registro porque de no ser así, se resquebrajaría su propia razón de ser, dándose lugar a las posibilidades de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente.

7.2. La parte recurrente también alega que existe uniformidad en la jurisprudencia nacional respecto a la tercería de propiedad, para lo cual cita un grupo de sentencias en casación que, al resolver procesos de tercería de

propiedad, prefieren al embargo inscrito. Se invoca en respaldo de esta consideración, que en una sentencia en casación, se indicó que la inscripción registral del embargo hacía oponible *erga omnes* el derecho del acreedor embargante, en tanto que el derecho del tercerista, al no hallarse inscrito, no podría ser opuesto a terceros, como lo es el acreedor embargante.

7.3. Al respecto, debe indicarse que no es exacto, como se ha expuesto en los considerandos de la presente sentencia de Pleno Casatorio Civil, que exista jurisprudencia de esta Corte Suprema en un sentido uniforme en favor del crédito (representado por un embargo) inscrito. Si así fuese, ciertamente este Pleno Casatorio no habría sido convocado. En efecto, también hay un importante número de sentencias en casación que patrocina un criterio jurisdiccional opuesto, que defiende la tutela del tercerista con derecho de propiedad no inscrito. Por lo demás, a lo largo de los considerandos de la presente resolución, se han expuesto las razones por las cuales no se comparte el criterio expuesto en las diferentes sentencias en casación que respaldan al acreedor embargante en los procesos de tercería de propiedad.

7.4. De acuerdo a lo ya expuesto, cuando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil se refiere al "derecho común", expresa una voluntad (objetiva y explicitada) del legislador civil por no adoptar un criterio registral para resolver el conflicto de derechos materia de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inmuebles registrados. Una interpretación sistemática de las normas que regulan conflictos de derechos en nuestro Código Civil, demuestra que cuando el legislador ha preferido un criterio sustentado en la inscripción registral, ha expresado esta preferencia de forma diáfana e indubitable en las normas. En cambio, el texto empleado por el legislador en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no refleja en modo alguna una opción registral clara y concreta, lo que hace concluir que, en realidad, el legislador ha optado por un criterio distinto, no sustentado en el registro. Caso contrario, no tendría explicación el hecho de que el legislador no haya establecido un criterio registral de forma clara, sino apelado a una formula un

tanto imprecisa como "derecho común". Por consiguiente, el conflicto normado en la segunda parte del citado artículo 2022 no puede resolverse aplicando criterios registrales. No se puede amparar, en consecuencia, la interpretación del artículo 2022, segunda parte, hecha por la parte recurrente, según la cual debe aplicarse un criterio registral para dirimir el conflicto de derechos en cuestión.

7.5. En relación a la presunta infracción de los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, debe indicarse que los mismos no tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación a esta causa no resulta pertinente. Como también se expuso en los considerandos de esta resolución casatoria, el problema de fondo en los procesos de tercería de propiedad se refiere a la dilucidación de un conflicto de derechos, no a otra clase de problema, motivo por el cual la norma aplicable es la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no otra, cosa expresamente reconocida por la doctrina en favor de la propiedad no inscrita, como por la doctrina en favor del crédito inscrito. Siendo ello así, no resultan pertinentes las normas que no se refieren a conflictos de derechos subjetivos de naturaleza diversa. Estas, como también se indicó oportunamente, se caracterizan por aludir a por lo menos tres sujetos: los "causahabientes" o "adquirentes" y el "causante" o "transmisor" común. Esta estructura está por completo ausente en los artículos 2012 y 2013 del Código Civil. La primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación. Ninguno de estos preceptos o principios tiene por objeto dirimir conflictos de derechos de naturaleza diversa. A mayor abundamiento, estos preceptos tampoco resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos, puesto que, habiéndose adoptado la interpretación que no considera pertinente la aplicación del criterio registral, el conflicto de derechos materia de análisis no puede resolverse aplicando normativa registral.

7.6. Respecto al carácter *erga omnes* otorgado por la inscripción registral, de igual forma, en los considerandos ya se analizó el argumento normalmente

empleado por la jurisprudencia de mérito para defender la propiedad no inscrita, arribándose a la conclusión de que, tal como lo expusiera la doctrina defensora del crédito inscrito, no resulta adecuado seguir postulando la diferencia entre tutela *erga omnes* (absoluta)y tutela *inter partes* (relativa), puesto que los mal llamados derechos relativos también tienen tutela extracontractual o *erga omnes*, por lo que no cabe amparar un argumento que se construya sobre la base de esa diferenciación. Por lo demás, cabe reiterarlo, según la interpretación adoptada por este Supremo Tribunal, el conflicto de derechos en cuestión no se soluciona, según el legislador civil, en función de un criterio registral, por lo que mal puede invocarse la oponibilidad que confiere la inscripción registral, ya que este es un criterio que no resulta aplicable al caso de autos, según una adecuada interpretación del tantas veces mencionado artículo 2022 del Código Civil, segunda parte.

7.7. Con relación a que la protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, que haga primar el registro público. De hecho, este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación. A tenor de lo ya dicho, resulta que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil consagra una política legislativa que prefiere la aplicación de un criterio no registral, cosa que no puede ser obviada por este Supremo Tribunal. La adecuada interpretación de la ley, y no el criterio personal de la judicatura, es la que el Juez debe aplicar para resolver el caso concreto.

