

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencia Política

Carrera Profesional de Derecho



**LA PRIMACÍA DEL EMBARGO INSCRITO A FAVOR DEL ACREEDOR
FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO EN EL PERÚ**

Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el Título

Profesional de Abogado

Por

Bach. Elver Idelson Rubio Baca

Bach. Henry Honorio Lirión

Asesor

Abg. Eduar Rubio Barboza

Cajamarca - Perú

Marzo – 2017

COPYRIGHT© 2017 by

Bach. Elver Idelson Rubio Baca

Bach. Henry Honorio Lirión

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LA PRIMACÍA DEL EMBARGO INSCRITO A FAVOR DEL ACREEDOR
FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO EN EL PERÚ

Presidente : _____
Secretario : _____
Vocal : _____
Asesor : _____

A:

Mis padres, familiares y amigos, por su apoyo incondicional y orientación durante mis estudios universitarios.

AGRADECIMIENTOS

*A mi alma mater, Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, quien me acogió,
brindándome una sólida formación académica y moral.*

A mis profesores, por los aprendizajes recibidos para mi formación profesional.

*A mis asesores temáticos y metodológicos, sin su orientación no hubiera sido posible
concluir la presente tesis.*

INDICE

RESUMEN.....	xi
ABSTRAC	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	3
ASPECTOS METODOLÓGICOS	3
1.1. Planteamiento del problema de investigación.....	3
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Justificación del problema.....	7
1.4. Objetivos de la investigación	8
1.4.1. Objetivo general	8
1.4.2. Objetivos específicos	8
1.5. Definición de términos básicos	8
1.5.1. Embargo inscrito	8
1.5.2. Propiedad no inscrita.....	9
1.5.3. Tercería de propiedad.....	9
1.6. Hipótesis de la investigación.....	9
1.7. Operacionalización de variables	10
1.8. Metodología de la investigación	11
1.8.1. Aspectos generales.....	11
1.8.1.1. Enfoque	11
1.8.1.2. Tipo	11
1.8.1.3. Diseño	12
1.8.1.4. Dimensión temporal y espacial	12
1.8.2. Aspectos específicos	12
1.8.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra.....	12
1.8.2.2. Métodos.....	13
1.8.2.3. Técnicas de investigación	13
1.8.2.4. Instrumentos.....	14
1.8.2.5. Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos	14
1.8.2.6. Limitaciones de la investigación	14
1.9. Aspectos éticos de la investigación.....	15
CAPÍTULO II	16
MARCO TEÓRICO.....	16

2.1.	Antecedentes de la investigación	16
2.2.	Teorías y Bases teóricas que sustentan la investigación	18
2.2.1.	Teoría clásica del derecho real: La propiedad como poder absoluto	18
2.2.2.	Teoría personalista del derecho real: La propiedad como derecho que impone un deber universal de abstención	20
2.2.3.	Teoría intermedia del derecho: la propiedad como poder absoluto que impone un deber universal de abstención	21
2.3.	Análisis de las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el Perú.	22
2.3.1.	Institución jurídica procesal: El embargo.....	22
2.3.2.	El proceso cautelar	23
2.3.2.1.	Naturaleza Jurídica.....	23
2.3.3.	Autonomía.....	24
2.3.4.	Medidas cautelares	25
2.3.4.1.	Características de la medida cautelar	26
2.3.4.2.	Requisitos	28
2.3.4.3.	Medida cautelar de embargo	31
2.3.5.	Institución jurídica sustantiva: La propiedad	36
2.3.5.1.	La propiedad en la constitución	36
2.3.5.2.	Función económica de la propiedad.....	37
2.3.5.3.	Sistemas clásicos de transferencia de propiedad.....	42
2.3.5.4.	Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad	45
2.3.5.5.	Teoría del título y modo.....	47
2.4.	La relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú	52
2.4.1.	Aspectos generales de la tercería de propiedad.....	53
2.4.1.1.	Fundamentos de la tercería.....	54
2.4.1.2.	Competencia en materia de tercería	56
2.4.1.3.	Clases de tercería.....	57
2.5.	La casuística existente respecto al embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú. 76	
2.5.1.	Casaciones que privilegian la propiedad no inscrita	76
2.5.1.1.	Cas. N° 125-2000 / LA LIBERTAD (El Peruano el 22/05/2000).....	77
2.5.1.2.	Cas. N° 1162-02 JUNIN (El Peruano el 03/02/2003)	77
2.5.1.3.	Cas. N°. 444-2004 LAMBAYEQUE (El Peruano, 01-06-2006)	78
2.5.1.4.	Cas. N° 181-2002-LAMBAYEQUE (El Peruano 30-06-2003).....	78

2.5.1.5.	Cas. N° 1064-2000 (Publicada el 30 de noviembre del 2000)	78
2.5.1.6.	Cas. N° 384-2004-JUNIN (El Peruano 01-12-2005)	79
2.5.1.7.	Exp. N° 118-2002- LIMA	79
2.5.1.8.	Expediente N° 51116-1997-LIMA	79
2.5.1.9.	Cas. N° 4905-2007- AREQUIPA (El Peruano 11/03/07)	80
2.5.1.10.	Expediente N° 016-2002-AI/TC	80
2.5.1.11.	Cas. N° 18-2003-LIMA.....	81
2.5.1.12.	Cas. N° 5135-2009-CALLAO	82
2.5.1.13.	Cas. N° 1417-2000-LAMBAYEQUE.....	82
2.5.1.14.	Cas. N° 415-1999 (El Peruano, el 01 de Setiembre de 1999).....	83
2.5.1.15.	Cas. N° 1670-2002 – Lima (El Peruano el 08 de noviembre de 2002).....	83
2.5.1.16.	Cas. N° 1104-2002 LA LIBERTAD (El Peruano el 03/02/2003).....	84
2.5.1.17.	Cas. N° 403-2001-PIURA (19/10/2001).....	85
2.5.1.18.	Cas. N° 942-99 LIMA (07/09/1999).....	86
2.5.1.19.	Cas. N° 1617-99-LIMA (El Peruano, 01-09-2000).....	87
2.5.1.20.	Cas. N° 1702-99-UCAYALI (El Peruano, 07-01-2000).....	88
2.5.1.21.	Cas. N° 1892-96 – Lima (El Peruano, 18- 09-1998).....	88
2.5.1.22.	Cas. N° 1974-2000-CUSCO (El Peruano, 01-03-2001)	89
2.5.1.23.	Cas. N° 627-96-LIMA (El Peruano 03-05-1998).....	89
2.5.1.24.	Cas. N° 1649- 97- LIMA (El Peruano, 10-12- 1998).....	89
2.5.1.25.	Cas. N° 964-98-LIMA (El Peruano, 21-10-1998).....	90
2.5.1.26.	Cas. N° 2333-99 – LA LIBERTAD (El Peruano, 30-11- 2000)	90
2.5.1.27.	Cas. N° 2374-98- San Román- JULIACA (El Peruano 23-04-1999)	91
2.5.1.28.	Cas. N° 991-98-HUANUCO (El Peruano, 08-01-1999).....	91
2.5.1.29.	Cas. N° 4189-2013 AREQUIPA (El Peruano, 10-06-2014).....	91
2.5.1.30.	Cas. N° 3464-2013 – LIMA NORTE (El Peruano, 01 de agosto del 2016)	93
2.5.1.31.	Cas. N° 1034-2009 – AREQUIPA (El Peruano, 09-12-2009).....	93
2.5.1.32.	Cas. N° 527-2003 – LIMA.....	94
2.5.1.33.	Cas. N° 3800-2002-AREQUIPA (El Peruano 30/10/2003)	95
2.5.1.34.	Exp. N° 00666-2006 – MAYNAS	96
CAPÍTULO III.....		98
PREVALENCIA DEL EMBARGO INSCRITO A FAVOR DEL ACREEDOR DEBE PRIMAR FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO.....		98
3.1.	El derecho de propiedad no es absoluto.....	98

3.2.	Se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica	103
3.2.1.	Publicidad.....	104
3.2.2.	Principio de rogación y de titulación auténtica	105
3.2.3.	Principio de especialidad.....	105
3.2.4.	Principio de legalidad.....	106
3.2.5.	Principio de tracto sucesivo	106
3.2.6.	Principio de legitimación	107
3.2.7.	Principio de fe pública registral	107
3.2.8.	Principio de prioridad preferente	107
3.2.9.	Principio de prioridad excluyente	108
3.2.10.	Principio de oponibilidad	108
3.3.	El acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral	114
CAPÍTULO IV.....		122
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....		122
4.1.	Presentación de resultados	122
4.1.1.	Entrevistado N° 01	124
4.1.2.	Entrevistado N° 02	125
4.1.3.	Entrevista N° 03	126
4.1.4.	Entrevista N° 04	127
4.1.5.	Entrevista N° 05	129
4.1.6.	Entrevista N° 06.....	130
4.1.7.	Entrevista N° 07	131
4.1.8.	Entrevista N° 08	132
4.1.9.	Entrevista N° 09	133
4.1.10.	Entrevista N° 10	135
4.2.	Análisis, interpretación y discusión de resultados	140
4.3.	Discusión de los Antecedentes de la Investigación.....	144
4.4.	Contrastación de la Hipótesis.....	146
CAPÍTULO V		147
PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES QUE GARANTICEN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS PERSONALES DILIGENTES FRENTE A DERECHOS REALES NO DILIGENTES.....		147
5.1.	Propuesta de Proyecto de Ley	147

5.2. Objeto de la Ley	150
LISTA DE REFERENCIAS	155

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo general explicar la prevalencia del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú en virtud del VII Pleno Casatorio Civil. Para ello se tiene como objetivos específicos analizar las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el Perú; establecer la relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú; estudiar la casuística existente respecto al embargo inscrito respecto de la propiedad no inscrita en el Perú; y, proponer una modificación legislativa que establezca requisitos procedimentales que garanticen la protección de derechos personales diligentes frente a derechos reales no diligentes.

La hipótesis que se demostró es que el embargo inscrito a favor del acreedor debe prevalecer frente al derecho de propiedad no inscrito porque: i) el derecho de propiedad no es absoluto: El derecho de propiedad requiere de un registro para su reconocimiento, y por tanto, en la medida que no es oponible vía la inscripción registral no puede merecer protección absoluta; ii) se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica: Se debe evaluar la diligencia del acreedor embargante frente a la no diligencia del propietario que no inscribe; iii) el acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.

Para contrastar las conclusiones de la investigación se utilizaron técnicas de investigación cualitativa, con el uso del método dogmático y hermenéutico, e instrumentos como la observación documental y entrevistas a especialistas, a través de una muestra no probabilística. Finalmente el resultado al que se llegó es que existen fundamentos suficientes para la prevalencia de proteger el embargo inscrito frente a la propiedad no inscrita.

Palabras claves:

Embargo inscrito, Propiedad no inscrita, tercería de propiedad, séptimo pleno casatorio civil.

ABSTRAC

The present investigation has as general objective to explain the prevalence of the registered embargo in favor of the creditor against the right of property not registered in Peru by virtue of the VII Plenary Civil Court. For this purpose the specific objectives are to analyze the legal institutions of the embargo and of the property in Peru; Establish the relationship between the registered embargo and property not registered in Peru; To study the existing casuistry with respect to the embargo registered with respect to property not registered in Peru; And, propose a legislative change that establishes procedural requirements that guarantee the protection of diligent personal rights against non-diligent real rights.

The hypothesis that was demonstrated is that the embargo registered in favor of the creditor must prevail over the right of property not registered because: i) the right of property is not absolute: The property right requires a registration for its recognition, and therefore , Insofar as it is not enforceable via registration, can not be granted absolute protection; Ii) the registration system must be protected and legal certainty: The diligence of the claiming creditor should be assessed against the non-diligence of the owner who does not register; Iii) the embargoing creditor is not a third party registry, but a holder with protected right based on the priority registration.

To contrast the conclusions of the research, qualitative research techniques were used, using the dogmatic and hermeneutical method, and instruments such as documentary observation and interviews with specialists, through a non-probabilistic sample. Finally, the result reached is that there are sufficient grounds for the prevalence of protecting the registered lien against unregistered property.

Keywords:

Embargo enrolled, Property not registered, third party property, seventh full civil court.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, conforme a la estructura trazada en el proyecto, se encuentra actualmente dentro de un amplio debate, dado que si bien el VII Pleno Casatorio Civil ha pretendido resolver el problema que surge de los procesos de tercería de propiedad, indicando que debe prevalecer la propiedad no inscrita, existen motivos suficientes para que con un mayor y amplio criterio, los jueces opten por hacer prevalecer el derecho personal del crédito inscrito, de allí que nos hemos planteado la siguiente interrogante ¿Por qué debe prevalecer el embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú?

En virtud a la pregunta antes esbozada y a la investigación realizada, se puede establecer que posee una gran connotación jurídica y social, dado que en principio permitirá cubrir algunos vacíos teóricos de un problema aparentemente resuelto, así como generar certeza y convicción en el Juez al momento de resolver, proponiendo modificaciones legislativas que permitan garantizar la protección de derechos personales diligentes frente a derechos reales no diligentes, desde una justificación social, sin duda se beneficiarán los acreedores diligentes que inscribieron su derecho personal del crédito, frente al que no lo inscribió.

Con ello, nos permitirá explicar la prevalencia del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú, con fundamentos lógicos, suficientes y con un amplio sustento doctrinario y casuístico, dado que se analizarán las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el Perú, asimismo se establecerá

la relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú, así como estudiar la amplia y contradictoria casuística sobre la materia, para finalmente llegar a establecer que se debe privilegiar al embargo inscrito por cuanto el derecho de propiedad no es absoluto, se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica y el acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Planteamiento del problema de investigación

El Séptimo Pleno Casatorio Civil, llevado a cabo el 17 de julio del año 2015 en el Perú, tuvo como discusión la tutela del derecho a la propiedad no inscrita, frente al embargo o crédito inscrito, en donde las posiciones de los juristas que intervinieron en dicho Pleno Casatorio no fueron uniformes, 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.

Juristas como Pozo Sánchez, Avendaño y Bigio sostienen la protección de la propiedad y no del embargo. Respecto a mencionado debate, Julio Pozo Sánchez (2015), argumenta en favor de los *amicus curiae* en favor de la posición que concede prevalencia a la propiedad no inscrita, pero adquirida con documento de fecha cierta anterior, frente a la inscripción del embargo. Dicho autor señala que este conflicto “sustantivo” termina encontrando respuesta en los causes del proceso de tercera excluyente de propiedad regulado por el artículo 100°, 533° y 624° del Código Procesal Civil, advirtiendo que tres artículos del Código Procesal Civil se están refiriendo a un mecanismo de similar estructura para que el propietario pueda pedir que se levante la medida judicial por afectar su derecho real de propiedad (Pozo Sánchez, 2015, p. 8).

Juan Luis Avendaño, argumentando en favor del derecho a la propiedad no inscrita, frente al embargo o crédito inscrito, señala que:

El segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil nos reenvía al derecho común y no al derecho registral, que es un derecho específico, especial. Por tanto, deben ser esas, y no estas, las reglas que deben ser consideradas para solución la discusión. (...) 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 aun cuando no haya inscrito su derecho. (...) 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 (Avendaño, como se citó en Ramírez Jimenez, 2015, p. 2).

En los mismos términos, Jack Bigio precisa que la protección debe otorgarse a la propiedad, debido a que:

El segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil 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 (...) El acreedor embargante no debe ser considerado tercero registral, porque no lo es. El artículo 2014 del Código Civil 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 (...) 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 (...) 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 (...) 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 (Bigio, como se citó en Ramírez Jimenez, 2015, p. 3).

Juan Monroy Gálvez sostuvo que el caso discutido no debiera ser objeto de un precedente vinculante, puesto que:

El artículo 2022° del Código Civil 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 superado (...) 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 (...) 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 (Monroy Gálvez, como se citó en Ramírez Jiménez, 2015, pp. 3-4)

Por su parte, juristas como Guerra Cerrón, Lohmann Luca de Tena y Ninamancco Córdova, defienden la protección del acreedor embargante frente a la propiedad. Al respecto, María Elena Guerra Cerrón (2015) parte del problema de si ¿Debe primar el embargo inscrito a favor del acreedor o, por el contrario, el derecho de propiedad del tercerista? Pues, no puede haber una respuesta o regla general sin considerar la particularidad del caso y coincide con Juan Monroy Gálvez, al considerar que no es conveniente que la Corte Suprema establezca una regla de primacía del embargo o de la propiedad, a manera de precedente. La autora citada señala que cuando el bien está registrado, obviamente no hay ningún problema porque se proceda según lo señalado en el artículo 539° del Código Procesal Civil, esto es, que el tercero pida la suspensión de la medida cautelar sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado, afirmando además que:

La primacía del derecho real frente al derecho personal es indiscutible. El problema surge cuando se trata de una propiedad no registrada, y se inicia un proceso de tercería. Con el mismo criterio de la primacía del derecho real frente al derecho personal, la solución procesal está en el artículo 533 del Código Procesal Civil, en donde a la demanda se debe anexar un documento público o privado de fecha cierta” (Guerra Cerrón, 2015, p. 7).

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena argumenta en favor del embargo inscrito en tanto que:

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 (...) El embargo inscrito tiene proyección de derecho real, como sucede con la hipoteca (...) 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 (...) 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 (Lohmann Luca de Tena, 2015, p. 4-5).

Fort Ninamancco Córdoba defiende la protección del acreedor embargante al sostener que:

La segunda parte del artículo 2022° del Código Civil 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 (...) El acreedor embargante no es un tercero registral, sino que es un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral, por lo que hay un error de concepción al tratar el tema desde la idea del “tercero” (...) 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 protege al crédito, que está vinculado a la libertad de contratar (...) Las operaciones económicas y su impacto social tiene 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 (...) 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 quinto pleno casatorio se alinea con la tesis de dar protección preferente a las actividades económicas (Ninamancco Córdoba, 2015, p. 6).

Si bien la citada discusión representa un tema aparentemente resuelto por el Séptimo Pleno Casatorio, en donde se otorga prioridad a la propiedad no registrada frente al embargo escrito, a la luz de la doctrina nos encontramos con un problema que contiene posiciones diversas y que amerita una investigación profunda y de ser necesario una reforma legal. Pues, como señala Ramírez Jiménez,

El sistema de traslación de propiedad inmobiliaria debe dejar de ser puramente consensual. La inscripción registral constitutiva, o la tradición o el título que se inscribe con abstracción del acto jurídico que lo motiva, entre otras variables, debe ser el paso a seguir. Necesidades de seguridad jurídica así lo exigen (2015, p. 3).

Sobre la base de lo señalado, la presente investigación plantea el problema a partir de la necesidad de discutir la decisión del Pleno Casatorio citado, explicando a partir de la investigación jurídica las razones por las que debe primar el Embargo Inscrito a favor del Acreedor frente el Derecho de Propiedad no inscrito, para lo cual nos hemos formulado el problema que en el siguiente acápite precisamos.

1.2. Formulación del problema

¿Por qué debe prevalecer el embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú?

1.3. Justificación del problema

Teóricamente, la investigación permitirá cubrir algunos vacíos teóricos de un problema aparentemente resuelto, a partir de argumentos e instrumentos de investigación que permitirán justificar la primacía del Embargo Inscrito a favor del Acreedor frente al Derecho de Propiedad No Inscrito, proponiendo las modificaciones normativas que amerite la solución del problema planteado.

En la práctica la investigación permitirá generar certeza en el Juez al momento de resolver, atendiendo a las especiales connotaciones de cada caso particular. Y, quienes se beneficien de la presente investigación serán los acreedores diligentes frente a los no diligentes propietarios que no inscribieron su propiedad.