7.8. Por lo tanto, no cabe amparar ninguno de los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de casación, al no ser pertinentes las normas

que invoca, ni tampoco plantear una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

VIII. Decisión

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resuelve confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda.

Segundo. Asimismo, declara que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

2. El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta

del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada **INFUNDADA**, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de tercería de propiedad, seguido por doña Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de doña Miriam Ivonne Hermida Clavijo, contra doña Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta.

SS.

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ

VICENTE RODOLFO WALDE JAUREGUI

EVANGELINA HUAMANI LLAMAS

CARMEN YLEANA MARTINEZ MARAVI

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA

COLUMBA MARIA DEL SOCORRO MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI

CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS

JOSE DE LA BARRA BARRERA

SAVIN CAMPAÑA CORDOVA
RELATOR
Relator
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema

SE PUBLICO CONFORME A LEY

D. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

17 DIC 2015

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
VII PLENO CASATORIO CIVIL

VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA MAGISTRADA CARMEN YLEANA MARTÍNEZ MARAVÍ

La suscrita comparte los fundamentos y la decisión a que se arriba en la ponencia que antecede; sin embargo, considera necesario realizar algunas precisiones sobre las razones por las que en el conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito con posterioridad, ha de prevalecer la primera:

1. Que el conflicto en los procesos de tercería de propiedad, se da cuando un acreedor traba un embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que extra-registralmente ya fue transferido a un tercero, aunque éste no ha inscrito su derecho en los Registros Públicos. En tal sentido, nos encontramos ante dos posiciones contrapuestas: por un lado, la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él desconoce dicha circunstancia; y por el otro, la del propietario que no inscribió, pero cuenta con un título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que, se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena.

2. Ambos derechos subjetivos, y los intereses que a ellos subyacen, son igualmente dignos de tutela jurídica, empero, al tratarse de derechos excluyentes terminan enfrentándose los intereses. El propietario quiere mantener el bien que ya adquirió, mientras que el acreedor quiere cobrar de cualquier forma, incluso si el bien no es del deudor. En tal sentido, al tratarse de derechos incompatibles o excluyentes - dado que no puede procurarse la satisfacción de uno sin impedir, al mismo tiempo, la satisfacción del otro - que concurren sobre un mismo bien inmueble inscrito, resulta necesario determinar qué derecho subjetivo prevalecerá frente al otro y cuáles serían las razones para afirmar tal preferencia.

3. Como se ha señalado en la Ponencia, la norma jurídica que resulta aplicable para resolver el referido conflicto es la contenida en el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, según el cual: "Si *[el conflicto] se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*". La disposición de la citada norma resulta evidente si tenemos en cuenta que el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito (entendido este como un mecanismo de

tutela cautelar del derecho de crédito) son derechos de diferente contenido - aunque nuestro legislador prefirió referirse a derechos de diferente naturaleza -, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas: El derecho de propiedad, en tanto derecho real, presenta como contenido la facultad de goce o aprovechamiento del bien y la facultad de realización directa del interés del titular; mientras que el derecho de crédito presenta como contenido la facultad de pretender una cooperación ajena[1]. Por lo tanto, corresponde encontrar el significado del segundo párrafo del Código Civil, es decir, si de acuerdo al mandato contenido en dicha normativa ha de prevalecer el derecho de propiedad no inscrito o el embargo inscrito posteriormente.

4. El texto íntegro del artículo 2022° del Código Civil es como sigue:

   "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.
   Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

   De lo que se advierte que, en el segundo párrafo de la citada norma, se establece el criterio de solución para el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, no obstante, lejos de señalar con claridad cuál de estos derechos en conflicto deberían prevalecer (como en el primer párrafo), se hace una remisión a "las disposiciones del derecho común", por lo que, toca determinar si tales disposiciones consagran como criterio de solución la inscripción registral (criterio adoptado en el primer párrafo) o un criterio distinto.

5. Al respecto, debemos señalar que antes del Código Civil de 1984, la norma que buscaba solucionar el conflicto entre derechos subjetivos que recaían sobre un mismo bien inmueble inscrito, era el artículo 1050° del Código Civil de 1936 que a la letra decía: *"Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, se precisa que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone"*. Nótese que no se hacía ninguna distinción entre los derechos en conflicto, esto es, el conflicto entre derechos reales y el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, toda vez que, el criterio de solución era el mismo: la inscripción registral, es decir, prevalecía el primero que se inscribía en los Registros Públicos.

---

[1] Ronquillo Pascual, Jimmy. Tercería de Propiedad contra embargo e hipoteca. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 60 y 61.

Sin embargo, el legislador de 1984, al redactar el artículo 2022° del Código Civil, optó por distinguir los supuestos en conflicto: Por un lado, el conflicto entre derechos reales en donde el criterio de solución es - y continúa siendo - la inscripción registral (conflicto regulado en el primer párrafo); y, por el otro lado, el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza en donde el criterio de solución se encuentra en "las disposiciones del derecho común". Esto ya nos evidencia que "las disposiciones del derecho común" tienen que consagrar un criterio de solución distinto al de la inscripción registral, pues, si el legislador hubiese querido que el criterio de solución sea el mismo - es decir, la inscripción en el registro - tanto para el caso de conflicto entre derechos reales como para el caso de conflicto entre derechos con distinto contenido o naturaleza, no hubiese sido necesaria la distinción de los supuestos en conflicto; asimismo, no hubiese sido necesaria la redacción de dos párrafos; y por último, no hubiese sido necesaria la modificación del artículo 1050° del Código Civil de 1936, pues esta norma ya consagraba como único criterio de solución - sin importar la clase de conflicto - a la inscripción registral.

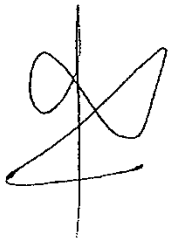
6. Un sector de la doctrina ha intentado replicar esta interpretación señalando que: *"el artículo 2022 del CC no es el único caso en el que dentro de una específica norma se ha dado una misma solución para dos supuestos distintos, basta ver, por ejemplo, el artículo 911 del CC, en donde dos supuestos distintos: posesión sin título y posesión con título fenecido, tienen una misma solución: serán posesiones precarias. Lo mismo puede decirse del artículo 161 del CC, en donde supuestos distintos: exceso de representación y defectos de representación, tendrán una misma solución: la ineficacia del negocio jurídico"*[2], y, en el mismo sentido que: *"(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica. (...) Piénsese en el caso del artículo 161° del Código Civil: tres supuestos diferentes del indebido actuar del representante (ausencia, exceso y abuso del poder de representación), tienen la misma consecuencia jurídica: la ineficacia del acto o negocio jurídico. Ahora piénsese en el caso del artículo 219 del Código Civil, ocho supuestos diferentes tienen la misma consecuencia jurídica: la nulidad del acto o negocio jurídico. Recuérdese ahora el artículo 333 del Código Civil, que contempla numerosos supuestos diferentes, que tienen una misma consecuencia jurídica: provocar la separación de cuerpos o el divorcio. (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022 termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro (...)"*[3]; sin embargo, no parece que tal argumento pueda compartirse, puesto que, los artículos 911°, 161°, 219° y 333° del Código Civil - como

---

[2] Ídem, p. 219.

[3] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, primera edición, 2013, pp. 147y 148.

bien se ha señalado[4] - contienen hipótesis autónomas, no contrarias entre sí, que llevan a la misma consecuencia jurídica, por el contrario, el artículo 2022° del acotado Código contiene hipótesis autónomas, contrarias entre sí, toda vez que, en su segundo párrafo se consagra una oración adversativa, vale decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal[5], por lo que, la referida oración adversativa vendría a ser la afirmación de que el conflicto entre derechos de diferente naturaleza o contenido se resuelve sin tener en cuenta el Registro (segundo párrafo del artículo 2022° del CC), apartándose como se aprecia de lo señalado en la afirmación principal, en la cual se consagra al Registro como criterio de preferencia (primer párrafo del artículo 2022° del CC).



7. Además, el criterio de solución no es la inscripción registral lo que se ve ratificado, si nos atenemos a lo que antiguamente se entendía por *ius comune* que era un Derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por un Derecho especial o particular[6], siendo que, en el presente caso, ese Derecho especial o, más específicamente, esas reglas especiales, vendrían a ser las reglas registrales que, evidentemente, priorizan la inscripción, y que quedarían de lado para dar lugar a la aplicación del Derecho residual conformada por reglas generales. Lo afirmado es compatible con lo señalado por un sector de la doctrina cuando indica que: *"(...) Respecto al concepto de 'derecho común', este alude efectivamente al Derecho Civil, pero no a todo él, sino a la parte general de personas, cosas y obligaciones – materia clásica desde el Derecho Romano -, pero con exclusión de las disposiciones o parcelas especiales de la regulación jurídica-privada. Así, por ejemplo, las normas privadas del derecho mercantil, agrario, minero, urbanístico, de propiedad industrial e intelectual, notarial, son en términos generales parte del 'Derecho Civil', pero jamás se considerarían 'derecho común', pues se reputan como especialidades dentro del tronco unitario. El contrato de riesgo compartido, regulado en la legislación minera por ejemplo, está comprendido, sin duda, en el ámbito general del Derecho Civil, pero no en el derecho común. (...) En conclusión, la referencia del artículo 2022°, segundo párrafo, a las normas del derecho común se entienden claramente circunscritas al denominado 'Derecho Civil puro' o 'Derecho Civil general', en la que no juegan las especialidades propias del registro, el cual se considera una especialidad dentro del Derecho Civil"*[7]. De lo expuesto, se advierte que el Derecho Registral y las normas y los principios que lo contiene - regulado en gran parte en el Libro IX del

---

[4] Gonzales Barrón, Gunther. La falsificación: nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario, Gaceta Jurídica, 2015, p. 221.

[5] Gonzales Barrón, Gunther. "¡Lo mío es tuyo! Crítica a la 'doctrina', ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros". En: Actualidad Jurídica, N° 192, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009, p. 92.

[6] Tarello, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho, primera edición al español, Fondo de Cultura de México, México, 1995, p. 57.