La presente investigación propondrá modificaciones legislativas que permitan garantizar la protección de derechos personales diligentes frente a derechos reales no diligentes, para lo cual desarrollaremos el contenido y requisitos de procedibilidad.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Explicar la prevalencia del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú.

1.4.2. Objetivos específicos

- Analizar las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el Perú.
- Establecer la relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú.
- Estudiar la casuística existente respecto al embargo Inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú.
- Proponer una modificación legislativa que establezca requisitos procedimentales que garanticen la protección de derechos personales diligentes frente a derechos reales no diligentes.

1.5. Definición de términos básicos

1.5.1. Embargo inscrito

El embargo inscrito es el medio de ejecución forzada por el cual un acreedor hace poner en manos de la justicia los bienes de su deudor, a fin de que se

los haga vender en pública subasta y le paguen con lo que se obtenga. El embargo inscrito es una retención de bienes por mandato de la ley, que ha respetado el debido procedimiento de registro para su seguridad. Es el conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos del patrimonio del deudor a una concreta ejecución procesal frente a él dirigida (De la Oliva, 2016, p. 32).

1.5.2. Propiedad no inscrita

Se denomina propiedad no inscrita a la propiedad o inmueble no inmatriculado en el registro para su publicidad. Junto a la libertad del titular del derecho a la propiedad debe destacarse la limitación del ejercicio de sus facultades por las leyes. La transmisión jurídica o real procede respecto de bienes muebles inscritos y solo surte efectos desde su inscripción en el registro público de la propiedad (Borja Martínez, 2013, p. 149).

1.5.3. 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 (Rioja Bermúdez, citado en Sánchez Romero, 2015, p. 8).

1.6. Hipótesis de la investigación

El embargo inscrito a favor del acreedor debe primar frente al derecho de propiedad no inscrito porque:

- a. El derecho de propiedad no es absoluto: El derecho de propiedad requiere de un registro para su reconocimiento, y por tanto, en la medida que no es oponible vía la inscripción registral no puede merecer protección absoluta.
- b. Se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica: Se debe evaluar la diligencia del acreedor embargante frente a la no diligencia del propietario que no inscribe.
- c. El acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.

1.7. Operacionalización de variables

OBJETIVO	PROBLEMA	HIPÓTESIS	VARIABLES/ CATEGORÍAS	INDICADORES	INSTRUMENTOS
<p>General: Explicar la primacía del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú.</p> <p>Específicos: - Analizar las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el</p>	<p>Formulación: ¿Porque debe primar el embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú?</p>	<p>Hi. El embargo inscrito a favor del acreedor debe prevalecer frente al derecho de propiedad no inscrito porque: - El derecho de propiedad no es absoluto: El derecho de propiedad requiere de un registro para su reconocimiento, y por tanto, en la</p>	<p>CATEGORÍA 1 Primacía del Embargo inscrito</p>	<p>- El derecho de propiedad no es absoluto</p> <p>- Protección del sistema registral y la seguridad jurídica</p> <p>- El acreedor embargante es titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.</p>	<p>- Fichas de Observación documental</p> <p>- Entrevistas</p>

<p>Perú. - Establecer la relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú. - Estudiar la casuística existente respecto al embargo inscrito respecto de la propiedad no inscrita en el Perú. - Proponer una modificación legislativa que establezca requisitos procedimentales que garanticen la protección de derechos personales diligentes frente a derechos reales no diligentes.</p>		<p>medida que no es oponible vía la inscripción registral no puede merecer protección absoluta. - Se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica: Se debe evaluar la diligencia del acreedor embargante frente a la no diligencia del propietario que no inscribe. - El acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.</p>	<p>CATEGORÍA 2 No primacía de la propiedad no inscrita</p>		
---	--	--	--	--	--

1.8. Metodología de la investigación

1.8.1. Aspectos generales

1.8.1.1. Enfoque

Es *cualitativo*, porque evalúa el desarrollo natural de los sucesos, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

1.8.1.2. Tipo

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico sin modificarlo (Sánchez

Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); es decir, explicar la primacía del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú.

1.8.1.3. Diseño

Es *no experimental*, en tanto no existe manipulación de variables, restringiéndose ésta al tratamiento de fenómenos que se han producido ya en la realidad y sobre los cuales no se pueden incidir de otra forma que no sea a lo mucho, mediante la descripción, análisis y explicación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 148).

1.8.1.4. Dimensión temporal y espacial

Es *transversal*, porque estudia los aspectos de desarrollo de la materia a investigar producida durante el periodo 2013 – 2015 (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 151).

1.8.2. Aspectos específicos

1.8.2.1. Unidad de análisis, universo y muestra

a. Unidad de análisis

La unidad de análisis está circunscrita al marco normativo que regula las figuras del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú.

b. Universo y muestra

Debido al tipo de investigación que realizaremos, no es posible señalar un universo y una muestra, ya que el diseño de investigación muestra no es aplicable a la presente investigación, debido, básicamente, a que las connotaciones de la misma apuntan más bien a aspectos teórico-formales del Derecho, antes que a una investigación de naturaleza empírico jurídica, tal y como se corrobora en el detalle hecho al hablar del tipo de investigación. En ese sentido es necesario tener presente que el objeto de una investigación formalista-dogmática, como es la presente, apunta al análisis de las limitaciones, las lagunas o el sentido de las instituciones jurídicas a la luz de sus elementos formales normativos (Witker, 1995, p. 65).

1.8.2.2. Métodos

Es *dogmática – jurídica*, porque busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada sino que busca uniones entre ellas (Ramos Nuñez, 2005, p. 103). Y *hermenéutica jurídica*, en tanto analizaremos e interpretaremos la doctrina y jurisprudencias afines a nuestra investigación.

1.8.2.3. Técnicas de investigación

Se utilizara la *técnica de observación documental*, porque es el análisis de las fuentes documentales, mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos

consultados que son de interés para la investigación. Asimismo también se utilizara la *técnica de la entrevista*, porque se da a través de preguntas y respuestas, se logra una comunicación y la construcción conjunta de significados respecto a un tema (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418).

1.8.2.4. Instrumentos

Las *fichas de observación documental* y el *cuestionario*, que es el instrumento más utilizado para recolectar los datos, consiste en un conjunto de preguntas respecto de una o más variables a medir (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 217).

1.8.2.5. Técnicas estadísticas de procesamiento para el análisis de datos

Serán codificadas mediante un registro sistemático de cuadros a través del software Excel.

1.8.2.6. Limitaciones de la investigación

La presente investigación tiene como limitación la falta de acceso a los expedientes a nivel de Corte Suprema que presentan la problemática del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú.

1.9. Aspectos éticos de la investigación

En la investigación se respetarán las posiciones de los juristas respecto al tema planteado, así como se mantendrá la confidencialidad de las personas que se entrevisten. Asimismo, los autores de la tesis garantizan la originalidad del presente estudio.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Se ha realizado una extensa búsqueda a nivel local, nacional e internacional afines a nuestra investigación. De las cuales podemos citar, entre otras, *la investigación de Sandra Edelmira Sánchez Romero, presentada a la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (2015)*, titulada “Embargo Inscrito vs. Propiedad No Inscrita; La Infinita Pugna en el marco jurisprudencial peruano”, en donde se formuló la pregunta ¿qué criterio jurisprudencial debe seguirse para determinar qué derecho prevalece en las tercerías de propiedad; si el sostenido en el título de propiedad no inscrito del nuevo dueño, o el embargo inscrito a favor del acreedor del anterior propietario? Y se tuvo como objetivo general dilucidar los criterios jurisprudenciales adoptados por nuestra Corte Suprema es el que debe prevalecer, siendo la hipótesis y conclusión a demostrar la siguiente:

El criterio jurisprudencial que debería adoptarse es el que favorece al embargo inscrito frente a la propiedad no inscrita en virtud a un orden legal que brinde seguridad jurídica frente al abuso del derecho de propiedad a nivel social.

Se puede brindar seguridad jurídica en la medida que se establezca un criterio unificado partiendo de la necesidad de un pleno jurisdiccional y de la reforma legal (Sánchez Romero, 2015, p. 65).

Por otro lado, *la tesis presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego, de Lizeth Beatriz Lino Rodríguez (2015)*, titulada “El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el registro de predios garantiza la seguridad jurídica” en donde se planteó como problema ¿De qué manera el establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de

bienes inmuebles en el Registro de Predios garantiza la seguridad jurídica de los usuarios en el Perú 2014? Para lo cual se hizo uso de la interpretación de la legislación vigente y entrevistas a expertos llegando a siguiente conclusión:

El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el Registro de Predios garantiza la seguridad jurídica de los usuarios en el Perú 2014.

Todo acto o negocio jurídico documentado debe ser celebrado a través de escritura pública para su validez y su eficacia; la ley así lo reconoce al momento de su inscripción registral y por esta razón deriva ciertas consecuencias sobre la titularidad de derechos y obligaciones plasmadas en el documento notarial, consecuencias que contribuyen también a reforzar la seguridad de la posición jurídica del titular.

La finalidad del Registro de Predios radica en la protección de los derechos de propiedad a través de la oponibilidad generada por la publicidad registral que esta institución otorga que genera seguridad jurídica sobre los derechos publicitarios.

El establecimiento del Sistema registral constitutivo en materia de transferencias sobre bienes inmuebles, si nos ayudaría a prevenir los problemas que actualmente genera nuestro Sistema registral declarativo, como son: la evasión de impuestos, doble venta y concurso de acreedores, tráfico ilícito inmobiliario, procesos judiciales sobre tercerías y diversos fraudes procesales (Lino Rodríguez, 2015, p. 98).

Finalmente, se tiene la *tesis sustentada en la Pontificia Universidad Católica, de Luis Eduardo Aliaga Blanco* (2012), titulada “La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú”, en donde se hace un análisis de los problemas trascendentales que impiden la inscripción registral de una propiedad, precisando que la causa principal de las dificultades para la inscripción de los actos y contratos en el Registro de Predios es la desnaturalización de su finalidad. La tesis concluye lo siguiente:

La finalidad del Registro de Predios radica en la protección de los derechos de propiedad a través de la oponibilidad generada por la publicidad registral que esta institución otorga, que genera seguridad jurídica (predictibilidad) sobre los derechos publicitados.

Existe una progresiva desnaturalización de la finalidad del Registro de Predios, debido a problemas, factores, costos y requisitos (indirectos y directos) que han ocasionado un desincentivo para la realización de trámites registrales.

(...) La implementación de un catastro multipropósito sofisticado genera altos costos a los administrados desalentando la inscripción y fomentando la informalidad, ya que al priorizar y proteger perímetros y planos determinados con medidas con vocación de exactitud (que no son exactas), se está dejando de proteger los derechos de propiedad de los ciudadanos (Aliaga Blanco, 2012, p. 110).

2.2. Teorías y Bases teóricas que sustentan la investigación

2.2.1. Teoría clásica del derecho real: La propiedad como poder absoluto

Según la escuela del Derecho natural, las normas civiles no pueden prohibir lo que ha sido ordenado por la razón, ni pueden ordenar lo que está naturalmente prohibido. La propiedad es una institución natural, pues si bien las cosas fueron dadas en común a todos los hombres; sin embargo, el reparto mediante acuerdos voluntarios resulta conveniente para la humanidad, pues se previene conflictos y fomenta el uso adecuado de los recursos, por lo tanto, si la propiedad es una figura anterior al Estado, entonces los gobernantes solo pueden reconocerla (Grocio, citado en Rengifo Gardeazábal, 2011, pp. 71-73). De esta forma, el dominio sobre las cosas inanimadas queda configurado como un poder absoluto, queda configurado como un poder absoluto, que ni siquiera la autoridad puede desconocer (Rengifo Gardeazábal, 2011, p. 227).

La teoría clásica también se denomina subjetiva, pues en ella se glorifica la voluntad del propietario para decidir el destino de la cosa a su libre arbitrio. Según esta concepción, el derecho real recae directa e inmediatamente sobre algún bien individualmente determinado, lo que permite obtener alguna utilidad, sin necesidad de intermediario o de una persona obligada. Dentro de este contexto, las características comunes de los distintos tipos de derechos reales son la inmediatez del titular sobre el bien, y la exclusividad que conlleva su oponibilidad frente a los terceros. La inmediatez significa la posibilidad de obtener del bien el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona, pues en teoría no precisa de acto ajeno para satisfacer este interés. Igual ocurre con el acreedor hipotecario, quien puede instar la venta judicial sin necesidad de autorización del propietario del bien inmueble. Por otro lado, la exclusividad implica la facultad de impedir a los demás cualquier interferencia en el goce del derecho (Lacruz Berdejo, 1990, pp. 10-12).

Gonzales Barrón, explica que según esta tesis, los derechos patrimoniales pueden tener por objeto las realidades del mundo exterior (derechos reales) o pueden tener por objeto los actos del hombre (derechos obligacionales). El primero es un derecho que recae directamente sobre el bien, sin necesidad de una persona obligada. El segundo es el derecho de exigir cierta prestación de una persona determinada, que puede consistir en dar, hacer o no hacer (2012, pp. 227-228). Las diferencias principales entre ambas categorías (derechos reales y obligaciones), desde el punto de vista de la teoría clásica, pueden resumirse en los siguientes puntos:

- a. *Los elementos constitutivos:* en el derecho real solo existe la persona (sujeto titular) y el bien. En el derecho obligacional existe un sujeto titular (acreedor) y la prestación debida (conducta consistente en un dar, hacer o no hacer).
- b. *Efectos:* el derecho real genera persecución del bien (el titular puede perseguir el bien contra cualquiera que lo tenga en su poder), a diferencia del derecho obligacional que solo se ejerce contra el deudor. Por otro lado, el derecho real genera preferencia del titular, en cuanto este, por su propia naturaleza, excluye del goce a cualquier tercero. El derecho obligacional, por su carácter relativo, no tiene esta característica.
- c. *Por la estabilidad:* el derecho real es una situación estable de poder sobre un bien, muchas veces de índole perpetua. Por otro lado, el derecho obligacional es por esencia un vínculo temporal, nacido para extinguirse con el pago. El derecho real nace para durar indefinidamente, mientras que el obligacional nace para extinguirse.
- d. *Por los modos de adquisición y extinción:* existen algunos modos de adquisición de los derechos reales (por ejemplo, la usucapion) que son incompatibles con los derechos obligacionales. Igual ocurre con los modos de extinción, como es el caso de la destrucción del bien, que pone fin al derecho real; sin embargo, si ese bien fuera contenido de una prestación, su pérdida no implica necesariamente la extinción de esta, pues la prestación original puede ser sustituida con la indemnización (Rigaud, 1928, p. 85 y ss).

2.2.2. Teoría personalista del derecho real: La propiedad como derecho que impone un deber universal de abstención

Si bien en la teoría clásica, el derecho real es uno que recae, directa e inmediatamente, sobre una cosa individualmente determinada, de la cual se puede obtener la utilidad total o parcial dispensada por la ley, sin que exista intermediario o persona obligada para ello. En cambio, el derecho de crédito se presenta cuando una persona exige a otra una determinada prestación de contenido patrimonial (Rigaud, 1928, p. 85). Al respecto, Kant, planteó la imposibilidad de relacionar las personas con las cosas, en cuanto solo podían existir relaciones entre personas. Tal perspectiva, conlleva a que todo derecho conlleva un deber correlativo impuesto a otra persona, por lo que a los bienes no se les puede imponer deber alguno. Si ello

es así, los llamados reales tienen, en verdad, una estructura idéntica a los derechos obligaciones, esto es, generan una relación jurídica entre personas (Gonzales Barrón, 2012, pp. 230-231).

En este paradigma teórico, los derechos de obligación, en tanto estos sirven para explicar la estructura de todo tipo de prerrogativa jurídica. Así, el derecho de propiedad viene a configurarse como una obligación impuesta a toda la comunidad con el fin de respetar el derecho del titular; por lo tanto no significaría el poder sobre una cosa, sino más bien una obligación de todos para no entrometerse en el derecho de propietario (Peña Bernaldo de Quiros, 1999, pp. 56-57).

2.2.3. Teoría intermedia del derecho: la propiedad como poder absoluto que impone un deber universal de abstención

Esta tesis suma las ideas claves de la teoría clásica y la obligacional. De esta manera el derecho real estaría conformado por un lado interno (poder directo e inmediato sobre una cosa) y uno externo (deber de no interferencia que surge en los terceros a favor del sujeto del titular).

La tesis de Rigaud es la que de cierta manera ha tenido influencia en el Derecho Civil Moderno y constituye un intento serio por superar las deficiencias anotadas en ambas teorías.

En términos lógicos, la propuesta de Rigaud concibe los derechos reales como el resultado de normas permisivas (fuertes y débiles) dirigidas al titular de la cosa y prohibiciones dirigidas a terceros. Solo que Rigaud considera que el aspecto interno es el elemento constitutivo de los derechos reales pueden carecer de los atributos de persecución y preferencia o

ampliar la lista de los derechos reales. Sin duda, esta concepción es la más cercana a un análisis lógico correcto de los derechos reales (Carvalho Fernández, citado en Gonzales Barrón, 2012, p. 232).

El ordenamiento jurídico está conformado por normas regulativas (permisiones, prohibiciones y obligaciones), pero también por normas constitutivas (procedimientos y competencias), entre las que se encuentran las que fijan los procedimientos legislativos o judiciales, o las que establecen los requisitos de validez de un contrato. Las normas regulativas vienen acompañadas de algún tipo de sanción en caso de su inobservancia en cambio las normas constitutivas no generan una sanción, sino que su aplicación incompleta no permite modificar el ordenamiento jurídico. El concepto de propiedad requiere, también, de normas constitutivas que permitan al propietario enajenar el bien (poderes) o que lo defiendan frente a confiscaciones o restricciones arbitrarias (Gonzales Barrón, 2012, p. 232).

2.3. Análisis de las instituciones jurídicas del embargo y de la propiedad en el Perú.

2.3.1. Institución jurídica procesal: El embargo

La aplicación de esta institución jurídica, supone la necesidad de ingresar al proceso cautelar, donde adquiere no solo su verdadera esencia sino también su ubicación sistemática dentro del proceso y que servirá para dilucidar la presente controversia, que sienta a su vez el debate jurídico doctrinario. De allí que, al ser una figura que se encuentra inmersa dentro de un proceso judicial (ya sea medida

cautelar antes del proceso o dentro del proceso), ello supone el ejercicio de una función jurisdiccional de carácter cautelar.

Conforme bien lo explica Piero Calamandrei “la tutela cautelar, es en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia. Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentran en una instrumentalidad cualificada o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera inevitable, un medio predispuesto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; que es, son el relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumento del instrumento” (Calamandrei, 1945, p. 45).

2.3.2. El proceso cautelar

2.3.2.1. Naturaleza Jurídica

Guiseppe Chiovenda, con inusitada claridad expone

el proceso cautelar es de naturaleza civil, pues su finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional firme emergente de un proceso de cognición, de un proceso ejecutivo e incluso de un proceso no contencioso. El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es una forma por si misma de acción (acción segura); y esa pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho garantizado, porque existe como poder actual cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez, también aquí, el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado por la necesidad general de la tutela de derecho,

y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto (Chiovenda, 1948, pp. 281-282).

Siguiendo la misma línea de pensamiento Ugo Rocco, es de la opinión de que

Cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referirnos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar, una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente acaso como un momento o una frase incidental, en otra forma, de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de condena (Ugo, 1977, p. 08).

2.3.3. Autonomía

El proceso cautelar de conformidad con el artículo 635° del Código Procesal Civil, establece la autonomía, en el sentido de independientemente si se plantea la medida cautelar, dentro o fuera del proceso, este se forma en un cuaderno especial, no obstante ello hacemos la precisión de que la eficacia de la decisión final (sentencia) dependerá en cierta medida del proceso cautelar.