[7] Gonzales Barrón, Gunther. "¡Lo mío es tuyo! ...", op. cit., p. 94.

Código Civil – no corresponden al llamado "derecho común", puesto que, los efectos jurídicos de la inscripción constituyen una excepción o modificación de los principios generales del Derecho Civil puro.

8. Descartada la inscripción registral como criterio de solución para el conflicto entre el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito con posterioridad, corresponde determinar, entonces, cuál es el criterio de solución que se desprende de las disposiciones del derecho común. Nótese que la expresión "disposiciones" contenida en el segundo párrafo del 2022° del Código Civil se expresa en plural, por lo que, debe existir más de una norma que nos permita encontrar dicho criterio.

9. En nuestra opinión, tales normas del Derecho sustantivo son los artículos 949° y 1219° inciso 1 del Código Civil. Así, el artículo 949° del Código Civil establece que: *"La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"*; de donde se tiene que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es uno consensual, es decir, uno en donde la transferencia de la propiedad inmueble opera por el solo consenso legítimamente manifestado[8], de manera que el derecho de propiedad sobre un inmueble surge a favor del adquirente aun cuando éste no haya inscrito su adquisición, por lo que, el comprador que ya se hizo titular del dominio – aun cuando sea sobre la base de un título no inscrito – puede oponerse a un embargante que pretende afectar un bien de tercero, y no de su deudor.

10. Siendo así, es imperativo invocar una segunda norma que nos permita resolver el conflicto en cuestión, y dicha norma es aquélla que aparece contenida en el inciso 1 del artículo 1219° del Código Civil, según el cual: *"Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado"*; de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares) sobre el patrimonio del deudor, puesto que, es el deudor (y no otro) quien (con su patrimonio) debe procurar satisfacer la acreencia de su

[8] La doctrina nacional ha dejado plenamente clara esta cuestión: Forno Flórez, Hugo. *"El contrato con efectos reales"*, En: Ius Et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 7, Lima, 1993, pp. 83 y SS.; Fernández Cruz, Gastón, *"La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú"*, En: Themis, Revista de los estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, N° 30, Lima, 1994, pp. 149 y SS.; Escobar Rozas, Freddy. *"El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano"*, En: Ius et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 25, Lima, 2002, pp. 46 y SS.

acreedor, en otras palabras, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor[9].

11. De lo expuesto, se evidencia que las "disposiciones del derecho común" a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil son las normas del artículo 949° y el artículo 1219° inciso 1 del Código Civil, que consagran, la primera, que un adquirente se hace de la propiedad con el solo consenso y, la segunda, que un acreedor no puede afectar bienes que no son de su deudor.

12. Por otro lado, las normas del derecho sustantivo deben interpretarse también de manera sistemática con las normas del derecho procesal o adjetivo[10], y en lo que respecta al proceso de tercería de dominio, el artículo 642° del Código Procesal Civil, señala que: *"Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado"*. De lo que se advierte que a nivel del derecho procesal civil el argumento de que solamente pueden afectarse los bienes del deudor y no de un tercero extraño a la relación jurídica obligatoria se refuerza, por lo que, no cabe embargos sobre bienes que no pertenezcan al deudor u obligado, siendo ello una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial[11], que implica que solo el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; máxime si como bien se ha señalado en doctrina: *"la oposición de terceros en la ejecución (como gusta llamarla Montero Aroca) o tercería de 'propiedad' (como la llama hoy nuestro CPC) tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo: solo los bienes del deudor (o de terceros 'responsables') podrán servir de bienes-instrumentos para*

---

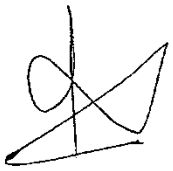
[9] Esto ha sido también señalado en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicada en el Diario Oficial *"El Peruano"* Lima, 19 de julio de 1987, p. 24: "Puede ser que se haya embargado un inmueble que en el registro aparezca como de propiedad del demandado; sin embargo, no podrá hacer valer su derecho de embargante, contra quien en el momento del embargo era el verdadero propietario, a pesar de que éste inscriba su derecho con posterioridad. El embargante no podrá hacer uso de su derecho **porque esa es la solución que nos otorga el derecho común cuando nos dice que los bienes que deben ser materia de un embargo son aquellos de propiedad del demandado**". (el resaltado es nuestro).

[10] Pozo Sánchez, Julio Eduardo. "VII Pleno Casatorio Civil. Un análisis diferente desde la óptica del proceso de tercería excluyente de propiedad". En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2015, p. 73.

[11] Si bien nuestro Código Civil, no ha regulado expresamente el principio de responsabilidad patrimonial, ello no implica que no se encuentre recogido de manera implícita en nuestro ordenamiento jurídico, tal como se advierte de la regulación de la acción pauliana recogido en el artículo 195° del Código Civil. En consecuencia, los bienes que salen del patrimonio del deudor, después de asumida la obligación pueden estar sujetos a determinados actos conservativos (embargo cautelar, acción pauliana, acción subrogatoria), así como a su posterior ejecución forzada. Lo señalado ya fue advertido con anterioridad por: León Hilario, Leysser. La Responsabilidad Extracontractual. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 74.

la satisfacción del interés del acreedor, mas no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria"[12].