Existe un criterio que busca explicar la autonomía del proceso cautelar, al respecto Piero Calamandrei sustenta

en base a un criterio teleológico no en la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus efectos, sino en el fin (anticipación de los efectos de la providencia principal), a que sus efectos están preordenados; ya que estos aparecen desde su iniciación destinados a extinguirse en el momento en que pueden ceder en puesto de la providencia principal (Calamandrei, 1945, p. 137).

2.3.4. Medidas cautelares

La medida cautelar es entendida como aquel mandato del Juez que tiene por objeto asegurar el resultado de un proceso; o el cumplimiento de una sentencia, o cualquier otro título de ejecución. Al respecto Carlos Yaya Martínez, expone

la medida cautelar es la figura jurídica determinada por la ley, mediante la cual el juez, de oficio o a solicitud del interesado, asegura anticipadamente que la providencia que acoja las pretensiones, sea cumplida, en procura de la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancia; en ese sentido la medida cautelar es la garantía de la jurisdicción dirigida a obtener anticipadamente la actuación del derecho objetivo para que al llegar la actuación directa y definitiva mediante el proceso principal pueda hacerse eficaz la garantía, imposible de serlo en caso contrario por el peligro de la forzada duración del proceso (Yaya Martínez, 2006, pp. 85-86).

Por su parte, Juan Monroy Gálvez manifiesta que

la medida cautelar es un instituto procesal, a través del cual el Órgano Jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba (Monroy Gálvez, 1987, p. 42).

Concluimos respecto, a este apartado que la medida cautelar cumple una función importantísima en el momento de verificar el logro de los fines del proceso, las cuales no pueden conseguirse si al momento de obtener una decisión definitiva sobre el fondo, han desaparecido parcial o totalmente las condiciones que permitan el cumplimiento de lo ordenado. Es decir, esta institución jurídica tiene carácter personal, en donde a petición de parte, el Juez podrá aceptar o no la medida cautelar, teniendo como objeto el garantizar la efectivización de la

Sentencia, esto en atención a los Principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Principio de Eficacia.

2.3.4.1. Características de la medida cautelar

a. Prejuzgamiento

Para Enrique Palacios Lino, advierte entre las características de la medida cautelar el prejuzgamiento, el mismo que supone que

el Juez no necesita prejuzgar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal; sin embargo lo que realiza es un análisis preliminar de verosimilitud del derecho, respecto del cual se pide cautela; es decir que el Juez preliminarmente y tomando en cuenta los requisitos del artículo 611 del Código Procesal Civil, valorará si efectivamente corresponde conceder la petición cautelar solicitada (Enrique Palacios, 1789, p. 34).

b. Provisorio

El carácter provisorio de la medida cautelar supone que, puede modificarse en todo tiempo e incluso puede ser sustituida o suspendida, pero siempre y cuando hayan cambiado las circunstancias condicionantes que determinaron en un momento la orden de trabar medida cautelar alguna. Ello supone que,

en virtud de la provisoriedad, tanto el procedimiento cautelar como la resolución que le pone fin, tienen una determinada duración en el tiempo; esto es, si bien la resolución cautelar corre paralelamente a un proceso principal, no aspira en ningún momento a transformarse en definitiva ya que solo responde a la eliminación de un periculum in mora deducible del lógico lapso temporal del proceso ordinario (Angeles Jove, 1995, p. 145).

c. Instrumental

Esta característica supone que la medida cautelar se utilizará en relación a la función de la pretensión que se discutirá en el proceso; por ende se tiene que la instrumentalidad supone que

la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto al proceso en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar. La tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal (Arguello Landaeta, 1989, p. 39).

d. Variabilidad

La variabilidad, supone valga la redundancia la variedad de las modalidades que existen tanto de medidas cautelares sobre el fondo, innovativa, no innovativa, atendiendo a la naturaleza del bien objeto de ejecución. Asimismo se refiere, a “la oportunidad de su presentación; ya que la medida cautelar se puede presentar antes, durante y después de resuelto el proceso judicial, esto es cuando se encuentre en la etapa de ejecución” (p. 41).

La variación de la medida cautelar, será autorizada únicamente por el Juzgador, teniendo éste la facultad de poder admitir tal petición o en su caso denegarla.

e. Jurisdiccionalidad

Ello significa que, las medidas cautelares, no solo responden al Principio de Legalidad sino que también nacen de una

resolución dictada por el Órgano Judicial, siendo este el único ente facultado para conceder o denegar la solicitud de medida cautelar, con el único presupuesto que se encuentra condicionada a la presentación de la demanda posterior.

i. Temporalidad

En palabras de Michael Vidal Salazar quien refiere que,

hay quienes señalan como característica principal de las medidas cautelares su temporalidad, por la cual, pese a producir sus efectos desde el momento en que son concedidas, tienen una duración limitada, con la finalidad de cubrir el lapso de tiempo existente entre la interpretación judicial y la efectividad del derecho, es decir, están condenadas a extinguirse, tanto si se afirma la condición que le dio origen como si se la niega. Siendo esto así tenemos que, las Medidas Cautelares operan únicamente durante la tramitación del proceso originado, del cual éstas son dependientes a su conclusión; es decir, su duración es limitada en razón a que una vez concluido el proceso judicial, éstas ya no tienen razón de ser (Vidal Salazar, 2004, pp. 85-86).

2.3.4.2. Requisitos

a. Verosimilitud del derecho

Para Monroy Gálvez, define como los principales presupuestos o requisitos para la concesión de la medida cautelar a la verosimilitud del derecho “este requisito consiste en que la pretensión demandada, preliminarmente parece amparable, lo cual deberá ser acreditado mediante las pruebas ofrecidas en el proceso. Un derecho es verosímil, cuando reviste la apariencia de verdadero, la certeza del mismo se configurará cuando se adquiere

condición de su existencia, asimismo para decidir la Litis es indispensable que el Juez esté convencido de la certeza del derecho en que se sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados, suficientemente los hechos en que la última reposa.

Es por ello que la actividad probatoria de las partes tendrá por finalidad formarle tal convicción al Juez. Sin embargo tratándose de la medida cautelar, sólo es exigible al peticionante que acredite no la certeza, sino la verosimilitud del derecho en que se funda su pretensión” (Monroy Gálvez, 1987, p. 73).

b. Peligro en la demora

El citado autor líneas arriba, sustenta que el peligro en la demora consiste en “el riesgo de presentarse una ineficacia en la sentencia emitida por el Órgano Jurisdiccional; ya que como actualmente se tramitan los procesos judiciales, estos no se expiden de manera inmediata” (p. 78).

Por su parte, Enrique Palacios “el peligro probable, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar en el sentido de que la tutela jurídica definitiva que el actor guarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos a realizarse; es decir, a raíz del transcurso del tiempo, los

efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes”
(Enrique Palacios, 1789, p. 34).

c. Razonabilidad

Consiste en que el Juez al momento de calificar la medida cautelar, deberá realizar un análisis de proporcionalidad a fin de determinar si la solicitud cautelar es razonable teniendo en cuenta lo que es objeto de la controversia, es decir se evalúa aspectos como la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, al momento de conceder la medida

d. Contra cautela

Por su parte, ello consiste en

garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre de la ejecución cautelar, ya sea una garantía real (hipoteca, dinero, garantía mobiliaria, etc.) o personal (fianza o caución juratoria), que se pone a disposición del Juzgado, la cual al ser admitida, tendrá por objeto asegurar la indemnización que pueda corresponder al afectado haciéndose efectiva sólo en el caso que el derecho que sustenta la pretensión del cautelado sea desestimado (Luis Alvarez, 1990, p. 15).

Asimismo, puede ser entendida como “la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar, para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudiera generar por la traba de ellas en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente” (p. 16).

2.3.4.3. Medida cautelar de embargo

a. Definición

El Código Procesal Civil dedica solo unos artículos a la institución procesal del embargo, en tanto a nivel doctrinario es entendido como la

orden que el Órgano Jurisdiccional dirige al demandado o tercero, para que se abstenga de efectuar cualquier acto encaminado a sustraer la realización coactiva de aquellos bienes que serán objeto de dicha realización. Es una medida cautelar en virtud de la cual el juez pone fuera del comercio determinados bienes, que quedan afectos al proceso donde se decreta (Rocco, 2005, pp. 115-116).

En tanto, Enrique Falcon lo define

como la medida cautelar que, afectando un bien o bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar su eventual ejecución futura, individualiza a aquellos y limita las facultades de disposición y de goce de éste, mientras tanto se obtiene la sentencia de condena o se desestima la demanda principal. Entonces, a partir de lo indicado tenemos que, la medida cautelar de embargo consiste en la afectación jurídica de determinados bienes o derechos que pertenecen al patrimonio del presunto obligado o deudor, a fin de garantizar la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso donde se pretenda hacer efectivo el cobro de una obligación pendiente de pago (Falcón, 2005, p. 146).

En atención a las definiciones citadas, se tiene que el embargo representa un actividad procesal jurisdiccional compleja, que implica la búsqueda de bienes del demandado obligado, la selección de los bienes sobre los que recae la medida cautelar, la futura ejecución forzada y las medidas de garantía, y la afectación de bien se constituye como el acto principal.

b. La Embargabilidad

Es la “idoneidad de un bien para ser objeto de embargo (debiendo reunir dicho bien determinados caracteres para que aquella se configure). La validez y eficacia jurídica de un embargo depende así de una serie de factores como por ejemplo que no sea el bien sobre el que se pretende la afectación legalmente inembargable.

El ordenamiento jurídico asigna a los entes que posean unas determinadas características y que consiste en que tales entes influirán en sentido completamente positivo en la validez y en la eficacia jurídica del embargo que en su caso se practique sobre ellos” (Cachón Cadenas, 1991, p. 104).

i. Condiciones de Embargabilidad

a) Alienabilidad

Para Ochoa Monzo, la alienabilidad implica la

idoneidad objetiva de un bien para ser transmitido por cualquiera de los medios contemplados en el derecho positivo. Un bien es entonces alienable cuando es susceptible de poder ser transferido válidamente a terceros.

Si tenemos en cuenta que a través del embargo se inmoviliza jurídicamente bienes a efecto de la futura ejecución forzada, lo que significa que ésta recaerá sobre los bienes embargados o falta de otra medida cautelar, sería inútil y contraria a la propia función del embargo afectar bienes que no podrán ser objeto de

ejecución forzada por ser alienables, entonces se puede afirmar que la alienabilidad es un presupuesto de la embargabilidad.

Siendo esto así, es imprescindible que concurran en los bienes y derechos objeto de embargo una idoneidad o aptitud para poder ser embargados, la cual doctrinalmente es definida como transmisibilidad o alienabilidad, es clara alusión a la condición que deben concurrir en un bien o derecho para ser embargable, posibilidad o aptitud de un bien o derecho concreto de ser transmitido válidamente a un tercero (Ochoa Monzo, 1997, p. 168).

b) Pertenencia de los bienes del demandado

El mismo autor indicado en el párrafo precedente expone que además de la alienabilidad es necesario que los bienes sean de exclusiva propiedad del demandado,

el patrimonio del sujeto pasivo de la relación jurídica procesal, es el que responde ante una obligación cautelada con embargo, fundamentándose en la extensión de los efectos de todo proceso civil, los cuales alcanzan solo a las partes intervinientes, por ello si el embargo se practica sobre bienes de propiedad de una persona distinta a quien interviene como demandado, se estaría desviando la ejecución forzada hacia un sujeto que no tiene por qué sufrir sus consecuencias al no estar dirigida contra ésta la pretensión principal (p. 170).

c) Suficiencia de los bienes embargados

Siguiendo con la misma línea del pensamiento expuesto por el autor, se tiene que “la cantidad de bienes que resulten indispensables para cubrir la cuantía de la ejecución; es decir al valor global o total de los bienes embargados, lo que significa que el valor de cambio del conjunto de bienes

afectados no puede ser inferior o superior a la cantidad por la que se haya decretado la ejecución” (p. 171).

ii. Beneficios del Embargante

De conformidad, con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se puede colegir que los beneficios del demandante embargante son propios de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, en ese sentido se identifican los siguientes beneficios:

- Consigne que los bienes sobre los que recae dicha medida cautelar sean destinados al pago de su acreencia, una vez que se ingrese a la etapa de ejecución forzada.
- La preferencia respecto del producto que obtenga de la venta forzada de los bienes embargados (siempre que se trate del primer embargo y no concurra con algún crédito privilegiado) (Ochoa Monzo, 1997, p. 66).

iii. Situación Jurídica del Embargo en relación a los bienes afectados

En virtud con lo dispuesto en los artículos 649° y 655° del Código Procesal Civil, se tiene que una vez ejecutada la medida cautelar, ésta no priva a quien sufre la titularidad de su derecho sobre el bien objeto del mismo, caso contrario no sería necesario pasar a la siguiente etapa de la ejecución forzada, consistente en la realización de los bienes embargados.

Es decir, tras la verificación del embargo, el demandado conserva la facultad de disposición sobre los bienes embargados, lo que traería como consecuencia que el adquirente asume el gravamen que importa el embargo, ya que los bienes no pueden enajenarse con la carga del embargo, y en lo que respecta a bienes muebles no opera el ejercicio de tal facultad de disposición por parte del embargado, pues éste es constituido en depositario, por lo que tiene la obligación de conservar los bienes embargados.

iv. Clases de Embargo

Las Medidas Cautelares de Embargo pueden ejecutarse bajo las siguientes modalidades:

- En forma de Depósito
- En forma de Inscripción, respecto a esta clase es la que será materia de análisis y discusión de la presente investigación.
- En forma de Retención
- En forma de Intervención.
- En forma de Administración.

2.3.5. Institución jurídica sustantiva: La propiedad

2.3.5.1. La propiedad en la constitución

En nuestra Constitución Política del Perú de 1993, la propiedad ha sido tradicionalmente considerada como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Es decir, que significa que confiere al titular todas las facultades posibles, esto es, las de usar, disfrutar, enajenar, reivindicar y disponer del bien objeto del derecho. Asimismo, la exclusividad supone que, precisamente por ser absoluto o total, el derecho de propiedad no deja lugar o espacio para otro titular. El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él; en tanto que la perpetuidad implique que no se extingue por el solo no uso, lo cual hace que la prescripción extintiva no afecte a la propiedad y que la acción reivindicatoria sea imprescriptible.

Conforme, bien lo sustenta Jorge Avedaño,

dos de estas características llegan a confundirse. En primer término, la perpetuidad no es posible, se sostiene, que los bienes permanezcan improductivos. A la sociedad le interesa que ellos generen riqueza. El Derecho ampara al poseedor diligente y lo prefiere al propietario negligente, acogiendo así la prescripción adquisitiva. De la misma manera debe sancionar al propietario que no usa o explota, con prescindencia de que otro lo haga. El abandono debe estar sancionado, disponiéndose que el propietario que no posee por un cierto número de años, pierda su derecho. Se cita a este respecto dos normas del Derecho peruano: el abandono de los predios rústicos, que con arreglo a la legislación vigente se produce a los dos años, y el abandono de los predios en general que conforme al Código Civil ocurre a los 20 años. En ambos casos, el predio pasa al dominio público (Avedaño V, 2003, pp. 117-118).

Para Arturo Valencia, expone

se cuestiona el carácter de derecho absoluto. La propiedad tiene limitaciones, impuestas por diversas razones. Las limitaciones a la propiedad son hoy tan importantes como crecientes en extensión y número, y ello en razón directa de la estimación del interés público y del concepto social del dominio. Hay restricciones a la propiedad establecidas en interés público y otras en interés privado. El beneficiario de las restricciones es distinto en uno y otro caso. En las que responden al interés privado, el beneficiario y el obligado por la limitación pueden siempre determinarse, mientras que en las restricciones por interés público los interesados son «indeterminados (Valencia Zea, 1976, p. 207).

2.3.5.2. Función económica de la propiedad

En palabras de Edgardo Mosqueira, se establece que

para el desarrollo de las economías de mercado es imprescindible la definición, el reconocimiento y la estabilidad de los derechos de propiedad, que permitan a los titulares asignarles el uso más eficiente a través de mecanismo del mercado. De la misma forma, un sistema de derechos de propiedad, que permite que la información sobre los mismos fluya entre los agentes económicos, genera que se creen mercados inmobiliarios activos, los cuales son la base de los mercados de capitales (Mosqueira, 2000, pp. 85-87).

Para Hernando de Soto, la inversión realizada por los individuos que tienen la seguridad de que sus derechos de propiedad están seguros va a repercutir en innovaciones e inversiones que serán provechosas para la sociedad. Cabe afirmar, que la existencia de derechos de propiedad seguros incentiva al propietario a utilizar sus bienes de la forma que para él le resulte más provechoso, sin que esta utilización afecte el derecho de terceros y procurando la inversión en su patrimonio. (De Soto, 2000, pp. 204-205). El efecto generalizado y combinado de este proceso, según lo que afirma el mencionado jurista, traerá beneficios a la sociedad.

Por su parte, Vicente Sola señala que

la existencia de derechos de propiedad correctamente protegidos, y en especial la cognoscibilidad que el propietario pueda tener sobre la seguridad de los mismos, determinará la forma como estos se utilizarán para el intercambio en el mercado, ya que, como previamente lo hemos afirmado, la existencia de derechos de propiedad seguros abre el abanico de posibilidades a los propietarios para la realización de las diferentes acciones que el derecho les permite para la afectación de su predios (inversión e innovación sobre los mismos), y asegurar el incremento patrimonial personal y muchos beneficios generalizados más, de los cuales, ya hemos hablado con anterioridad (Vicente Sola, 2004, p. 231).

De allí que la finalidad económica, se evidencia en diversos actos propios de la actividad económica desde la enajenación hasta el arrendamiento del mismo, puesto que el propietario realizará las acciones necesarias para obtener un mayor beneficio en su patrimonio, un claro ejemplo que existe actualmente y que se encuentra de moda, es el derecho urbanístico o inmobiliario, que tiene que ver con la compra y venta de departamento, que si bien no es materia de la presente investigación, sirve para evidenciar la función económica que la propiedad cumple.

No obstante, la función socio económica que cumple la propiedad posee un problema en cuanto al sistema legal de protección refiere, puesto que

en nuestro sistema legal la máxima protección que se le puede otorgar a los derechos de propiedad se consigue con la inscripción registral. Un sistema registral sólido y eficiente que permita la

inscripción sencilla y no burocrática de los derechos de propiedad permite además la definición de los mismos, debido a que definen la titularidad, características, y los demás aspectos que pueden afectar a dicho derecho. Por lo tanto, en una sociedad donde no exista derechos de propiedad definidos, protegidos por el sistema legal, y que esta protección sea de conocimiento de los titulares, la contratación formal sobre dichos derechos se hace más onerosa propiciando el mercado informal (Mosqueira, 2000, p. 16).

En ese mismo sentido, es indiscutible que

si los derechos de propiedad no están definidos y protegidos por el sistema legal su negociación y utilización en el mercado será más onerosa debido a que cada una de las partes necesitará incurrir en mayores costos para celebrar la contratación. Es por la existencia de dichos costos (costos de transacción) que las personas realizan contrataciones informales donde no existe protección alguna de los derechos transferidos o afectados y donde existe alta probabilidad de problemas legales futuros (Aliaga Blanco, 2012, p. 87).

Por ende, considero que la propiedad trasciende los límites de una inversión individual, dado que la propiedad sirve a la economía y esta sirve a la sociedad, pues el tráfico contractual evaluará las transacciones su aumento, disminución, dinamización de la economía y su forma de contribución al país, solo la propiedad cumple su verdadero rol social.

a. Definición

A lo largo de la historia y en diferentes épocas se le ha brindado un tratamiento distinto a la propiedad, para ello a continuación se expondrá algunas definiciones de autores expertos en la materia que busca definir esta institución, para posteriormene proponer nuestra definición.

Etimologicamente la palabra Propiedad procede del término “*Propietas*” que según Eugenio Ramírez Cruz deriva de “*Propium*” lo cual puede traducirse como “lo que pertenece a una persona”, “lo que es propio de ella”, “en su acepción más genérica y amplia, propiedad hace referencia a lo que pertenece a una persona de manera cercana y próxima” (Ramírez Cruz, 2005, p. 79).

En tanto, Arturo Valencia expone que “la propiedad privada es, pues, el dominio libre y total de la voluntad de una persona sobre cualquier medio o instrumento de producción, sobre todos los bienes que se produzcan, sobre las mismas producciones de la inteligencia y sobre la fuerza de trabajo de los trabajadores que se compra por un salario” (Valencia Zea, 1976, p. 313).

Mientras que Alberto Vásquez Rios, indica “el derecho de propiedad es el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o derechos del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad, sino que son sólo aspectos parciales del señorío total que esa es” (Vásquez Rios, 1996, p. 43).

Para Manuel Albaladejo “la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa” (Albaladejo, 1977, p. 243); en tanto que Manuel Peña sostiene que “podríamos definir la propiedad como el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa” (Peña de Berdando de Quiros, 1986, p. 98).

Una definición mas funcionalista es la que propone Yoram Barzel quien sustenta “el derecho de propiedad sobre un bien es el poder que tienen los individuos para consumir, obtener ingresos y enajenar un bien” (Barzel, 1989, p. 21).

De ello podemos colegir, que la propiedad, constituye un derecho fundamental que guarda estrecha vinculación con la libertad personal y de manera específica con la libertad económica, dado que supone un poder jurídico pleno (amparado y protegido por el derecho), en virtud del cual se le confiere a propietario un conjunto de facultades permitidas por el ordenamiento jurídico, a efectos de que pueda ejercer y explotar económicamente un bien que se encuentra dentro de su dominio.

b. Características

Para Gonzales Barrón, identifica de manera muy precisa las 4 principales características del derecho de la propiedad, las cuales son:

Derecho Real: Se ejerce en forma directa e inmediata un ámbito de poder sobre un bien, generando la permanencia de este a un sujeto.

Derecho Exclusivo: Este carácter se genera debido a que el derecho puede recaer sobre una persona o un conjunto de personas, que solo el propietario tiene la posibilidad de servirse y sacar provecho del bien que le pertenece, tiene un monopolio sobre el mismo.

Derecho Perpetuo: la propiedad está llamada a durar indefinidamente a favor del propietario, pero esto no impide las hipótesis excepcionales de algunas propiedades temporales. Es por tal motivo que la propiedad puede ser considerada como tentativamente perpetua (González Barrón, 2002, p. 233).

2.3.5.3. Sistemas clásicos de transferencia de propiedad

a. El sistema romano

El reconocido jurista y maestro Max Arias, nos menciona que “en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: la mancipatio y la in jure cessio para las res mancipi y la traditio para las res nec mancipi. Respecto a la primera que se empleaba para la enajenación de las res mancipi, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos en una balanza, las librepens, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas

sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición. En tanto que la *in jure cessio* para la *res mancipi* utilizada también para la transferencia de la *res mancipi*, era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquirente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanaba a ello. La *traditio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec mancipi*. Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe)” (Arias-Schreiber, 1998, p. 307).

b. El sistema francés

En jurista Jorge Ripert, expone que “el Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos indica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino solo de poner al adquirente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan. Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (convención), sin necesidad de la tradición (entrega); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento” (Ripert, 1988, p. 111).

c. El sistema alemán

En este Sistema “la transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “Ausflussung” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “auflassung” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que esté al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido.

El “Auflassung” también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la “in iure cessio” era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del

acciónate entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro” (La Puente Lavalle, 2002, p. 104).

2.3.5.4. Sistemas contemporáneos de transferencia de propiedad

a. Sistema de unidad de contrato

i. Sistema Transmisivo de la causa única

Para Hugo Forno, “el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga pública la adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para -producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- está en la capacidad de producir efectos reales.

ii. Sistema Consensual o espiritualista

Sólo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su más lato grado la autonomía de la voluntad (hoy autonomía privada) es aquella posibilidad que

tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico.

iii. Sistema transmitivo de doble causa

a) Sistema Real o de tradición

Se encuentra reconocido por nuestro ordenamiento, y los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 del su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles).

b) ii.2. Sistema Registral

En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado solo para inmuebles por el sistema brasileño (art. 676 de su C.C.).

b. Sistema de separación del contrato

El sistema de separación tuvo su origen en la revisión crítica a la que fue sometida en Alemania del siglo XIX la teoría del título y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición.

Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real” (Hugo, 1993, pp. 77-87).

2.3.5.5. Teoría del título y modo

En palabras de Diez Picazo, se establece que “el Título (palabra utilizada aquí, no en el sentido de documento, sino en el de fundamento jurídico) es el acto (por ejemplo, compraventa) por el que se establece la

voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho; y el Modo, es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con ánimo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente.

Sin modo subsiguiente, el título es insuficiente para producir la adquisición del derecho real y sin título previo, la entrega (el modo) no transfiere (hacer adquirir al que la recibe) el derecho real. Por ejemplo, si no hubo anteriormente contrato de compraventa, pero se entrega la cosa, el que la recibe adquiere su posesión (ya que esta es la tenencia efectiva de la misma, y esa la ha recibido), pero no se convierte en dueño (no adquiere la propiedad: derecho real)” (Díez-Picazo, 1983, pp. 648-649).

En tanto que, La Puente sostiene que “la doctrina peruana se encuentra dividida en dos sectores: uno de ellos opina que el sistema peruano de adquisición de la propiedad esta articulado en la aplicación de la teoría del titulo y el modo para el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión solo consensus para el caso de los bienes inmuebles; el otro sector sostiene que tanto para el caso de los bienes muebles como para el de los bienes inmuebles debe aplicarse la teoría del titulo y el modo” (La Puente Lavalle, 2002, pp. 23-24).

a. El sistema peruano

Max Arias, indica que

el sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del artículo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el artículo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del título (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados (Arias-Schreiber, 1998, p. 143).

b. Facultades inherentes al dominio

i. Facultades Materiales

a) Uso

El Ius Utendi significa que “el propietario puede utilizar o servirse de la cosa. La facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que implique su destrucción inmediata. Si se llega hasta la apropiación de los productos, el uso se transforma en goce; y si la primera utilización de la cosa envuelve su destrucción, el uso se confunde con el consumo.

El ir más allá de las limitaciones propias de la facultad de uso, carece de importancia para el propietario, pues

también tiene las facultades de goce y consumo. El problema cobra importancia respecto de los titulares de otros derechos sobre la cosa, distintos al dominio. Así, el usuario, es decir el titular del derecho real de uso, sólo tendrá esta facultad, sin participación alguna en los frutos de la cosa; excepcionalmente, podrá apropiarse de ellos, pero restringiendo su goce a una parte limitada de los mismos. Tratándose del derecho real de usufructo, el usufructuario, aunque tiene el uso y el goce carece de la facultad de consumo, pues está obligado a conservar la forma y sustancia de la cosa dada en usufructo, salvo en la figura especial del cuasiusufructo.

b) Goce

Llamada también Ius Fruendi, es la que habilita para apropiarse los frutos y los productos que da la cosa. Precisamente en virtud de la facultad de goce el dueño de la cosa pasa a serlo de los productos y frutos de ella. Nuestro CC. sin embargo, como el CC. francés, justifica la adquisición de los frutos y productos por el modo de adquirir llamado accesión, concepción “inútil y falsa”, como dice la doctrina. La verdadera accesión es justamente lo contrario de la producción. En efecto, mientras en virtud de la primera o accesión continua una cosa pierde su existencia

propia identificándose con otra, por la segunda, llamada accesión discreta, una cosa nueva adquiere existencia destacándose de aquella de que formaba parte. En realidad, la accesión discreta, la que tiene lugar por producción, no es sino el ejercicio de la facultad de goce o disfrute.

c) Disposición Material

El *Ius Abutendi* es el que habilita para destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla. La facultad de disposición material representa la facultad característica del dominio. Los demás derechos reales, si bien autorizan a sus titulares para usar y gozar de una cosa ajena de una manera más o menos completa, jamás dan poder para destruirla o transformarla; siempre implican la obligación de conservar su forma y sustancia.

ii. Facultades Jurídicas

En un *sentido restringido*, es el poder del sujeto para desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, sea o no en favor de otra persona, y sea por un acto entre vivos o por un acto por causa de muerte. Son formas de disposición la renuncia, el abandono y la enajenación. La enajenación podemos visualizarla en un sentido amplio o en un sentido estricto.

En un *sentido amplio*, la enajenación es todo acto de disposición entre vivos, por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona, o constituye sobre su derecho un nuevo derecho real en favor de un tercero, nuevo derecho que viene a limitar o gravar el derecho del propietario.

En un *sentido estricto*, y más propio, la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona. En otras palabras, es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho para que pase a formar parte del patrimonio de otra persona. En la acepción amplia, se enajena tanto cuando se transfiere el dominio como cuando se constituye una hipoteca, prenda o servidumbre; en el sentido estricto, sólo se enajena cuando se transfiere el derecho, debiendo hablarse en los demás casos sólo de una limitación o gravamen al dominio” (Orrego Acuña, 2015, pp. 30-34).

2.4. La relación entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú

El VII Pleno Casatorio Civil, busca resolver aparentemente el tema de tercería de propiedad, existiendo argumentos para ambas partes, no obstante ello se presentarán argumentos capaces de rebatir los argumentos del pleno, que demostrarán que debió privilegiarse el embargo inscrito, de allí que, la relación se encuentra estrechamente vinculada con la tercería de propiedad y la oponibilidad de derechos contenida en el artículo 2022° del Código Civil, de allí que en el presente acápite se analizará los dos

elementos relevantes que involucran a las instituciones del embargo y la propiedad previamente descritas.

2.4.1. Aspectos generales de la tercería de propiedad

La figura de la tercería se encuentra regulada en el Código Procesal Civil (dentro de la Sección Quinta: Procesos Contenciosos, Título II: Proceso abreviado, Subcapítulo 5°) en los artículos 533°, 534°, 535°, 536°, 537°, 538° y 539°. De allí que la relación se evidencia cuando se plantea el embargo respecto de un bien que figura en el registro a nombre del deudor (demandado), y frente a él, el derecho de un tercero que aduce ser el propietario de un bien a razón de una transferencia que no inscribió o registro en su oportunidad, de allí que plantea esta figura procesal con la finalidad de que se levante el embargo trabado sobre el bien que considera de su propiedad.

Iniciaremos este acápite señalando lo que el artículo 533° del Código Procesal Civil, esboza, al respecto:

La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

Habiendo expuesto la definición legislativa, conviene citar la postura de Cesar Luperdi, quien sostiene que la tercería de propiedad 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 (Luperdi Gamboa, 2004, pp. 59-80).

Ello concuerda, con lo señalado en el Código Procesal Civil en el artículo 642° cuyo texto reza:

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, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.

Por su parte la jurista Marianella Ledesma expone sobre el particular

Es una medida cautelar que garantiza la ejecución de la sentencia que se dicte en un proceso, cuando este persigue una pretensión apreciable en dinero. Esta afectación se realiza en el momento inicial del proceso, incluso con carácter previo (...), quedando de esta manera asegurada la efectividad de la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte. (...) requiere necesariamente de la exigencia judicial de una deuda, la misma que puede ser en metálico como en especie; en este último supuesto, se debe expresar en dinero la deuda que se reclame (Ledesma Narvaez, 2008, p. 170).

2.4.1.1. Fundamentos de la tercería

El proceso judicial, vincula solo al demandante y al demandado, no obstante ello en algunos casos, se extiende también a terceros que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de ejecución. Así también lo ha hecho saber nuestra Corte Suprema cuando ha precisado 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 el 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 (Casacion, N° 1859-97, p. 4424).

En otras palabras, el tercero defenderá su derecho interviniendo en el proceso judicial, ello a fin de evitar las consecuencias jurídicas de una sentencia desfavorable; en el segundo, lo hará conservando su calidad de tercero para reclamar el dominio del bien embargado, o una distinción sobre el producido de la venta de la misma para el pago de su crédito, dado que la sentencia que recaiga en el proceso pueda afectar los intereses propios de un tercero, o el bien de ese tercero, encontrándose legitimado para demandar o ser demandado en el juicio.

Conforme bien lo precisa Rioja Bermudez, en este tipo de procesos es necesario conocer las partes intervinientes, “en este supuesto, aparece en la litis quien se denomina como tercero interviniente, una persona que comparece por iniciativa propia, en defensa de su patrimonio o derechos, en un pleito iniciado por otros, cualquiera sea el estado y la instancia en que se encontrare aquél.

Tercero: persona que nada tiene que ver con la relación jurídica sustancial. Ej. Contrato de compra venta. Extraño en proceso.

Tercería: persona que está legitimada para ingresar a una relación procesal. Pretensión procesal: acción procesal.

Tercerista: el juez acepta participación de tercera persona como parte del proceso” (Rioja Bermudez, 2010, p. 163).

2.4.1.2. Competencia en materia de tercería

En cuanto a este tipo de procesos, se tiene que la tercería se tramitan en la vía abreviada, conforme lo precisa el artículo 486° del Código Procesal Civil. Por lo tanto los jueces competentes para su conocimiento son los civiles y los de paz letrado (artículo 488° del CPC).

No obstante, conforme lo expone Rioja Bermudez

en la medida de que la tercería presupone un proceso ya iniciado en el cual se encuentra pendiente la ejecución de un bien que no es de propiedad del deudor principal de la obligación incumplida (o de un tercero responsable), su trámite corresponde que lo conozca el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, o el juez que ordenó la medida cautelar que afecta el bien (artículo 100° del CPC). Por esa razón se dice que la naturaleza de este proceso es incidental, en tanto su trámite no puede desligarse de la competencia del juez que conoce el proceso principal. (Rioja Bermudez, 2010, p. 171).

En tanto que Eugenia Arano indica que

la clave para determinar quien es el Juez competente esté justamente en el artículo 100° del CPC, artículo en el que cayendo en un viejo equivoco, se concibe a la tercería como una intervención de terceros, cosa que obviamente no es tal pues la tercería promueve un proceso declarativo autónomo a instancia del tercerista en contra de las partes del otro proceso y no una inserción de un (hasta ese momento) tercero en un proceso pendiente inter alios. Pero la (quizá única) valía del artículo 100 del CPC está justamente en que al discurrir impropiamente de intervención nos está indicando ante quien se debe plantear la tercería como toda intervención ante el juez del proceso (Ariano Deho, 2004, pp. 03-17).

Finalmente, se ha precisado que en un proceso puede intervenir un tercero, esto es, una persona natural ajeno a la relación sustantiva que la

originó y a la relación procesal instaurada, quien pretende que se le reconozca su derecho en posición a los litigantes en dicho proceso, producto de una medida cautelar planteada sobre un bien de su propiedad, es así que el juez de la pretensión principal resulta competente para que conozca la acción de tercería interpuesta.

2.4.1.3. Clases de tercería

Existen a nivel procesal y doctrinario dos clases de tercería, la tercería de propiedad (o excluyente de dominio) y la tercería de derecho preferente (o de pago), en el presente caso se tratara la primera, pues es sobre la base de esta en que el VII Pleno se ha pronunciado, sin tomar en cuenta los aspectos sustanciales del embargo inscrito, que debio prevalecer sobre la propiedad nos inscrita.

a. Acción de tercería de propiedad o de dominio

Para Rioja Bermudez 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” (Rioja Bermudez, 2010, p. 172).

En tanto, Hinostroza Mínguez, expone

es el proceso destinado a acreditar el dominio de un bien sobre el cual recae una medida cautelar o para la ejecución dictada en otro proceso, para si lograr su desafectación por

haber sido dicha medida indebidamente solicitada y decretada. Sin embargo precisa además que, la tercería de propiedad también puede ser promovida con el objeto de lograr la cancelación de las garantías reales que afectan el bien del tercero perjudicado, siempre y cuando su derecho de propiedad se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación real en cuestión (Hinojosa Minguez, 2010, p. 397).

En palabras de Montero Aroca se tiene que

por medio de esta tercería se formula por el tercero oposición a un acto concreto de embargo, pidiendo que se levante la afección decretada sobre un bien determinado. Para ello el tercero tiene que afirmar, bien que es dueño de ese bien (y que no lo ha adquirido del ejecutado una vez decretado el embargo), bien que es titular de un derecho que, por disposición legal, puede oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien embargado como perteneciente al ejecutado. El objeto de la tercería se reduce así al alzamiento del embargo, que es pedido por el tercerista y que es negado por el ejecutante y, en su caso, por el ejecutado, los cuales no pueden pedir cosa distinta (Montero Aroca, 2001, pp. 763-764).

i. Condiciones de la acción de tercería

De conformidad con los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil establecen los presupuestos objetivos y subjetivos, cuya concurrencia determina la obtención de la tutela judicial correspondiente a la tercería de dominio. Dentro de dichos presupuestos podríamos distinguir aquellos relativos a la (forma) admisibilidad de la demanda de tercería; y aquellos relativos al fondo de la pretensión.

ii. Principio de prueba por escrito

En virtud a lo señalado por Ortells Ramos este principios

consiste en que junto con la demanda se acompañe medio probatorio suficiente (documento público o privado) que permita, sin prejuzgar el fondo del asunto, poner de manifiesto al magistrado la titularidad del tercerista sobre el bien o derecho embargado. Nos hallamos ante un especial requisito de admisión de la demanda, cuya exigencia está justificada porque la repercusión que la admisión de la tercería tiene sobre la ejecución – suspensión de la actividad ejecutiva sobre los bienes y derechos a los que se refiera– hace aconsejable que el tercerista acredite que su pretensión cuenta con un mínimo de fundamento (Ortells Ramos, 2002, p. 980).

Dicho de otro modo, el requisito de admisibilidad de la demanda no debe confundirse con la obligación de la parte de anexar a su escrito de demanda todos aquellos documentos en que la misma sustente su pretensión, ni con la idea de que la aportación documental inicial sea el único medio para acreditar el fundamento de la pretensión.

Conforme señala Rodríguez Garcés

el tercerista debe probar de acuerdo con las reglas generales su derecho de dominio sobre los bienes embargados. Debe probar que la cosa embargada es la que reclama, y precisar la identidad de ella en tal forma que lleve al convencimiento del juez que lo que se reclama y le pertenece es precisamente el objeto embargado y no otro (Garces, 1967, p. 309).

Por su parte Alsina, precisa que

cuando lo embargado fuese mueble es necesario hacer un distingo. Si el tercerista se encontraba en posesión de la cosa en el momento del embargo, probada la posesión corresponde hacer lugar a la tercería, porque el poseedor tiene a su favor la presunción de la propiedad. Aunque ninguno de los documentos presentados para justificar la posesión prueben por sí solos la verdad de la fecha expresada en ellos, respecto de terceros, el conjunto de indicaciones concordantes que ellos suministran autoriza la procedencia de la tercería deducida si no hay antecedentes b de la posesión anterior del ejecutado (Alsina, 1963, pp. 346-347)

iii. La existencia del embargo sobre bienes y derechos

En principio iniciaremos precisando que la tercería debe ser interpuesta en cualquier momento antes de que se inicie el remate del bien, el primer momento debe situarse cuando el bien se haya embargado, aunque el embargo sea preventivo, pero que incluso se encuentre en ejecución, para su posterior remate. En consecuencia, se debe de tener en cuenta el artículo 611° de la norma procesal que establece el contenido de la decisión cautelar así como el artículo 638° y 641° referido a la ejecución de la medida efectuada por funcionario público o realizada por secretario respectivo.