13. En este orden de ideas, es de señalar que de una lectura integral de las normas procesales referentes a la tercería de dominio, como son los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil, se establece que un propietario puede lograr desafectar un embargo con la sola presentación de un documento de fecha cierta que sea anterior a la traba del referido embargo, por lo que, no se requiere que el título de propiedad se encuentre registrado, bastando solo que el propietario no inscrito pruebe su derecho con documento fehaciente para que pueda desvincular su bien de la posible ejecución.



14. Ahora bien, una posición contraria a lo señalado, esto es, de adoptar como criterio de solución del referido conflicto a la inscripción en los Registros Públicos implicaría que la tercería de propiedad pierda funcionalidad y que solo sirva para ventilar conflictos sobre bienes muebles, puesto que, las tercerías sobre bienes inmuebles serían declaradas improcedentes liminarmente, ya que, no habría manera de que el propietario no inscrito pueda vencer al embargante inscrito, a pesar de que el primero muestre algún documento fehaciente de fecha cierta de que ha adquirido la propiedad del bien inmueble materia de litis antes de la traba del embargo.

Es de señalar que esta posición contraria no se condice con los artículos 533° al 536° del Código Procesal Civil que regulan la procedencia del proceso de tercería para levantar embargos sobre "bienes", no discriminando si deben ser muebles o inmuebles[13], por lo que, no se puede distinguir donde la ley no distingue, máxime si no hay razones objetivas para ello.

15. Además, la tercería de propiedad es un mecanismo de tutela contra los embargos indebidos, esto es, aquellos embargos que han sido trabados sobre inmuebles cuya titularidad no es del deudor (como debería corresponder), sino de un tercero extraño a la relación jurídica que subyace entre el acreedor y el deudor, ello

---

[12] Ariano Deho, Eugenia. Embargo, Tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 25.

[13] Gonzales Barrón, Gunther. "La falsificación ...", op. cit., p.252.

se advierte del mismo tenor del artículo 624° del Código Procesal Civil, el cual señala que: *"Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso, si la medida no se hubiera formalizado".*

16. A lo anterior debe agregarse además, que la posición que adopta por preferir al propietario no inscrito que cuenta con documentación fehaciente de fecha cierta que acredite que su adquisición es anterior a la traba del embargo, no solo es una posición que se ajusta a la legalidad, esto es, que es concordante con nuestra normativa tanto civil como procesal civil; sino también, que guarda una adecuada coherencia con su respectivo mecanismo de sanción y desincentivo como, por ejemplo, ante los supuestos de connivencia entre el tercerista y el demandado deudor, no solo se sancionará con una multa solidaria no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (URP), más el resarcimiento de daños y perjuicios, y costos y costas que deriven del proceso, sino que además el Juez remitirá al Ministerio Público las copias certificadas de los actuados pertinentes a efectos de que se ejerza la acción penal correspondiente, de conformidad con el artículo 538° del Código Procesal Civil. Asimismo, debe puntualizarse que el acreedor mantiene incólume sus remedios o mecanismos de tutela contra su deudor como es la acción pauliana o la acción de simulación, entre otros, por lo que, no se ajusta a la verdad cuando se sostiene que la preferencia por la propiedad no inscrita desprotegería al acreedor embargante.

17. Son estas las razones por las que se considera que en el conflicto entre derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito posteriormente, ha de prevalecer el primero.

18. Que, sin perjuicio, de lo expuesto considero también oportuno mencionar que debe tenerse en cuenta que los planteamientos doctrinales en temas como el presente pueden cambiar en el tiempo, así que soy consciente que se pueden formular nuevas reflexiones con respecto a este planteamiento de la oponibilidad de los derechos en

cuestión, por lo que, ninguna cuestión importante en Derecho deja de generar problemáticas[14].

19. Con tales precisiones suscribo el presente voto.

Carmen Yleana Martínez Maraví

MM/ac

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

04 DIC 2015

[14] Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia, traducción de Claudia Ferrari, segunda educción, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 21: "Cuanto más aprendemos sobre el Derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO CASATORIO CIVIL

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR CARLOS ALBERTO CALDERÓN PUERTAS

Aunque coincido con el voto de los señores magistrados debo hacer las siguientes precisiones:

1. He sostenido la prevalencia del embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita[1]. Tal tesis ha sido descartada en el Pleno Casatorio Civil desde una visión que considera que la expresión "derecho común", utilizada en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, prescinde del registro público como medio de solución del conflicto de derechos.

2. Estimo que el referido dispositivo permite una lectura distinta a aquella de considerar que la expresión: "*Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*", solo puede aludir a la clasificación de derechos reales y obligacionales, y a una supuesta prioridad del primero. No desconozco la importancia de esa sistematización ni tampoco la diferencia entre ambos derechos. Bastaría solo tener en cuenta el notable texto de Giuseppe Grosso para recordarlo[2]. Lo que he expresado y expreso es que para interpretar la última parte del artículo 2022 del código civil es posible no tenerla en cuenta. Es verdad que se ha señalado que ello no es posible por la voluntad expresa del legislador. Pero ¿cuál es dicha voluntad?, ¿la de todos los legisladores en su conjunto?, ¿la de los que votaron por la promulgación de la norma?, ¿la de algún legislador en especial?, ¿acaso –como se ha dicho- la fijada en la Exposición de Motivos? ¿Es la Exposición de Motivos fuente única, inatacable que debe provocar el letargo interpretativo?