Y tal como indica lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 534° en relación a la tercería de propiedad puede realizarse en cualquier momento hasta antes de que se inicie el remate del bien y para el supuesto de derecho preferente hasta antes que se realice el pago al acreedor.

Sobre el particular Lino Palacios indica “la admisibilidad de las tercerías cualquiera sea su clase, se haya condicionada a la existencia de un embargo. En caso contrario no existiría interés jurídico que la sustentase, porque aun en la hipótesis de que en un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre el dominio de un bien de propiedad del tercerista, o sobre un crédito de éste relacionado con la cosa litigiosa, la sentencia que en ese proceso se dictará le sería inoponible y carecería por tanto de toda virtualidad para despojarlo del bien o de un derecho preferencial sobre él.

No basta, por otra parte, que el embargo haya sido ordenado, Además es necesario que haya sido efectivamente trabado. Cabe señalar asimismo, que la jurisprudencia ha extendido la admisibilidad de tercerías frente a la existencia de otra clase de medidas o situaciones procesales cuyas consecuencias equivalen esencialmente a las del embargo. De allí que se haya decidido que la pretensión de tercería puede ser interpuesta con motivo del secuestro” (Lino, 1983, p. 276).

iv. Presupuestos relativos al fondo de la pretensión

a) No tener la condicion de parte en la ejecución

El tercero es aquel sujeto que no tiene nada que ver con el procedimiento principal y que a su vez es extraño a la relación obligacional que mantienen ejecutante y ejecutado. Es así que, en palabras de Montero Aroca se sustenta que “el actor de la tercería ha de tener necesariamente la condición de tercero respecto del proceso de ejecución, lo que significa que no tiene legitimación quien ya es parte en ese proceso o sujeto pasivo de la ejecución forzosa” (Montero Aroca, 2001, p. 94).

Pero ser parte en la ejecución no es estar personado como tal en la misma, sino como ha señalado Ortells Ramos “no haber sido puesto en la posición de partes ejecutadas como consecuencia de la actividad ejecutiva” (Ortells Ramos, 2002, p. 975).

b) Tener la calidad de propietario o titular del bien o derecho materia de embargo

Tal como establece la norma procesal y que ha sido aclarado por el VII Pleno Casatorio Civil, materia de crítica, la tercería de propiedad únicamente puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente o para la

ejecución. De allí, pues, que “la tutela de la tercería de dominio no solo puede concederse al titular de un derecho de propiedad sobre el bien embargado sino a aquellos otros titulares de derechos, distintos del de propiedad, pero susceptibles de ser objeto de un embargo indebido (v.gr. titularidad de cuentas bancarias, derecho de usufructo, derecho de copropiedad, etc.). No obstante lo anterior, lo cierto es que la gran mayoría de los supuestos que en la práctica originan el planteamiento de una tercería de dominio tienen como base el derecho de propiedad” (Rioja Bermudez, 2010, p. 180).

De allí, que constituye un requisito esencial que el tercerista deberá acreditar fehacientemente que en la adquisición de su derecho han concurrido todos los requisitos exigidos por la ley civil, procesal civil, registral para que surta efectos dicha adquisición y, en particular, cuando se trate de adquisiciones derivativas, y por actos *inter vivos*, que hayan concurrido el título y el modo.

Para Ramiro Podetti, sobre el particular, expresa “el título al cual se refieren estas disposiciones legales, no es necesariamente el título traslativo de dominio, otorgado de acuerdo con las prescripciones legales sino el que prima

facie, acredite el derecho del tercerista (no olvidemos que estamos tratando aquí solo la admisibilidad de la demanda)” (Podetti, 2004, p. 80). En ese orden de ideas, se tiene que la tercería de propiedad es una pretensión propia del derecho afectado con una medida cautelar –en este caso embargo-, el mismo que no constituye una petición dentro de proceso, sino una solicitud del que se encuentra afectado.

c) Adquisición del bien o derecho con anterioridad a la afectación del embargo

Bien como lo precisa Rioja Bermudez, “la exigencia de este requisito es evidente, toda vez que la anotación de embargo no limita las facultades de disposición del titular del bien embargado. Ahora bien, debido a que la transmisión de bienes o derechos embargados es perfectamente posible y válida en el ámbito de las relaciones jurídicas y, en virtud del principio de seguridad jurídica, esa transmisión no puede perjudicar la expectativas de cobro del acreedor ejecutante, ni amparar la sustracción de un bien del deudor perseguido en un procedimiento de ejecución” (Rioja Bermudez, 2010, p. 181).

No obstante ello, no basta que el tercerista sea el propietario del bien embargado en el momento en que se

interpone la tercería, sino que ha de serlo en el momento anterior a aquel en que se produzca el embargo, con independencia del momento en que se le de publicidad a la misma. De allí que la prevalencia entre el derecho del tercerista y el del acreedor ejecutante, será determinada por el momento cronológico en que se produjo la adquisición de bien y aquel en que se produjo el embargo, independientemente de la publicidad registral.

v. Efectos de la Tercería de Propiedad

En cuanto a los efectos, la norma procesal civil prevee dos, los mismos que son:

- Si el tercerista acredita su derecho de propiedad con documento público o privado de fecha cierta. Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordena la venta de los bienes. En los casos que los bienes estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa, el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería.
- Si el tercerista no acredita su derecho de propiedad con documento público o privado de fecha cierta, 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.

b. La oponibilidad de derechos contenida en el artículo 2022° del Código Civil

El VII Pleno Casatorio Civil, ha pretendido brindarle un mayor sentido e interpretación jurídica del artículo 2022° del Código Civil, de manera específica el segundo párrafo, cuyo texto prescribe:

Para oponer derechos reales 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 de derecho común (resaltado es nuestro).

De ello, se desprende que la controversia que fue aparentemente aclarada por el pleno, fue sobre la controversia existente entre los derechos de naturaleza diferentes, esto es, el derecho real (propiedad no inscrita) y el derecho personal o de crédito (embargo inscrito), donde la propia norma establece que se deben recurrir a las normas que regulan el derecho común, derivándose de esta manera la necesidad de conocer la oponibilidad de ambos derechos que son subjetivos, ambos como mecanismos de la seguridad jurídica.

Sobre el particular, se tiene que “la seguridad jurídica tiene a la publicidad como uno de los instrumentos que garantiza su eficacia a través de efecto erga omnes. La cognoscibilidad general es un elemento fundamental para la organización del sistema de oponibilidades en el derecho; siendo que, a diferencia de la posesión, la publicidad registral constituye un mecanismo más eficiente para oponer derechos.

La inscripción registral, nos permite no sólo con facilidad informarnos sobre la real situación jurídica del bien inmueble inscrito sino también nos permite que terceros, a través del efecto erga omnes, respeten nuestro derecho de propiedad. La inscripción registral no acredita la titularidad del bien inscrito y menos que dicho bien inscrito corresponde al área o perímetro que se indica en la inscripción más cuando nuestro sistema registral es declarativo” (Amorós Guardiola, 1998, p. 27)

En la Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil, a fin de sustentar la necesidad de la regulación de la publicidad formal, se argumenta que el artículo 2012 sólo “encierra (...) un aspecto parcial de la publicidad, al establecer este dispositivo una ficción legal cuya aplicación aislada sin otorgar la posibilidad efectiva de acceso al Registro implicaría un grave problema, referido al hecho de que las personas no puedan

materialmente conocer aquello que la ley presume de su conocimiento” (Exposición de Motivos Oficial 1984, 1989, p. 15).

En ese sentido, Orihuela Iberico expresa que “para que funcione adecuadamente este precepto (artículo 2012), los reglamentos especiales (...) deberán ser sumamente severos (sobre) la forma en que esta publicidad se lleve a cabo y que los mismos deberán prever sanciones en caso de certificados y copias fraudulentas, en las que se desnaturalice el contenido de los asientos registrales o se empleen fórmulas vagas o ambiguas, así como la negligencia o culpa por su demora al expedirlas(...)” (Orihuela Iberico, 1991, p. 481).

De lo expuesto, se puede colegir que la regla contenida en el precitado artículo busca determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan, más aun si se trata de un “enfrentamiento entre un derecho personal versus uno real, 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” (Pizarro Aranguren, 1997, p. 227).

Conforme se aprecia, el citado jurista sin mayor fundamentación concluye que ante el conflicto entre derechos de diferentes naturaleza, debe prevalecer el derecho de propiedad, criterio que no compartimos, pues tal y como se demostrará en lo referente a la constratación de la hipótesis, existen elementos suficientes para la prevalencia del derecho personal sobre el real, y la clave de ello se encuentra en la denominada oponibilidad de derechos contenida en el derecho registral y que el VII Pleno ha pretendido desconocer.

Si bien es cierto que la oponibilidad de derechos no ha sido tomado en cuenta por el Reglamento General de los Registros Públicos, si lo ha regulado el Código Civil, comunmente conocido como la oponibilidad de los inscrito frente a lo no inscrito, de ello se deduce que todo lo inscrito, en este caso el embargo inscrito es oponible a lo no incrito es decir al derecho a la propiedad y la inversa lo no inscrito es inoponible a lo inscrito, pero ello solo procederá cuando exista confrontacion de derechos.

Según Álvaro Delgado “el primer párrafo del artículo 2022° quedaría reservado para solucionar el posible conflicto entre derechos reales cuando al menos alguno de ellos no genere una obligación de dar y el correlativo derecho de exigir la entrega. El segundo párrafo indica las reglas que se utilizan si se confrontan

derechos de distinta naturaleza (Ej. Derechos Personales contra Derechos Reales). Este principio se establece tanto en el artículo antes citado como en el artículo 1135 del Código Civil Peruano, como también en regulaciones específicas tal es el caso del artículo 1670 (conurrencia de arrendatarios). El artículo 1135 establece el orden de prelación cuando concurren diversos acreedores sobre un mismo inmueble, se puede advertir claramente la aplicación del principio, ya que prevalece el tercero adquirente de buena fe que inscribe su derecho. Esto también podría relacionarse con el principio de buena fe Pública Registral” (Delgado Scheelje, 2000, p. 30).

La Corte Suprema ha sentado que en “los procesos de tercería la cuestión de fondo se refiere a una oponibilidad de derechos de distinta naturaleza, no de establecer si existe el derecho de propiedad no inscrito que el demandante alega, al contrario, si es que dicha propiedad es oponible o no al embargo que el acreedor ejecutante ha inscrito; sobre el particular están de acuerdo tanto los defensores de la propiedad no inscrita como los del embargo inscrito. Entonces, la cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos, el supuesto conflictivo explicado debe ser resuelto por normas sustantivas y no por normas procesales” (Ninamancco, 2013, p. 05). Al respecto, Pau Pedrón precisa que los:

Los “derechos reales son derechos subjetivos que recaen sobre una parte del mundo exterior, y responden al sentimiento natural del ser humano de tener. Esta idea de tener, implica necesariamente excluir a los terceros de la cosa. Por tal razón, un poder sobre las cosas tiene necesariamente una característica externa de absolutez u oponibilidad. Ésta siempre es un elemento externo, una característica o un reflejo de la tutela que el ordenamiento otorga a determinadas situaciones jurídicas; pero no significa su contenido esencial. Los derechos subjetivos de carácter real constituyen el reconocimiento normativo del interés sobre una cosa, frente al cual los terceros se colocan en una situación de extrañeza total; y en el que no existe un deber de éstos frente al titular del derecho. No hay, pues, relación de cooperación como sucede en el ámbito de las obligaciones.

El prius o antecedente lógico de la exclusividad (u oponibilidad, pues son sinónimos jurídicos), se encuentra en la realidad que lo sustenta, esto es, en el mundo de las cosas o de los fenómenos. Por tanto, la absolutividad (u oponibilidad) no es una característica intrínseca del derecho real, es su consecuencia lo que es inherente y duradero debe afectar a todos (2001, p. 271).

El autor citado en el parrafo precedente expone “la oponibilidad no es más que el rasgo de tutela intensa que siempre ha caracterizado a la propiedad y a las situaciones jurídicas que atribuyen poderes directos e inmediatos sobre las cosas. No es, pues, un concepto-base, es más bien, un efecto o consecuencia de lo que sí representa una columna base de la mentalidad occidental, que es la idea de pertenencia. Esta afirmación no significa, obviamente, que la propiedad sea un concepto unitario a lo largo de la historia, pero sí alude al hecho de que la propiedad ha sido, en todo momento, un poder directo e inmediato sobre un bien (inherencia), tutelado por el ordenamiento de la manera más

intensa. La propiedad en todo momento siempre se ha constituido como un mínimo de absolutividad y exclusividad, bajo pena de no ser auténtica propiedad. Inclusive el dominio útil de creación medieval constituyó toda una gama de poderes sobre una cosa que le dotaron de exclusividad, y por lo que se consideró una auténtica propiedad (Pau Pedrón, 2001, p. 273).

i. Oponibilidad entre los derechos reales

Este conflicto ya ha sido resuelto por la primera parte del artículo 2022° del Código Civil, puesto que el derecho real que se este oponiendo a que la demanda sea declarada fundada su derecho de propiedad tendrá que estar inscrito mediante documento de fecha cierta y con anterioridad, quedando a criterio del Juzgador el deber de valorar el medio probatorio que se ofrezca; en virtud a los requisitos que expusimos en el primer acápite de la presente investigación.

ii. Oponibilidad entre derechos personales y reales

La oponibilidad dentro de un proceso de tercería de propiedad dependerá, de la inscripción de la propiedad en Registros Público, pero ello, solo cuando se enfrente a un derecho real previamente inscrito. En ese sentido, constituye un problema común en la reiterada jurisprudencia determinar la oponibilidad de la propiedad no inscrita frente al embargo

en forma de inscripción, y aunque el VII Pleno ha establecido que se deberá privilegiar al derecho de propiedad no inscrita (bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos), aun existen posturas que entienden que la propiedad por ser un derecho real deberá vencer al embargo que es un derecho personal; sin embargo, otros consideran que como el embargo se basa en la confianza y muchas veces en la buena fe pública registral, debe vencer a la propiedad, nosotros nos adherimos a la última postura.

Se debe de tener en cuenta que se contraponen dos instituciones indeterminadas esto es la “propiedad no inscrita y el embargo inscrito, de los que a ciencia cierta se sabe que son de distinta naturaleza, cuya concurrencia se dilucidaría con el parámetro del derecho común. A este problema cabe agregar nuestro deficiente sistema de transferencia de propiedad inmueble, que permite la existencia de una propiedad cuya oponibilidad es relativa (ante la concurrencia de otro derecho) ante las exigencias del tráfico económico.

El problema es que la judicatura ha seguido esta visión paramentando los conceptos a estos clásicos derechos, sin analizar a fondo los presupuestos y funciones que cumplen

determinadas instituciones, situación que conlleva a posiciones marcadas en los procesos de tercería de propiedad.

Se puede dilucidar que el sustento jurídico de estos procesos de tercería se grafica en el artículo 949° del Código Civil, al remitirnos al derecho común; el mismo que establece que basta el consenso o consentimiento de las partes para ser propietario de un bien inmueble, no siendo necesario otro requisito o formalidad para ser propietario de estos. Asimismo, el Art. 1352° del Código Civil señala que los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes. Por ende, con la sola obligación de enajenar el acreedor se convierte en propietario de la cosa, bastando solo la entrega para llegar a un perfeccionamiento lento y complementario del mismo” (Paredes Ciccía, 2002, pp. 09-27).

Por ende, el nuestro Ordenamiento Jurídico Civil, el problema surge cuando se pretende oponer de manera absoluta un derecho real ante la contraposición de otro de igual o distinta naturaleza, todo ello alrededor de la inexigibilidad de inscripción, transferencias clandestinas, publicidad registral deficiente y discordante con la realidad, entre otros aspectos, que conlleva a una serie de procesos judiciales de tercería de propiedad donde el pleno ha

establecido que se ha optado por la propiedad, en tanto consideramos que existen argumentos suficientes para que el derecho personal no quede desamparado, de lo contrario lo unico que se genera son posturas e interpretaciones ambiguas, donde sin lugar a duda el más perjudicado es el litigante.

Finalmente, consideramos exponer las principales diferencias entre el derecho personal y derecho real, que se tendrá en cuenta cuando se plantee la oponibilidad, “el derecho personal: Es una facultad, predomina la autonomía de la voluntad (programa contractual), oponibilidad inter partes, su contenido es la pretensión del cumplimiento de la obligación (deber del deudor), se satisface por un comportamiento impuesto al deudor (deber jurídico de realización); derecho real: Es un poder jurídico, rige el principio del orden público, oponibilidad erga omnes (de protección y de persecucion), ejercicio del derecho, se satisface con la actuación inmediata del interés del titular del derecho” (Indem, 2002, p. 26).

2.5. La casuística existente respecto al embargo inscrito y la propiedad no inscrita en el Perú.

Antes de la emisión del VII Pleno Casatorio Civil, existieron diversas resoluciones en las que se plasma las diferentes posturas acerca de la tercería de propiedad, indubitadamente diferentes sustentos que generan el debate jurídico doctrinario, es así que en el presente acápite se realizará una revisión de las principales sentencias casatorias en donde se advierten posturas marcadas sobre la defensa del crédito y otras que optan por la protección de la propiedad.

2.5.1. Casaciones que privilegian la propiedad no inscrita

Dado que el presente acápite versa sobre la casuística existente que gira en torno al problema planteado, se tiene que antes de la publicación del pleno la Corte Suprema ha emitido diferentes sentencias en las que evidencian la adopción de las dos posturas, tanto las que protegen el derecho de crédito como el de propiedad, de allí que en lo relativo a la falta de uniformidad en la jurisprudencia, citamos “las casaciones que privilegian la propiedad no inscrita son las siguientes: N° 3262-2001-Lima, N° 2472-2001-Lima, N° 1253-2002-Ica, N°3194-2002-Arequipa, N° 2103-2006-Lima, N° 909-2008-Arequipa, N° 3687-2009-Cusco, N° 5532-2009-Lambayeque, N° 720-2011-Lima. Mientras que las casaciones en donde se falla a favor del embargo inscrito son: N° 2897-99-Callao, N° 1417-2000-Lambayeque, N° 2429-2000-Lima, N° 403-2001-Piura, 2683-2001-Lima, N° 333-2003-Lambayeque, N° 4448- 2010-Arequipa” (Guzmán Altamirano, 2015, p. 08); sin perjuicio de exponer posteriormente las casaciones que versan sobre el problema planteado.

2.5.1.1. Cas. N° 125-2000 / LA LIBERTAD (El Peruano el 22/05/2000)

“La acreditación del derecho de propiedad debe encontrarse debidamente sustentada en documento idóneo en el cual se pueda corroborar el derecho del tercerista, así en el caso que el demandante presente una minuta de compra venta que no se encuentre legalizada o certificada por notario, no otorga el sustento necesario al Juez para que admita a trámite la demanda, así, en sede casatoria se ha señalado que la tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros” (Casación N° 125-2000, pág. 32).

2.5.1.2. Cas. N° 1162-02 JUNIN (El Peruano el 03/02/2003)

“En sede casatoria se ha precisado que el Derecho del tercerista debe ser inscrito con anterioridad al del acreedor hipotecario Para oponer el derecho de los terceristas al derecho del acreedor hipotecario, debía ser inscrito con anterioridad al de éste; por lo que, la trascendencia de aquél derecho para prevalecer o no sobre la garantía real tiene que merecer análisis en sentencia. De igual forma si al haberse decretado la medida de embargo y encontrarse está inscrita con anterioridad a la compraventa efectuada, no resulta amparable la tercería, toda vez que para poder oponer derechos reales es necesario que el derecho se encuentre inscrito con anterioridad al de aquel que se opone”. (Casacion N° 1162-2003, p. 68).

2.5.1.3. Cas. N° 444-2004 LAMBAYEQUE (El Peruano, 01-06-2006)

“La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta (...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros. La desafectación de un gravamen hipotecario no puede lograrse a través de un proceso de tercería, sino en uno de nulidad de acto jurídico. Ya que la tercería de propiedad, tiene como presupuesto procesal fundamental que se acredite la propiedad de los bienes afectados o bien en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes” (Casacion N° 444-2004, pág. 51).

2.5.1.4. Cas. N° 181-2002-LAMBAYEQUE (El Peruano 30-06-2003)

“La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, debiendo entenderse por inicio del remate, la lectura de la relación de bienes a venderse, al acto mismo de la venta y posterior adjudicación en propiedad a favor de algún postor, que se producen en el mismo acto” (Casacion N° 181-2002, p. 12).

2.5.1.5. Cas. N° 1064-2000 (Publicada el 30 de noviembre del 2000)

“Debe entenderse que la interposición de la tercería excluyente de dominio puede efectuarse hasta antes de que se inicie el acto de remate, esto es, hasta antes de que se dé lectura de la relación de bienes y condiciones del remate, y no hasta antes de que se adjudique el bien a uno de los postores” (Casacion N° 1064-2000, p. 33)

2.5.1.6. Cas. N° 384-2004-JUNIN (El Peruano 01-12-2005)

“La Sala Superior ha resuelto revocar la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda (de tercería de propiedad); en consecuencia, dispuso la suspensión del remate del inmueble sub litis; (...) en ese contexto la suspensión del remate ordenada en autos implica que este quede sin efecto de modo definitivo, ya que uno de los fundamentos de la acción de tercería es el derecho de propiedad” (Casacion N° 384-2004, p. 15107).

2.5.1.7. Exp. N° 118-2002- LIMA

“El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Debe desestimarse el pedido si las inscripciones no contienen en modo alguno título de propiedad alguno a favor de los recurrentes, sino más bien, el acuerdo según el cual el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él conforme lo señala el artículo 1583 del Código Civil” (Expediente N° 118-2002, p. 83).

2.5.1.8. Expediente N° 51116-1997-LIMA

“No procede la desafectación de los bienes rematados en subasta pública y adjudicados al ejecutante, pues resulta contradictorio o reconocer la propiedad de los mismos a favor de un tercero, tanto más, si se tiene en cuenta que el remate no ha sido impugnado. La desafectación y la eventual

tercería pueden interponerse antes de que se inicie el remate del bien” (Expediente N° 51116-1997, p. 53).

2.5.1.9. Cas. N° 4905-2007- AREQUIPA (El Peruano 11/03/07)

“Las instancias de mérito han establecido que en el proceso penal que indican se ordenó el embargo del inmueble materia de la tercería, el que se inscribió en el Registro de la Propiedad inmueble el 4 de julio de 2000 y que la actora sustenta su derecho de propiedad en la escritura pública de anticipo de legítima de fecha 20 de enero de 1987, otorgada en su favor por sus padres, la que no se ha inscrito en el Registro de la propiedad inmueble, por lo que se concluye, que el derecho de la parte demandante sigue sin inscribirse, por lo que el anticipo de legítima no puede ser opuesto al embargo inscrito. Es aplicable el principio de prioridad registral cuando concurren en el registro dos titulares de derechos de naturaleza real, en cuyo caso tendrá preferencia quien haya inscrito primero. En cambio, cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, se aplican las normas del derecho común” (Casacion N° 4905-2007, p. 33).

2.5.1.10. Expediente N° 016-2002-AI/TC

“El Tribunal Constitucional sostiene que la seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una

expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad.

Con esta premisa, y acudiendo al test de proporcionalidad, el Tribunal ha concluido que la medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad, mediante la reducción de los costos de transacción que supone la utilización del formulario registral legalizado por notario, en lugar de la escritura pública, es proporcional y razonable, pues, no obstante que ello genera un grado de sustracción en la garantía que la seguridad jurídica dispensa, el principio no se ve afectado en su contenido esencial, siendo todavía plenamente reconocible su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico. Además es necesario también señalar, el notario dota de fe pública y seguridad jurídica a los actos y negocios jurídicos que ante él se celebren” (Expediente N° 016-2002, p. 12).

2.5.1.11.Cas. N° 18-2003-LIMA

“La regla que establece la norma del artículo 2022 para la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, no está destinada a probar el mejor derecho de propiedad sobre un bien sino a determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan” (Casación N°18-2003, p. 10).

2.5.1.12.Cas. N° 5135-2009-CALLAO

“Este Tribunal Supremo considera que dicha tesis es incorrecta porque parte de un criterio clasificatorio que no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico. Así 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.

Seguidamente, el Supremo Tribunal establece que la frase derecho común a la luz de una interpretación sistemática (que consistió en recurrir a las expresiones empleadas en otras normas que resuelven conflictos de derechos) significa la no aplicación de los criterios registrales, dado que cada vez que el legislador decidía que los criterios registrales resolvían los conflictos de derechos, lo expresaba explícitamente, tal como sucede con los artículos 1135°, 1136°, 1584°, 1591°, 1670°, 1708° y 2023° del Código Civil” (Casacion, 2009, p. 32).

2.5.1.13.Cas. N° 1417-2000-LAMBAYEQUE

“Los jueces supremos Iberico Mas y Oviedo de Alayza en cuyo voto en discordia dan preferencia al embargo inscrito teniendo en cuenta al artículo 1135° CC (gana el adquirente de un inmueble que inscribe su derecho frente a otro que adquirió con anterioridad pero que no inscribió su derecho) a causa de que: “(...) en el fondo la medida cautelar inscrita

constituye un título similar al del acreedor concurrente al que refiere el artículo 1135° del Código material, entendida esta norma en sentido extensivo” (Casacion N° 1417- 2000, p. 16)

2.5.1.14.Cas. N° 415-1999 (El Peruano, el 01 de Setiembre de 1999)

“No es necesario se implemente otro tipo de formalidad, cuya inobservancia la ley sancione con nulidad, salvo para ciertos actos específicos establecidos por el Código Sustantivo, convirtiéndose ello en el motivo por el cual generalmente la mayor parte de los bienes inmuebles no presentan inscripción en los registros porque la misma no es constitutiva, sino declarativa (salvo en la compra venta con hipoteca legal, en donde la inscripción es constitutiva)” (Casacion N° 415-1999, p. 45).

2.5.1.15.Cas. N° 1670-2002 – Lima (El Peruano el 08 de noviembre de 2002)

“La tercería de propiedad debe ser apreciada en contexto, tomando en cuenta su finalidad y naturaleza jurídica; en ese sentido si la tercería de dominio se sustenta en la propiedad de los bienes embargados con la finalidad de evitar su ejecución mediante remate o adjudicación, lo lógico resulta ser que la oportunidad para interponer la tercería es antes de que se realice la venta forzosa o adjudicación en pago; esto es, la tercería debe iniciarse antes de que sea realizado el bien, por tanto, no debe confundirse el auto que ampara una medida de embargo con el acto mismo de su ejecución” (Casacion N° 1670-2002, p. 66).

2.5.1.16.Cas. N°1104-2002 LA LIBERTAD (El Peruano el 03/02/2003)

Quienes se inclinan por la prevalencia del derecho personas se basan en el “Principio de Publicidad regulado en el Art. 2012° del Código Civil, en concordancia con los Arts. I y II del T.P. del Reglamento General de los RR.PP., de lo que se colige que es de conocimiento general las situaciones jurídicas que acceden a Registros, bajo la premisa de una presunción iure et de iure, por lo que al inscribirse el embargo se presume que era de conocimiento del “adquiriente” del inmueble; situación que se suma a la prioridad en la inscripción (del embargo frente a la transferencia), amparada por el Principio de Prioridad de Rango regulado en el Art. 2016° del Código Sustantivo y Art. IX del T.P. del Reglamento General de los RR.PP., que señala que "la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro”, sin dejar de lado el Principio de Legalidad regulado en el Art. 2011° del Código Civil y Art. V del T.P. del Reglamento General; por lo que al remitirnos al derecho común, ante el caso de contraposición de derechos de distinta naturaleza, en el Art. 1135° del Código Civil se encuentra la solución a esta posición (de preferencia del embargo inscrito), al regular el supuesto de la concurrencia de acreedores de bien inmueble, lo que sucede en los procesos de tercería” (Casacion N° 1104-2002, p. 96).

2.5.1.17.Cas. N° 403-2001-PIURA (19/10/2001)

“La sentencia de vista, que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de tercería, funda su decisión en el artículo 2022° de Código Civil, la cual señala que para oponer derechos reales sobre inmuebles de igual naturaleza, es preciso que el derecho sé que opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Cuando se trata de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones de derecho común, lo cual implica una formula genérica, en cuya razón nos remite al principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el personal, por gozar el primero de la oponibilidad erga omnes, que se deduce la relación directa e inmediata que tiene el sujeto con la cosa, hecho que no sucede en los derechos personales.

Que, en el presente caso frente al principio de prioridad de rango debe prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, dado que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título de la tercerista, por lo que el demandado mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho. Ello en concordancia con los principios del sistema registral; a) La de legalidad, que en el presente caso cuando se trabó el embargo en forma de inscripción en el registro, los demandantes no figuraban como titulares de derechos y acciones sobre el bien; b) El de impenetrabilidad, en el presente caso el embargo no se habría trabado si en el bien hubieran tenido algún derecho los demandantes; c) El de publicidad,

por el cual se presume de que persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones” (Casacion N° 403-2001, p. 36)

2.5.1.18. Cas. N° 942-99 LIMA (07/09/1999)

“Que, la controversia versa sobre un derecho real de propiedad que corresponde al tercerista, en virtud del artículo novecientos cuarenta y nueve del Código Civil frente a un derecho personal que corresponde al embargante en razón de una obligación de dar suma de dinero.

El Artículo dos mil veintidós del Código Civil estipula, que tratándose de oponer derechos reales sobre inmuebles de igual naturaleza, se da preferencia a aquél que éste inscrito con anterioridad (principio de prioridad en el tiempo), sin embargo ante derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones de derecho común.

Dado que en el presente caso, se trata de derechos de diferente naturaleza, puesto que hay el derecho real del tercerista frente al derecho personal del embargante, se debe aplicar el derecho común, por lo cual no rigen las disposiciones del derecho registral, por ser un derecho singular.

Que, en atención a lo establecido por el artículo novecientos cuarentinueve del Código Civil, el tercerista es propietario del inmueble con anterioridad a la medida de embargo, por la fecha del otorgamiento de la escritura del contrato de compraventa celebrado.

Que, la inscripción registral no es constitutiva de derechos en nuestro Código Civil, sino meramente declarativo, puesto que no se requiere dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada.

Que por tanto, resulta aplicado indebidamente el artículo dos mil dieciséis del Código Civil (Principio de prioridad en el tiempo) e inaplicados los artículos novecientos cuarentinueve (Sistema de causa única), mil quinientos veintinueve (Compraventa) y dos mil veintidós (Principio prioridad de rengu) del Código Civil.

Que, en lo que respecta al artículo ochenta y cinco del Reglamento de Inscripciones, resulta inaplicable por ser de derecho singular, puesto que para el presente caso rigen las disposiciones del derecho común” (Casacion N° 942-1999, p. 35)

2.5.1.19.Cas. N° 1617-99-LIMA (El Peruano, 01-09-2000)

“El Artículo 949° del Código Civil recoge la teoría francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente, con arreglo a la norma invocada, el solo intercambio de voluntades, o “solo consensos” perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria; en tal sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles. El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento

constitutivo la inscripción de un inmueble en el registro público” (Casacion N° 1617-1999, p. 6192).

2.5.1.20.Cas. N° 1702-99-UCAYALI (El Peruano, 07-01-2000)

“En aplicación del artículo 949° del Código Civil, la demandante es propietaria del inmueble con anterioridad a la materialización de la medida de embargo; no siendo necesaria la inscripción en los registros públicos de la escritura pública de compraventa para que la transferencia quede perfeccionada, desde que dicha inscripción no es constitutiva de derecho dominal” (Casacion N° 1702-1999, pág. 4508)

2.5.1.21.Cas. N° 1892-96 – Lima (El Peruano, 18- 09-1998)

“El principio de prioridad se aplica respecto de los derechos de la misma naturaleza; mas cuando se confronta un derecho real, como es el de propiedad con un derecho personal como es el resultado de un crédito quirografario, ya no es aplicable; pues un establece un relación directa de la persona con la cosa y otra es una relación entre personas de las cuales la denominada acreedor puede exigir de la otra, el deudor, una prestación determinada, apreciable en dinero” (Casación N° 1892-1996, p. 1604)

2.5.1.22.Cas. N° 1974-2000-CUSCO (El Peruano, 01-03-2001)

“El segundo párrafo de artículo 2022° Código sustantivo establece una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016° del referido cuerpo de leyes, de modo que ante la concurrencia de un derecho real con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero, en concordancia con lo establecido en el artículo 949° del acotado código en su interpretación sistemática” (Casacion N° 1974- 2000, p.7009).

2.5.1.23.Cas. N° 627-96-LIMA (El Peruano 03-05-1998)

“El artículo 2022° del Código Civil 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 en el caso en que 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” (Casacion N° 627-1996, p. 865).

2.5.1.24.Cas. N° 1649- 97- LIMA (El Peruano, 10-12- 1998)

“Conforme la regla del artículo 2022° del Código Civil, en la oposición de derechos reales, prima el que éste inscrito con anterioridad, más si se trata de derechos distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, esto es que la preferencia se determina sólo por la certeza y la fecha en que se constituyeron los derechos sin referencia a la fecha de la inscripción registral.

La medida cautelar de embargo es la afectación jurídica del bien, que puede ejecutarse inscribiéndose en el registro de la propiedad, lo que no modifica la naturaleza del derecho que busca asegurar” (Casación N° 1649-1997, p. 2206).

2.5.1.25. Cas. N° 964-98-LIMA (El Peruano, 21-10-1998)

“Se ha interpretado correctamente el artículo 2022° del Código Civil al establecer la prelación del derecho no inscrito pero de fecha cierta anterior frente a un embargo inscrito por provenir de un derecho de crédito personal” (Casación N° 964-1998, p. 2022)

2.5.1.26. Cas. N° 2333-99 – LA LIBERTAD (El Peruano, 30-11- 2000)

“El reglamento de las inscripciones de los registros públicos; distingue la inscripción de la anotación preventiva, la primera tiene un carácter permanente y definitivo, en cambio la segunda tiene carácter temporal; el principio de prioridad registral a que se contrae la norma contenida en el artículo 2016° del Código Civil, se refieren al conflicto que se presentan entre dos inscripciones compatibles con carácter definitivo, no hace referencia al supuesto que la anotación preventiva que tiene vigencia temporal; si bien la norma citada no resulta aplicable en los conflictos entre una anotación de demanda de otorgamiento de escritura pública y una inscripción de carácter definitivo, sin embargo por la naturaleza cautelar y la función de la anotación de la demanda, ella sirve para desvirtuar la buena

fe de una persona que adquirieron un bien con fecha posterior al momento en que se practicó el acto de anotación” (Casación N° 2333-1999, p. 6495).

2.5.1.27.Cas. N° 2374-98- San Román- JULIACA (El Peruano 23-04-1999)

“Conforme a la doctrina registral y al recto sentido de la ley, el tercero que adquiere un inmueble a base del registro de propiedad inmueble, pero sin que el derecho del enajenante se encuentre inscrito sino anotado preventivamente, no puede acogerse a los beneficios del registro para exigir que prevalezca el Título en el que apoya sus pretensiones” (Casación N° 2374- 1998, p. 2929).

2.5.1.28.Cas. N° 991-98-HUANUCO (El Peruano, 08-01-1999)

“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” (Casación N° 991-1998, p. 2449).

2.5.1.29.Cas. N° 4189-2013 AREQUIPA (El Peruano, 10-06-2014)

“La oponibilidad de dicho derecho real de propiedad adquirido frente al embargo inscrito con anterioridad. Y, en este punto es necesario resaltar que el derecho de propiedad no inscrito no goza de los privilegios que otorgan los Registros Públicos, principalmente la publicidad, la impenetrabilidad y la oponibilidad erga omnes. Por tanto, mientras que el

nuevo propietario no procure la inscripción registral de su derecho real, éste es válido, pero no oponible ante los demás miembros de la sociedad, generándose así una limitación legítima en el ejercicio del ius perseguendi sobre el bien. En tal sentido, mientras no se inscriba el derecho real de propiedad en el Registro correspondiente no es posible oponerlo ante otros derechos inscritos previamente, como es, en este caso, el embargo recaído sobre el bien.

Queda claro entonces que la mencionada medida cautelar goza de prioridad frente al derecho real del tercerista, pues éste fue inscrito con posterioridad. Cabe indicar además que las medidas cautelares guardan una importante función procesal como instrumentos jurídicos para asegurar la eficacia de las pretensiones postuladas ante el órgano jurisdiccional, garantizando, a su vez, una adecuada y efectiva tutela jurisdiccional. Por tanto, condicionar la eficacia de una medida cautelar debidamente inscrita en función a un derecho real que consta únicamente en un documento privado implica vaciar de contenido las medidas cautelares y, con ello, generar que se conviertan en infructuosas las acciones legales que otorga nuestro ordenamiento jurídico a favor de los titulares de una acreencia no satisfecha” (Casación N° 4189-2013, p. 716).

2.5.1.30.Cas. N° 3464-2013 – LIMA NORTE (El Peruano, 01 de agosto del 2016)

“Que, en cuanto a las denuncias materiales contenidas en los apartados A), B) y E), el principio de prioridad registral contenido en el artículo 2016 del Código Civil, según Roca Sastre “es aquel en cuya virtud el acto registral que primeramente en el Registro de la propiedad se antepone con preferencia excluyente o con superioridad de rango a cualquier acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese aun ingresado en el Registro, aunque fuese de fecha anterior”. Sin embargo, tratándose de concurrencia de acreedores respecto a bienes inmuebles como en el caso de autos, la norma citada debe interpretarse sistemáticamente con la norma del artículo 1135 del Código Civil, en cuanto dispone que se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior” (Casación N° 3463-2013, p. 80515).

2.5.1.31.Cas. N° 1034-2009 – AREQUIPA (El Peruano, 09-12-2009)

“Que, asimismo se denuncia la interpretación errónea del segundo párrafo del artículo dos mil veintidós del Código Civil, por cuanto está en conflicto el derecho real de propiedad de la recurrente y el derecho personal del embargante; al respecto, cabe mencionar que la citada norma, prescribe una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo dos mil dieciséis del referido Código, pues, al oponer derechos de diferente naturaleza se deben aplicar las disposiciones relacionadas al derecho

común; y, en el presente caso, la norma de derecho común aplicable sería la contenida en el artículo novecientos cuarenta y nueve del Código Civil, la cual, es justamente la norma materia de análisis en los considerandos sexto al octavo; habiéndose llegado a la conclusión de que, con el contrato privado de fecha treinta de abril del año mil novecientos noventa y ocho, obrante a fojas tres, no se logra acreditar que, la demandante habría adquirido la propiedad del inmueble sub litis, con anterioridad a la inscripción del embargo, para poder ser oponible a éste; por cuanto dicho contrato resulta cuestionable, no causando convicción en los juzgadores, conforme ha sido indicado en los citados considerandos; en consecuencia, la presente causal también debe ser desestimada” (Casación N° 1034-2009, p. 89).

2.5.1.32.Cas. N° 527-2003 – LIMA

“[...] para la oponibilidad de derechos sobre un mismo bien no debe importar la supuesta naturaleza real o personal del derecho involucrado. Lo relevante es la publicidad”. Prosigue diciendo “No hay razón para que prevalezca la propiedad sobre un embargo, si este último se inscribió primero. Si una persona vende su propiedad y el comprador no registra su adquisición, el adquirente tiene un derecho que no puede oponer a todos” (Casación N° 527-2003, p. 62).