3. Asimismo, opino que el término "disposiciones del derecho común" nos conduce de manera inevitable a utilizar la vía registral.

---

[1] Casación 5135-2009-Callao.

[2] Grosso, Giuseppe. Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá 2011, pp. 22-24.

4. Dos criterios sirven de base al razonamiento que propongo. En principio, la existencia de un lenguaje polisémico que evita interpretaciones oficiales y explicaciones definitivas del texto jurídico, y que más bien genera multiplicidad de significados. Interpretar –en los términos de Riccardo Guastini[3], pero no solo de él- antes que descubrir un significado existente es asignar un sentido al enunciado normativo: el más apropiado, el que dote a la disposición de mayor eficacia, el que se sujete a un juicio de razonabilidad. El mismo Guastini ha indicado que no cabe confundir enunciado (disposición) con norma (atribución de significado del texto de la fuente), pues: "En Derecho, la interpretación es reformulación de los textos normativos de las fuentes[4]".

5. El segundo criterio tiene como razón de ser el firme convencimiento que las sentencias judiciales cumplen una función que excede el de los problema surgidos entre los litigantes. Las resoluciones judiciales también se proyectan a la comunidad para perseguir un efecto social[5]. Una sentencia responde a un debate concreto que debe resolver, pero también confirma, fortalece, modifica un programa económico y social al precisar las reglas que el legislador ha establecido para regular las relaciones de los individuos entre sí, y de estos con las entidades corporativas. Que la sentencia cumpla esas funciones se hace más evidente cuando el fallo es emitido por la Corte Suprema, pues entonces la entidad que se encuentra en la cúspide (vértice le dice Michele Taruffo) del aparato judicial, lo que quiere es uniformizar la jurisprudencia y ejercer su función nomofiláctica. En el primer caso, para evitar la anarquía jurídica que atente contra la unidad del derecho nacional, de suerte que se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica[6]. En el segundo supuesto, para lograr el "exacto significado de la ley", en un determinado tiempo y lugar (lo que de paso descarta cualquier parálisis interpretativa).

---

[3] Guastini, Riccardo. Disposición vs. Norma. Palestra Editores, Lima 2011, p. 129 y ss.

[4] Ob. cit., p. 137.

[5] "(...) salta a la vista que p. ej. cuando se promulga una ley, el legislador persigue lograr algún efecto social; e independientemente de lo que haya pasado por la cabeza del legislador, el texto mismo lleva insito el diseño de los fines que deben conseguirse". Juan Igartua Salaverría. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Palestra Editores, Lima 2009, p. 41.

[6] Lo que se quiere es establecer "una línea unitaria de aplicación legal para conseguir un cierto grado de previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales de las controversias". Guzmán Flujá, Vicente C. El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho). Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 26

6. El artículo 2022 del código civil dice lo siguiente:

"Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

El debate se centra en la segunda parte del dispositivo.

Así se ha señalado que, como el primer párrafo del artículo soluciona el problema desde la óptica registral, al no decirse lo mismo en el segundo párrafo del texto debe desecharse tal respuesta y buscarse una que atienda a la distinción entre derecho real y derecho obligacional, conforme lo ha entendido diversa jurisprudencia, fundamentalmente reiterando la distinción entre los derechos nacidos de una obligación y de carácter relativo (*inter partes*), pues sólo vinculan al acreedor con el deudor, y aquéllos posibles de oponerse a todos (*erga omnes*), de lo que seguiría su supuesta prioridad[7].

7. Discrepo de dicha interpretación, tanto porque la referida calidad *erga omnes* se refiere a un supuesto abstracto, como porque no hay ni legislativa ni conceptualmente razón alguna que permita sostener que uno de los derechos mencionados es superior al otro por su mayor grado de cuidado, no pudiéndose confundir el derecho subjetivo (real o de crédito) con la imposición de deberes a cargo de otros[8]. Esto es, que la protección sea

---

[7] Así parece desprenderse de lo expuesto por Lucrecia Maisch von Humboldt en Los Derechos Reales. Lima, 1984, pp. 11 a 13 y Gustavo Palacios Pimentel. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Lima, 1980, pp. 26 a 27. Más directo es Jack Bigio Chrem: "Pero si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo (se refiere al 2022 del código civil), tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal, y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Lima, 1998, p. 224.

[8] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 131. Flaminio Vigo Saldaña ha indicado la caducidad de dicha distinción porque "si se considera que todos los derechos subjetivos no constituyen nada más que medios de realización o satisfacción de intereses, no parece factible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelve". La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridad jurídica y la fe pública registral. En: Revista Oficial del Poder Judicial- Año 3, No. 5 / 2009, p. 65. Asimismo, Francisco Avendaño Arana, ha señalado: "El segundo párrafo del artículo 2022 del CC no recoge

general o relativa no origina una preferencia del derecho, más aún si el carácter relativo del derecho de crédito no significa que un tercero pueda lesionarlo y que no haya forma de tutela del afectado[9]. Hay, además, otro punto que me lleva a rechazar el referido planteamiento: no veo ninguna razón por la que se deba concluir que porque no se alude a la inscripción registral en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, no pueda, después, utilizarse ésta.