2.5.1.33. Cas. N° 3800-2002-AREQUIPA (El Peruano 30/10/2003)

“El artículo dos mil veintidós del Código Civil, interpretado por la Sala revisora, prescribe 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 aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.

Que, como se podrá concluir, la norma contiene dos supuestos normativos diferentes: por un lado, cuando existe un conflicto de derechos de igual naturaleza, prima aquel que fue inscrito primero; sin embargo, la segunda parte de la norma, establece que cuando existen dos derechos, sobre un mismo bien inmueble, y estos derechos son de distinta naturaleza, se aplican las disposiciones del derecho común.

Que, las disposiciones del derecho común establecen, según lo dispone el artículo novecientos cuarentinueve del Código sustantivo, que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Que, esta interpretación de la norma no pertenece a este Supremo Tribunal, el mismo que la ha acogido en reiteradas ejecutorias, sino que se desprende, en forma clara y precisa, de la propia exposición de motivos oficial del Código Civil, respecto del análisis de la norma invocada; siendo

así, el legislador ha establecido que: "(...)si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que se inscribió primero (...) si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real (...) tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de 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.

Que, en consecuencia, la prioridad registral prevista en la primera parte de norma denunciada se encuentra circunscrita al conflicto de derecho de igual naturaleza; mientras que la segunda se limita a la regulación de derechos de distinta naturaleza” (Casación N° 3800-2002, p. 5412).

2.5.1.34.Exp. N° 00666-2006 – MAYNAS

“Debe tenerse en cuenta que la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto hace al acreedor propietario del bien, la inscripción en los registros públicos solamente produce efectos declarativos, más no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada, desprendiéndose de autos que la adquisición de la propiedad por parte del apoderado de los demandantes está constituida en un documento público de fecha cierta, cual es el tantas veces mencionado contrato privado de compraventa (...).

Siendo evidente e incuestionable que la presente Litis se trata de un conflicto de derechos de diferente naturaleza, en donde por un lado aparece el derecho real de los terceristas y por el otro el derecho personal de los embargantes, se tiene que aplicar el derecho común y por lo tanto no rigen las disposiciones del derecho registral; asimismo de acuerdo al artículo 949° del Código Civil, la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario del mismo y, en concordancia con lo establecido en el artículo 801 del acotado, se trata de un derecho real, en tanto que el derecho de los embargantes emana de un proceso de obligación de dar suma de dinero producto de una deuda que lo originó las relaciones comerciales realizadas, de lo que se tiene que su derecho es de carácter personal, por tratarse de un cobro de una suma de dinero y del cumplimiento de una obligación” (Expediente N° 666- 2006, p. 47).

Habiendo citado las principales casaciones, donde se evidencian el conflicto de posturas asumidas, se puede colegir que es un problema común en nuestra jurisprudencia determinar la oponibilidad de la propiedad no inscrita frente al embargo en forma de inscripción, la misma que será materia de crítica en los resultados de la presente investigación.

CAPÍTULO III

PREVALENCIA DEL EMBARGO INSCRITO A FAVOR DEL ACREEDOR DEBE PRIMAR FRENTE AL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO

3.1. El derecho de propiedad no es absoluto

El derecho de propiedad requiere de un registro para su reconocimiento, y por tanto, en la medida que no es oponible vía la inscripción registral no puede merecer protección absoluta:

Consideramos una de las razones por las cuales se debe privilegiar el derecho personal de crédito (embargo inscrito), es por cuanto el derecho de propiedad no es absoluto, se encuentra sujeto a límites, en el sentido de que la propiedad cumple una función no solo personal, sino también social, pues tal y como lo precisa la Constitución, el derecho de propiedad debe ser ejercido en común con la sociedad.

A efectos de brindar mayor claridad, sobre lo indicado se tiene que

el derecho a la propiedad, reconocido en la Constitución vigente, en su vertiente de derecho fundamental, puede configurarse sobre una variada e ilimitada gama de bienes (urbanos o rurales, muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, etc.), por lo que tiene diversos matices. De otro lado, la propiedad es una institución protegida por la Norma Fundamental frente a posibles intervenciones del Estado. Como se sabe, este no puede intervenir en la propiedad fuera de los supuestos que prevé la Constitución y respetando las condiciones que esta señala en forma expresa.

Inclusive se ha precisado las tres consideraciones más importantes que se tiene que tener acerca de la propiedad; así, el Supremo Intérprete de la Constitución ha explicado que el contenido del derecho a la propiedad pasible de obtener protección en un proceso constitucional de tutela de derechos está constituido, esencialmente, por los elementos de la propiedad como institución que puede ser intervenida por el Estado y por aquellos que la configuran como derecho individual. A partir de ello, ha precisado que la posesión no se refiere al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la propiedad, sino a un contenido estrictamente legal cuya definición y tratamiento se ubica fuera de los

supuestos constitucionalmente relevantes, por lo que cualquier supuesta perturbación de este atributo no puede ser verificada en los procesos constitucionales.

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.

Por ello, el goce y ejercicio de este derecho fundamental solo puede ser restringido cuando: a) exista una ley habilitante; b) sea necesario; c) la medida restrictiva sea proporcional, y d) se adopte con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. En conclusión, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución (La Ley, 2016, p. 3).

El propio Tribunal Constitucional Peruano, ha indicado que si bien le otorgan al derecho a la propiedad una protección importante y respetable, también ha sentado que esta se encuentra sujeta a límites y/o restricciones, el ejemplo más común que se plantea es el caso de la expropiación (cuando por razones de seguridad nacional o interés público el Estado valiéndose de su *ius imperium* puede adjudicarse todo o parte de tu propiedad, a cambio de un justiprecio), de ello se desprende que el derecho a la propiedad no es absoluto, en virtud al caso antes esgrimido.

Pero el caso, citado líneas arriba, en opinión de los investigadores no es el único caso o motivo en virtud del cual se restringe la propiedad, sino que además a raíz del VII Pleno Casatorio, consideramos que pocos (y aquí incluyo a los *amicus curiae* que defendieron la figura del embargo inscrito) han tomado importancia al Registro, pues este último proveniente del derecho alemán es la base para que la propiedad adquiera un reconocimiento jurídico social, reflejado de la siguiente manera: A nivel social: Quien dese adquirir un bien, tendrá la obligación de verificar en el Registro si quien vende

tiene dichas facultades; y desde un punto de vista jurídico: Solo aquel quien ha registrado su derecho puede hacerlo oponible frente a los demás, de ello se concluye que el Registro debe ser entendido como un limite del derecho a la propiedad. Citando a Álvarez Caperochipi, el Registro es

el registro es en conclusión un instrumento técnico que sirve al desarrollo económico, y que se presenta como un preciado tesoro en el desarrollo de la madurez del espíritu jurídico, y en la conciencia del estudio y significado social de la propiedad. Es el necesario resultado de una administración eficiente, que pretende identificar eficientemente los propietarios inmobiliarios, redistribuir la riqueza de una colectividad, y distribuir justamente las cargas y gravámenes sobre la propiedad (2006, p. 6).

Se resalta la utilidad practica y jurídica que tiene el registro, puesto que solo así se protege absolutamente los derechos patrimoniales de las personas, en la medida que este te permite conocer la titularidad y condiciones del dominio de un bien determinado, sobre el que se desea realizar una compraventa y/o transferencia, con la espectiva anotacion de los actos y contratos relativos al dominio, propiedad sobre un bien mueble o inmueble.

Ademas, rescatamos que el Registro, de manera específica la Superintencia Nacional de Registros Públicos, es un organismo autonomo que no depende del Poder Judicial o Ejecutivo, que busca no solo brindar la publicidad registral y seguridad juridica, del que trataremos en el siguiente acapite, sino que tambien otorga el reconocimiento juridico social de quien ejerce el derecho de propiedad sobre un bien.

Claramente sustenta nuestra posicion, lo expuesto por Manuel Soria Alarcon quien afirma sobre el registro que

Tal instrumento técnico es, sin duda, el registro de la Propiedad Inmueble, que no se limita a ser únicamente un almacén de datos o un archivo de títulos cronológicamente ordenados o partidas con sistemas de folio real e inscriptorio al solo objeto de otorgar el beneficio de la oponibilidad frente a terceros; o únicamente un pechado de técnicas (...) sino que, mediante la publicidad de los actos y contratos inscritos que constituyen, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles, ofrece a todo potencial adquirente o interesado, un conocimiento exacto y completo de la realidad jurídica del bien y, sobre la base del estado jurídico que publicita el registro, lo protege in extenso si adquiere de buena fe, a título oneroso un derecho que emana de la partida y, a su vez lo inscribe quien adquirió dicho derecho (Soria Alarcón, 1997, p. 244).

El derecho a la propiedad no es pasible de protección absoluta, por cuanto no es posible oponer este derecho en la vía registral, más aun cuando el VII Pleno Casatorio Civil desconoce la aplicación de los principios propios del derecho registral conforme lo veremos más adelante. En ese sentido, el registro debe ser obligatorio tanto para la inscripción de bienes muebles o inmuebles pues no permitirá conocer la situación actual del bien, apoya nuestra postura lo indicado por Carla Paredes, quien señala “con el registro de sus bienes inmuebles el propietario va a tener una fácil manera de probar su propiedad, ya que la inscripción va a reforzar los títulos de dominio que tenga sobre sus bienes.

Además, le garantiza que nadie lo perturbará en su propiedad, asegurando también la firmeza de sus transacciones o transferencias posteriores. A favor de este sistema de la obligatoriedad se tiene un argumento teórico. Este radica en que los derechos sobre las cosas son de naturaleza diferente a las obligaciones personales al afectar estas últimas solo a los individuos ligados por el vínculo contractual, en cambio, los derechos u obligaciones sobre las cosas deben hacerse valer frente a todos los individuos que conforman el grupo social: siendo necesario por lo tanto, el establecimiento de un medio

de distinción entre unas relaciones de las otras. En tanto las obligaciones personales nacen y desaparecen por el simple consentimiento, al interesar solo a las partes; los derechos reales interesan a todos y por consiguiente, deben constituirse de otro modo; debiendo existir una institución como lo es Registros, para que haga pública estas transferencias o constituciones de derecho reales a fin de poder exigir a todos el respeto de ellos. Así, bajo este sistema se permitirá la existencia de una norma que haga obligatorio el acto de la inscripción, el mismo que se constituye como un requisito esencial para que se perfeccione la transferencia o constitución del derecho real (Paredes Ciccía, 2002, p. 15).

En consecuencia, para que el registro sea efectivo, es necesario que exista un medio y/o modificación legislativa que la haga cumplir, a la vez este medio constituirá una sanción para quienes no inscriban las constituciones o transferencias de los inmuebles, convirtiendo a estas en inválidas o en todo caso privarlas de los efectos jurídicos, como ocurre en este caso, en donde se premia al propietario no diligente, perjudicando al acreedor de un derecho personal de crédito, pues con la necesidad del reconocimiento obligatorio del registro el propietario se encuentra imposibilitado de movilizar su propiedad, siempre y cuando acuda al registro cuando esté en la necesidad de transferir o gravar el bien inmueble.

En fin, con el sistema obligatorio de la inscripción lo que se busca consolidar es la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y la tutela de los individuos, al concebir al registro como un instrumento al servicio no solo de los particulares, sino también de intereses generales.

Para efectos de brindar mayor soporte a nuestra hipótesis, indicamos que en la actualidad, el CCP de 1984, hace que en el Perú el registro no tenga otro significado que servir de aviso para los terceros, ya que se mantiene a la inscripción como declarativa. Por tanto, no se tendrá un sistema de publicidad perfecto que, cumple un triple objetivo:

- Protección al titular de un derecho real, para que su ejercicio sea respetado.
- Respeto por parte de la sociedad del derecho legalmente constituido.
- Protección del interés y del derecho de los terceros.

La inscripción de la transferencia de bienes inmuebles en la legislación peruana se circunscribe a lo prescrito en el Art. 949° del CCP, esto es, “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”; en consecuencia, basta que las partes lleguen a un acuerdo, a un consenso para que surja la transmisión del dominio sobre el bien inmueble materia del acuerdo, por lo que el sistema que rige, con respecto a la inscripción, es el sistema facultativo o declarativo” (Paredes Ciccía, 2002, p. 17).

3.2. Se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica

Se debe evaluar la diligencia del acreedor embargante frente a la no diligencia del propietario que no inscribe:

Iniciaremos esbozando el siguiente ejemplo: “A” y “B” celebran una compra venta de bien inmueble, a través de una escritura pública, no obstante ello “B” quien en virtud del artículo 949° del Código Civil, ya es propietario por la simple obligación de entregar

el inmueble, no acude al Registro para su inscripción respectiva, a los pocos meses “A” vende nuevamente el mismo bien inmueble a “C”, quien en virtud al artículo 949° del Código Civil y con una mayor diligencia inscribe su derecho sobre el bien en el Registro, frente ello resulta necesario preguntarnos, ¿quién debe ser protegido?.

El ejemplo antes indicado nos lleva a la necesidad de conocer y reflexionar sobre la importancia de proteger el Sistema Registral, para tal efecto corresponde establecer que se entiende por principio registral “Las características o rasgos fundamentales que informan a un determinado sistema registral y que lo distinguen o asemejan de otros, convirtiéndose en los medios o instrumentos a través de los cuales, en forma mediata o inmediata, se alcanzan los fines de la publicidad registral” (Soria Alarcón, 1997, p. 12).

De ello, podemos indicar los principios registrales acogidos por la legislación peruana, tanto en el Código Civil, como en el Reglamento de los Registros Públicos, entre los cuales citamos a:

3.2.1. Publicidad

Es uno de los fines máximos de la existencia de un registro jurídico, no solamente por la publicidad informativa de lo que consta inscrito en el registro, sino por todas las implicancias de este aspecto genera. Efectivamente, una de las implicancias de un buen sistema publicitario de derecho es generar “Seguridad”. Es por tal motivo que más allá de un interés privado es tratar de preservar un interés Público ya que es al Estado a quien le interesa que exista seguridad en el

tráfico jurídico. Más adelante hablaremos con mayor detenimiento acerca de la definición, características e importancia de este concepto.

3.2.2. Principio de rogación y de titulación auténtica

La inscripción en el Registro se realiza a instancia de parte y nunca de oficio, salvo ciertas excepciones. El registrador solo podrá inscribir, siempre y cuando exista una rogatoria por algún administrado, en otras palabras es solo de potestad de los administrados realizar rogatorias de inscripción sobre los actos inscribibles en el registro. Solo en casos establecidos por ley el registrador tendrá la potestad de realizar inscripciones de oficio. Por otro lado, el principio de Titulación Auténtica (regulado también en el Artículo 2010 del Código Civil) explica que la inscripción solamente se hace en virtud al título que deberá constar en instrumento público, salvo que la ley diga lo contrario. Por lo tanto, solamente documentos que tengan la calidad de “instrumentos Públicos” podrán ser calificados por el registrador y por ende serán materia de inscripción.

3.2.3. Principio de especialidad

Este principio tiene como finalidad determinar perfectamente los bienes objeto de inscripción, sus titulares, así como el alcance y contenido de los derechos que lo afectan. Asimismo, establece la forma de ordenamiento dentro del sistema registral, obligando que cada persona o bien solamente posea una sola partida registral. Por lo tanto, no podría existir un bien con dos partidas registrales independientes y vigentes. Esto se puede observar en la práctica en los diferentes proyectos inmobiliarios donde se construyen edificios de departamentos, donde va

a existir una partida Matriz del inmueble primigenio (terreno) y cada unidad de dominio exclusivo (departamentos) va a ser independizada en una partida registral distinta (con un número distinto).

3.2.4. Principio de legalidad

El Principio de Legalidad no es un principio exclusivo a la materia registral sino que rige en todo el campo administrativo. Como sabemos el organismo que posee las potestades registrales es la SUNARP, el cual es un Organismo Público Descentralizado y como tal se engloba dentro de la administración pública, sector donde el principio de legalidad es pilar rector para el buen desempeño de las instituciones que lo conforman.

3.2.5. Principio de tracto sucesivo

Las inscripciones de inmuebles en el Registro de Predios, se efectúan dentro de una secuencia de adquisiciones y transmisiones sin que haya ruptura de continuidad. En otras palabras solo se puede transmitir o gravar registralmente lo que se encuentra inscrito. Todo derecho que pretende ser transferido o gravado sin que conste inscrito no podrá ser trasferido o gravado. En aplicación de este principio el registrador pedirá que se encuentre inscrito previamente el derecho donde emana (inscripción del derecho de propiedad de quien transfiere, afecta o grava el inmueble).

3.2.6. Principio de legitimación

La legitimación es el reconocimiento hecho por la norma jurídica de poder de realizar un acto jurídico con eficacia. Es por tal motivo que este principio es uno de los más importantes del Derecho Registral. Este principio dota de fuerza y presunción de exactitud a toda la información que consta en el registro (sin ella solo sería un simple registro administrativo).

3.2.7. Principio de fe pública registral

Este principio es el que otorga la protección registral a todo tercero que de buena fe y a título oneroso inscribe su derecho. En nuestra legislación está plasmado en el Artículo 2014 del Código civil. Según la exposición de motivos del Código Civil, es el principio por el cual se protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe de quien aparece en el Registro como Titular registral, que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición, que se fundamenta en causas no inscritas antes.

3.2.8. Principio de prioridad preferente

La prioridad Preferente trata de definir una regla para determinar el momento en que empezarán a surtir los efectos del título inscrito. Cuando el registrador realiza una inscripción, los efectos de esta no comienzan desde el día en que se realiza dicho acto, sino desde el momento en que el título ingresó a la institución registral y es registrado en el diario. Puede suceder que el Título ingresa en el día 1, el registrador lo califica el día 5 observándolo, el usuario subsana la observación el día 15 y el registrador vuelve a revisar la subsanación el

día 20 inscribiéndolo, y es en aplicación de este principio que los efectos de dicho título (inscrito el día 20), comienzan desde el día 1. Es así como se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación. Por lo tanto, los derechos que otorga el Registro, en relación a derechos o actos compatibles e inscritos, están determinados por la prioridad en el tiempo de la inscripción la cual se determina por la fecha hora y fracción de hora en que el título se presenta al registro.

3.2.9. Principio de prioridad excluyente

En este caso el principio nos sirve de herramienta para que el registrador excluya algún título pendiente de inscripción que sea incompatible con alguno previamente ingresado. Puede darse el caso que se ingrese un título (título 1) donde se solicite la transferencia por compra venta de la casa A, y con posterioridad se ingrese un segundo título (título 2) donde se solicite la transferencia por donación de la casa A. En este caso el registrador advertirá la existencia de dos títulos de transferencia de propiedad que recaen sobre un mismo bien. Según la apreciación del registrador pueden ocurrir varios supuestos en aplicación a este principio.

3.2.10. Principio de oponibilidad

Este principio no ha sido tomado por la norma rectora registral (Reglamento General de los Registro Públicos) pero si es regulado en el libro de Registros Públicos de Código Civil Peruano. Conocido en la doctrina por “la oponibilidad de lo inscrito” frente a lo no inscrito. Como se puede deducir este principio establece que todo lo inscrito se opone ante lo no inscrito y a la inversa

lo no inscrito es inoponible a lo inscrito. Pero esta oponibilidad se refiere a una muy concreta, específicamente cuando existe una confrontación de derechos.

El artículo 2022 del Código Civil (donde es regulado este principio) solucionaría el posible conflicto entre derechos reales cuando no se configure una concurrencia de acreedores. Según Álvaro Delgado “el primer párrafo del artículo 2022 quedaría reservado para solucionar el posible conflicto entre derechos reales cuando al menos alguno de ellos no genere una obligación de dar y el correlativo derecho de exigir la entrega”. El segundo párrafo indica las reglas que se utilizan si se confrontan derechos de distinta naturaleza” (Aliaga Blanco, 2012, pp. 36-40).