8. En cambio, sostengo que debe asignársele un significado distinto a la expresión "*disposiciones del derecho común*". Afirmo que cuando el enunciado normativo utiliza dicho texto quiere decir que deben aplicarse las disposiciones que el código civil (derecho común) utiliza para resolver casos similares, no refiriéndose en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito[10].

9. En esa perspectiva, se observa que el ordenamiento civil tiene casos similares de conflictos entres derechos. Así, en el artículo 1708 del Código Civil, el legislador prescribe que el derecho de propiedad por enajenación del bien arrendado cede ante el arrendamiento si este estuviese inscrito. En dicho caso "*el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador*"[11]. Asimismo, un artículo posterior al 2022 del Código Civil, que sirve como respaldo a la tesis de prioridad del derecho real sobre el de crédito, desmiente tal hecho, pues indica que: "*Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad*".

---

el principio según el cual el derecho real prevalece sobre el personal. No hay ninguna norma o principio en el Código Civil en ese sentido". Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima 2012, p. 28.

[9] Bustamante Salazar, Luis. La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. En: www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/.../2007-6-Bustamante.pdf.

[10] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 147.

[11] "La naturaleza jurídica en estos casos es intrascendente. La inscripción y la buena fe son pues los parámetros necesarios para determinar quién vence en la controversia entre situaciones jurídicas de ventaja. En efecto, frente al embargo inscrito de buena fe, la inscripción de la propiedad no es lo único que podría oponerse al embargo, sino también la alegación de la mala del acreedor". Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al código procesal civil. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, p. 796.

10. Por consiguiente, la tesis que el derecho real debe primar sobre el derecho de crédito no se sostiene: (i) Desde el artículo 2022 del Código Civil porque se trata de norma de remisión cuyo contenido se fija desde las otras formas de solucionar el conflicto fijadas en el código; (ii) Desde la clásica distinción entre derechos reales y obligaciones porque ella forma parte del presupuesto de la primera parte del segundo párrafo del artículo 2002 del Código Civil, pero no de su consecuencia; y (iii) Desde el propio articulado del Código Civil porque en algunos casos (artículos 1708 y 2023) el derecho de propiedad cede al derecho de crédito. En estos casos, la norma similar es perfectamente compatible de utilizar, pues en ambos supuestos hay: i) conflicto de derechos; y, ii) tal conflicto es uno entre derecho real y derecho de crédito, precisamente lo que es materia de este debate. Si el "derecho común" opta por una solución en casos similares ¿por qué en el supuesto del artículo 2022 debe optar por otra?

11. Tal interpretación, como se observa, encuentra sustento en el propio enunciado normativo, pero además atiende a la mayor eficacia de la norma y a los objetivos funcionales que debe cumplir. ¿Favoreciendo a la tercería de propiedad se logra esa eficacia? Considero que no; por el contrario, por una parte, el mensaje que se ofrece al propietario es que su propiedad puede permanecer en la informalidad; de otro lado, lo que se le dice al ciudadano es que la información que el Estado le brinda en el sistema registral no le sirve de auxilio para la tutela de sus derechos, a pesar que la ley le impone la presunción de conocimiento absoluto y que lo allí expuesto solo debe descartarse en los supuestos de mala fe.

12. Hay que reparar que el legislador quiere otorgar seguridad jurídica y fomentar la circulación de los bienes[12], de manera que los actos jurídicos celebrados no puedan después ser cuestionados y, en su caso, invalidados.

---

[12] Ello se aprecia con claridad en el caso del artículo 1135 del código civil, en la que prefiere –en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien- a quien inscribió primero el inmueble de buena fe, sin importar que la fecha haya sido posterior a una primera transferencia. Se apuesta aquí por la seguridad jurídica y no por la idea de un derecho real oponible *erga omnes* que hace propietario al acreedor por la sola obligación de enajenar (artículo 949 del código civil) .

13. Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la debe otorgar los datos que brindan los Registros Públicos; de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Son, por lo tanto, los principios de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para remediar estos conflictos.

14. En ese orden de ideas, cuando el embargo se encuentre inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia, esto es, la parte que es acuciosa en el cobro de su crédito y se asiste de los datos que le proporcionan los Registros Públicos no puede ser preterida para favorecer al negligente titular de un derecho real que no supo cautelarlo; ni mucho menos pueden desdeñarse las inscripciones registrales que han sido establecidas precisamente para asegurar el tráfico económico, invocando una presunta prioridad de un derecho real que no se encuentra protegido por la publicidad que los registros le otorgan. En suma el derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto al legitimado registral aunque su derecho sea uno obligacional. Para utilizar una frase de uno de los amigos de la curia: "La propiedad se reconoce cuando se conoce[13]".

15. Lo expuesto en nada contradice que la transferencia de inmuebles opera bajo la simple consensualidad, conforme lo señala el artículo 949 del Código Civil, haciéndose la precisión que dicha norma regula una manera de transmitir la propiedad y no resulta útil para resolver los conflictos que pudieran suscitarse cuando se opone un embargo al referido derecho real. Tampoco supone rechazo del derecho de propiedad; por el contrario: la propiedad se

[13] Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. Informe oral. Vista de causa para el Pleno Casatorio.

fortalece cuando se formaliza, cuando se le otorga los cuidados necesarios para que no se vea afectada, cuando se la incorpora al mundo de las relaciones económicas. Una interpretación como la expuesta permitiría que las sentencias judiciales vayan moldeando un mundo económico que favorezca a todos, que estimule a la ciudadanía a la inscripción registral y que proteja debidamente a quien tiene el título de propietario evitando no solo litigios como el aquí debatido, sino también los derivados del mejor derecho de propiedad, reivindicaciones, nulidad de acto jurídico y otros.

16. Hay, sin duda, un activismo judicial en mi propuesta. Empero, la amenaza de un exceso judicial se ataja desde una interpretación posible del enunciado normativo; razonamiento que además parte desde la restricción literal de lo consignado en el artículo 2022 del código civil[14]. Para utilizar una figura retórica de Pasco Arauco[15], estoy en contra de la "dictadura del crédito" pero también de la "prepotencia de la propiedad"; no creo tampoco en la santidad del dato registral, pues este siempre puede ser derrotado acreditándose la mala fe y así debe continuar. Pero es la buena fe la que se presume, tanto más que el embargo deriva de una decisión judicial y se impone para cautelar la ejecución respectiva; en buena cuenta, dicho mandato es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que supone se otorgue una respuesta debida para satisfacer las pretensiones de quien cauteló su derecho.

17. A pesar de las expresiones que he señalado, considero que debo suscribir el presente voto, pues las decisiones de un Tribunal y la de un Pleno deben atender a ideas de consenso. Es evidente que la tesis que planteo no es la que aceptan mis colegas, pero también queda claro -de las fundamentaciones que respaldan la decisión- que se ha advertido las limitaciones de una doctrina y de una práctica a favor de la propiedad.

---

[14] Siguiendo las reglas que Umberto Eco ha señalado en "Los límites de la interpretación". Editorial Lumen, Barcelona 1992, p. 14.

[15] Pasco Arauco, Alan. VII Pleno Casatorio: Entre la dictadura del crédito y la prepotencia de la propiedad. www.ius360.com. 09 de octubre del 2015.

18. Que el artículo 2022 del código civil genera problemas interpretativos, que la tercería de propiedad ha promovido maniobras fraudulentas, que el estado de la cuestión no es pacífico, que existen resoluciones judiciales que amparan una u otra pretensión ha sido precisado en esta sentencia plenaria[16], que recoge tanto los debates académicos como las resoluciones discordantes y las propias expresiones de los amigos de la curia. Esta polémica hacía indispensable la realización de un Pleno Casatorio en el que pudiera optarse por la solución más saludable posible, lejos de cualquier unilateralismo conceptual o verticalismo doctrinario existente.

19. Convengo, por tanto, con la sentencia emitida por este Pleno Casatorio; hago mío los fundamentos por las que se recusa las unilaterales tesis a favor de la tercería de propiedad y aprecio que, un paso adelante, la sentencia recomiende actuar prueba que excluya la posibilidad de fraude y, otro paso más, señale que "futuros trabajos de reforma legislativa" deberán tener en cuenta que otras normas del código civil responden a este tipo de conflictos a favor del título inscrito[17].

20. Por ello, en consonancia con lo prescrito en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me aparto del criterio que expresé en la Casación 5135-2009-Callao y suscribo el presente voto.

S.

CALDERÓN PUERTAS

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

04 DIC 2015

[16] Sobre los problemas interpretativos y maniobras fraudulentas ver el capítulo II del fallo. Sobre el diferente contenido de las resoluciones judiciales, consultar: Casaciones 3262-2001-Lima, 2472-2001-Lima, 1253-2002-Ica, 3149-2002-Arequipa, 2103-2006-Lima, 909-2008-Arequipa, 3687-2009-Cusco, 5232-2009-Lambayeque, 720-2011-Lima. Hay, también, casaciones que otorgan esa preferencia al embargo registral, tales como las recaídas en los expedientes 2807-1999-Callao, 1417-2000-Lambayeque, 2429-2000-Lima, 403-2001-Piura, 2683-2001-Lima, 333-2003-Lambayeque y 4448-2010-Arequipa. Sobre las posiciones encontradas dieron cuenta los propios informes de los *amicus curiae* (Fort Ninamancco Córdova y Lohmann Luca Tena a favor del embargo; Monroy Gálvez en tesis ecléctica y Gutiérrez Camacho, Bigio Chrem y Avendaño Flores a favor de la tercería. Esas discusiones se han extendido al campo académico: Pozo Sánchez, Lama More y Gonzales Barrón son partidarios de la tercería de propiedad; Ronquillo Pascual, Pasco Arauco están a favor del embargo; Mejorada Chauca, en cambio, aunque considera que debería primar el embargo estima que la interpretación adecuada del artículo 2022 del código civil no lo permite.

[17] Fundamento VI.4 último párrafo.