Habiendo delimitado los principales principios que orientan al Sistema Registral, es evidente la necesidad de reconocer su importancia y obligatoriedad, en ese sentido lo que se propone es que cuando la norma contenida en el artículo 2022° del Código Civil, en el segundo párrafo nos remite al Derecho Común, sea aplicable los principios y normas del derecho registral, pues no debemos olvidar que ante un vacío o deficiencia en la ley se recurre a los principios que orientan el derecho, mediante una interpretación sistemática, aspectos no ha sido tomado en cuenta por los magistrados supremo en la emisión del VII Pleno Casatorio Civil.

La obligatoriedad de proteger al acreedor embargante, parte del conflicto existente entre la propiedad y un crédito, debiendo remitirse además al artículo 1129° del precitado cuerpo normativo, el mismo que establece que el embargo puede ser inscrito y ejecutado, adquiriendo por ende la oponibilidad de su derecho,

privilegiando de esta manera el derecho de crédito, es decir protege al acreedor diligente, resaltando así la importancia del sistema registral.

Al respecto, se tiene lo expuesto por Guzman Altamirano quien indica

pues bien, la Corte Suprema advirtió que si bien es evidente que los diversos conflictos de derechos se resuelven con base en las reglas registrales y ello incentiva la inscripción de los derechos en el Registro ya que un título inscrito es muy difícil de ser perdido, se protege a quien inscribe y se genera confianza en el tráfico de bienes, pero dichas reglas no resuelven el conflicto entre propiedad no inscrita y embargo inscrito; por eso precisó que habría sido óptimo que ocurra lo contrario pero no ha sido así por lo que es necesario que futuros trabajos de reforma legislativa tengan en cuenta dicha circunstancia para que la solución del conflicto en cuestión sea coherente con el resto de normas del Código Civil que privilegian a la inscripción (Guzmán Altamirano, 2015, p. 23).

El citado autor sustenta con claridad la razones por cuales la Corte Suprema, no aplico los principios registrales para dilucidar la controversia, resaltando el hecho que la Corte, busca proteger al derecho que nacio primero en el tiempo, independientemente de su registro, criterio que no adoptamos. Sino por el contrario, se debe realizar un estudio integral de la normatividad juridica, que comprenda no solo los presupuestos civiles sino tambien los registrales, de tal manera que permita dar nuevas posturas sobre la protección del embargo inscrito.

Los juristas que reconocen la controversia existente en torno a la propiedad no inscrita y al embargo inscrito, se tiene puede citar a

Juan Luis Avendaño Valdez, sustenta que debe protegerse la propiedad contra el embargo inscrito. Consideró que la aplicación de las normas del derecho común lleva a esta necesaria conclusión, por su parte Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, quien afirmó que la propiedad, como cualquier derecho patrimonial, no es absoluta. Por ello, se expresó a favor de que deba prevalecer el embargo sobre la propiedad no inscrita.

Para Juan Monroy Gálvez, sostiene que Corte Suprema no debería emitir un precedente en esta materia. Argumentó que los jueces deben resolver en cada caso concreto. Aún así consideró que podrían fijarse estándares básicos, como el que el derecho de propiedad en documento de fecha cierta debe prevalecer ante una medida cautelar. En tanto que, Jack Bigio Chrem, afirmó que no hay norma en el Código Civil que otorgue alguna preferencia al embargo. Por ello, considera que el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el embargo inscrito.

Para, Walter Gutiérrez Camacho, quien afirmó que la Constitución coloca a la propiedad como el principal derecho económico. Aseveró que la propiedad no puede ser despojada por un acto procesal, concluye que la propiedad debe prevalecer sobre el embargo. Finalmente, para Fort Ninamancco Córdova. Sostuvo que la protección erga omnes del derecho de crédito ha sido reconocida en el Derecho europeo y las cortes latinoamericanas, así como tiene amparo en nuestra Constitución (libertad de contratar). Por ello, consideró que el embargo inscrito debe prevalecer sobre la propiedad registrada (Ley, 2015, pp. 3-4).

Los amicus curiae, adoptaron diferentes posturas en defensa de la propiedad y en defensa del embargo, no obstante ello existen razones suficientes para optar por el derecho de crédito, no solo por su protección erga omnes y por la oponibilidad, sino que debió privilegiarse la conducta diligente de acreedor, quien por seguridad jurídica inscribe, de lo contrario carecería de utilidad práctica el registro, si independientemente de su inscripción prevalecerá la propiedad no inscrita, es decir el registro no tendría razón para existir.

Sobre el particular tenemos que “se ha cuestionado que el acreedor que cuenta con un embargo en forma de inscripción a su favor (garantía judicial) no actúa diligentemente porque en todo caso debió hacer que su deudor le constituya una garantía real (hipoteca), así, se ha dicho que (...) no puede haber diligencia, ni negligencia, cuando el acreedor, en forma deliberada, otorga créditos sin garantías

reales, pues ello significa que los bienes específicos no han sido relevantes para la celebración del contrato” (Sevilla Agurt, 2014, pp. 131).

Consideramos que dicha tesis tiene –por decirlo menos– defectos porque sería imposible que en todos los créditos los acreedores soliciten garantías reales a sus deudores, de ser así, existirían muy pocos créditos, y el tráfico patrimonial sería mínimo, lo que evidentemente desde un punto de vista constitucional económico sería absurdo.

Los acreedores no piensan en los bienes de sus deudores cuando realizan un crédito, sino que tienen como premisa la devolución del crédito otorgado más sus interés (utilidad), si tuvieran como premisa los bienes, mejor que se realice una compraventa.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en el Derecho rige el principio de buena fe, que importa diversos deberes como lealtad y la honestidad, si esto es así y nuestro ordenamiento jurídico tiene como pilar a este principio (buena fe), cómo podría explicarse que todo acreedor exija a su deudor la constitución de garantías reales si estas son precisamente para realizarse en caso de incumplimiento, es decir, se actúa pensando en el incumplimiento del deudor (mala fe).

A mayor abundamiento, el acreedor que no cuenta con garantías reales a su favor si actúa con diligencia, es decir, una vez que su crédito ha sido incumplido

acude a los mecanismos legales pertinentes, es decir, acude al órgano jurisdiccional en búsqueda de tutela, obteniendo una garantía judicial (embargo en forma de inscripción), sobre la base de la información con la que cuenta y que es brindada por el organismo (Registro Público) que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para brindar información del patrimonio de las personas.

El registro trata de conseguir la verdad, aunque sepa que no siempre lo conseguirá, para lo cual se reviste de las mayores garantías institucionales a efectos de que el propietario inscrito coincida con el mismo que indica la realidad jurídica; de allí se explica las garantías de la titulación auténtica, calificación técnica del registrador, tracto sucesivo, respeto de la prioridad, entre otros que sustentan la organización del Registro. Todos estos mecanismos aseguradores tienen como finalidad salvaguardar el principio de justicia, y no la seguridad jurídica por sí misma (Sevilla Agurt, 2014, pp. 131-136).

Lo citado en los párrafos precedentes, no hace más que demostrar que el crédito con embargo inscrito primigeniamente es preferente a otro crédito garantizado por hipoteca inscrita con posterioridad sobre la base del principio de prioridad registral, al respecto se tiene la siguiente consecuencia lógica al que nos adherimos

si se afirma que la hipoteca vence a la propiedad no inscrita, pero también se dice que se prefiere el embargo inscrito con anterioridad sobre una hipoteca, bajo dicha tesis también debería preferirse el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita por pura coherencia en el discurso y sentido de lógica (p. 135).

Para los amicus curiae así como para diversos sectores de la doctrina, indican que el VII Pleno Casatorio Civil, tiene que ser revisado no solo por los diversos errores de interpretación en los que incurre, sino porque la motivación sobre la cual se concluye que prevalece la propiedad no inscrita cae en vacíos jurídicos, de allí que tanto la doctrina como la jurisprudencia establecen que el crédito que se encuentra garantizado con un embargo en forma de inscripción debe ceder ante la propiedad no inscrita.

Asimismo, el derecho del acreedor embargante, es susceptible de inscripción en los Registros Públicos no le queda duda a nadie, si ello es así, es claro que el propio legislador, al darle la calidad de acto inscribible, considera que el embargo una vez inscrito goza de los medios de protección que le otorga el derecho registral, entre ellos otorgar preferencia y su carácter erga omnes, interpretar lo contrario sería como desconocer la funcionalidad del embargo y restarle importancia al registro. Por ende, se cae nuevamente en la idea que desde un punto de vista del Derecho Registral, el embargo deberá prevalecer sobre la propiedad no inscrita.

3.3. El acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral

El acreedor embargante al ser titular de un derecho de crédito (carácter subjetivo) es oponible erga omnes, la misma que es una característica no solo de los derechos reales sino de todos los derechos subjetivos, entre los cuales se encuentra ubicado el

crédito, al ser un derecho subjetivo es aplicable lo dispuesto por la doctrina que sustenta que

todos los derechos subjetivos, sin importar la categoría específica a la que pertenezcan, son susceptibles de ser lesionados por cualquier miembro de la colectividad, frente a lo cual el ordenamiento jurídico provee a los sujetos afectados, de una serie de mecanismos de tutela, entre ellos, la tutela resarcitoria en vía extracontractual que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1969° de Código Civil, reacciona frente a la lesión de cualquier derecho subjetivo (Ronquillo Pascual, 2015, p. 4).

De ello podemos concluir, que el derecho de crédito, al ser un derecho subjetivo, puede ser lesionado por el deudor o cualquier persona, no teniendo la calidad de tercero registral, pues no es un sujeto ajeno a la relación obligatoria, por otro lado el deber de no causar daño a un derecho subjetivo se aplica a favor del derecho de crédito; por otro lado al ser es último un derecho puede oponerse contra cualquier persona que lo haya lesionado.

No se debe dejar de lado, que el acreedor embargante titular de un derecho de crédito, y que este último ha tenido una notable evolución social y económica, dado que hoy en día las relaciones económicas se dan dentro de una economía dinámica, caracterizada por las constantes relaciones obligatorias, donde el crédito ha adquirido un rol especial, de allí que resulta necesario reconocer una mayor importancia a los derechos de crédito, pues tal y como se precisa

las cosas cambian con el progreso del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria, basado en la innovación tecnológica; con la expansión de los mercados y de las actividades distributivas; con la creciente dimensión financiera de las actividades productivas. Se abre una fase en la cual la riqueza y los recursos productivos no se identifican más con (la propiedad de) cosas inmuebles, y tampoco materiales: ello corroe la tradicional supremacía de la propiedad, y exalta el rol del contrato. En efecto, en los sistemas económicos evolucionados la riqueza (Ronquillo Pascual, 2015, p. 5).

La prevalencia del derecho del acreedor embargante, se debe a una correcta interpretación sistemática, pues el artículo 2022° del Código Civil, encuentra su concordancia con los artículos 1135°, 1584°, 1670°, 1708°, 2016°, 2022° y 2023°, cuya lectura nos permite advertir la necesidad de aplicar las disposiciones propias del derecho registral, a fin que la prioridad registral, respecto de quien de manera diligente inscribió su derecho ya sea real o personal.

En ese orden de ideas, se tiene que el conflicto entre un acreedor embargante y un propietario que no inscribió su adquisición, debe ser resuelto de la misma forma en que se resuelve el conflicto entre dos adquirentes de un mismo bien inmueble inscrito. Es pacíficamente aceptado que si un sujeto adquiere la propiedad del bien de quien aparece como propietario en el Registro e inscribe su adquisición, esta prevalecerá frente a la del otro que adquirió con anterioridad pero que no la inscribió, siempre que quien inscribió haya actuado de buena fe. No hay razón para que el acreedor embargante reciba un trato distinto al que le corresponde al (segundo) adquirente que inscribe su adquisición, ya que las razones de tutela son las mismas (la fuerza legitimadora de la apariencia y la tutela de la buena fe). (Ronquillo Pascual, 2015, p. 11).

Asimismo, si queremos evaluar el derecho del acreedor embargante, podemos remitirnos a las figuras del embargo e hipoteca, donde ambas implican un derecho personal sobre un bien, pues

tanto la hipoteca como el embargo tienen como función tutelar y efectivizar un derecho de crédito, de tal manera que si el embargo recae sobre un inmueble inscrito debe recibir el mismo tratamiento que recibe la hipoteca, esto es, debe

prevalecer sobre las transferencias que no han sido oportunamente publicitadas, siempre que la inscripción de aquel haya sido de buena fe. Y no se diga, que el embargo no puede recibir el mismo trato que la hipoteca ya que en aquel el acreedor otorgó un préstamo sin utilizar el Registro, sin interesarse por la información contenida en este, por lo que no puede luego pretender ampararse en él, mientras que en la hipoteca el acreedor sí confió en la información del Registro y con base en ella constituyó su garantía. En estos casos se presenta la insatisfacción de los créditos y recién entonces los acreedores se interesarán por acudir al Registro en busca de bienes que aparezcan inscritos a nombre de sus deudores para proceder a afectarlos (Ronquillo Pascual, 2015, p. 12).

En efecto, el acreedor embargante, al no tener la calidad de un tercero registral, y estar protegido por la prioridad registral, es merecedor de la protección del crédito, e inclusive constituye un sustento de lo expuesto, el hecho de que la ley de garantías mobiliarias, establece literalmente en su artículo 2433° que la garantía mobiliaria prevalece sobre la propiedad no inscrita siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe, ello queda acreditado en virtud del principio de publicidad registral, pues solo la inscripción de la medida cautelar en el Registro de Bienes o en el Registro Mobiliario de Contratos le otorga a esta, prelación y oponibilidad, de donde si el acreedor embargante actúa de buena, y ello queda demostrado, cuando logra inscribir un embargo en alguno de los registros mencionados, en consecuencia su derecho prevalecerá o será oponible frente a la propiedad no inscrita, criterio que debe ser aplicado tanto en los bienes muebles e inmuebles.

La conducta del acreedor embargante queda demostrado con la información que se evidencia en el Registro, puesto que en base a ello es que se decide accionar judicialmente, es decir que el acreedor embargante no es el tercero subadquirente al que se refiere el 2014° del Código Civil, pero sí es un tercero protegido, bajo la tutela en el artículo 2022° del Código Civil que, consagra el principio de inoponibilidad. El Derecho

no puede desproteger aquellas conductas que se fundan en situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, pues de hacerlo se ocasionarían efectos perjudiciales para la circulación segura de las titularidades.

Por otro parte, se tiene que el hacer prevalecer el crédito del acreedor embargante frente a la del propietario no inscrito, no lesiona ninguna norma del derecho nacional, ni mucho menos los preceptos constitucionales, puesto que ello llevaría a que

las normas que regulan la concurrencia de acreedores (art. 1135 del CC) o la prescripción adquisitiva (art. 950 del CC) o la primacía de una garantía real inscrita frente a una propiedad no inscrita (art. 2022.1 del CC), o el principio de fe pública registral (art. 2014 del CC), etc., son normas inconstitucionales, pues, por aplicación de cada una ellas existirá un sujeto que pierde su propiedad, conclusión que resulta inaceptable (Ronquillo Pascual, 2015, p. 16).

Sobre el particular, se tiene que es necesario establecer limitaciones a los derechos subjetivos, ello a efectos de tutelar a los terceros adquirentes y acreedores de buena fe. Lo cierto es que todos los derechos subjetivos (entre ellos la propiedad) tienen límites, un claro ejemplo sobre lo expuesto, es el artículo 70° de la Constitución, donde nos remite implícitamente a los límites establecidos dentro de la ley, los mismo que serían a los terceros adquirentes y a acreedor embargante de buena fe, que se encuentra protegido por la prioridad registral.

En ese sentido, se tiene que

la aplicación del segundo párrafo de la citada norma para resolver la controversia antes descrita, nos parece evidente pues los derechos en conflicto (derecho de propiedad no inscrito y derecho de crédito inscrito en forma de embargo), son derechos de contenido diverso, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas: Los derechos reales (entre los cuales se encuentra la propiedad) presentan como contenido común la facultad de goce o aprovechamiento del bien, que viabiliza la posibilidad de extraer una determinada utilidad del bien, y la

facultad de realización directa del interés del titular, lo que significa que el titular de un derecho real ostentará un poder que le permitirá obtener una utilidad del bien, ejercitando sobre este actividades indispensables al efecto, sin que para ello sea necesaria la intervención de otro sujeto; mientras que el contenido del derecho de crédito se encuentra conformado por la facultad de pretender, lo que significa que el titular de este derecho tiene un poder que le permite dirigirse a otra persona y exigir o reclamar de ella una acción o una omisión por medio de la cual logrará satisfacer su interés” (Ronquillo Pascual, 2015, p. 04).

Consideramos fundamental señalar que en nuestra amplia jurisprudencia, existieron posiciones distintas, no obstante se tiene que en su mayoría (para ser específicos 18 ejecutorias supremas) se muestran a favor del derecho real no inscrito, en tanto que las cinco restantes únicamente protegen el derecho personal inscrito, al respecto “los principales criterios asumidos por nuestra judicatura, que sustentan la posición de prevalencia de los derechos reales sobre los derechos personales, se pueden resumir en: Cuando concurren dos derechos de distinta naturaleza se aplica la segunda parte del artículo 2022° del Código Civil; es decir, el derecho común, de conformidad con lo expresado en la Exposición de Motivos del Código Civil, el artículo 949° del citado Código es una norma de derecho común, quien aparece en el registro público inscrito como propietario, no lo es necesariamente, la preferencia dentro los derechos se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron, sin referencia a la fecha de la inscripción registral. Las disposiciones del derecho común tienen preferencia sobre la disposición general del artículo 2016° del Código Civil. La inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada.

El derecho real es un derecho erga omnes. El principio de prioridad registral solo se aplica para los casos de conflictos entre derechos de la misma naturaleza, mas no para

el caso de conflictos entre derechos de distinta índole, en el que se aplican las disposiciones del derecho común. El segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, constituye una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016° del mismo cuerpo legal. Al contraponer derechos de distinta naturaleza el derecho registral desaparece. Las disposiciones del derecho común establecen, según lo dispone el artículo 949° del Código Civil, que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. El supuesto del artículo 2014° del Código Civil, prevé la adquisición de derechos adquiridos, a su vez, por terceros de buena fe y a título oneroso, lo que es distinto al embargo en forma. El artículo 1135° del Código Civil no es aplicable por cuanto el titular del derecho real en momento alguno ha celebrado acto jurídico de inscripción, puesto que en la medida cautelar no concurre voluntad de los co-demandados y el conocimiento respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien, sin que se afecte derechos de terceros, como es el caso de los demandados. La inscripción de un derecho personal en los registros públicos no lo convierte en real. de muchas decisiones jurisdiccionales, dándole prioridad al primero por con el titular de la medida cautelar obligándose a entregar el inmueble. La clasificación en derechos reales y derechos personales es el sustento razones doctrinarias. El sustento básico es que de acuerdo con el derecho común los derechos reales se pueden hacer valer frente a cualquier persona y los derechos de crédito solo pueden oponerse a terceros (Vigo Saldaña, 2013, pp. 12-14).

Por su parte, citando a Vigo Saldaña los principales argumentos para otorgar primacía al derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito, son los siguientes:

Que no se debe hacer distinción entre derecho real y derecho personal. Que el artículo 2016° del Código Civil, referido a la prioridad de rango, no hace distinción entre derecho real y derecho personal. El artículo 1135° del Código acotado, constituye una norma de derecho común que recoge el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho y resulta aplicable para la solución del conflicto. Para que el derecho inmobiliario tenga la certeza necesaria para su protección y posibilidad de tráfico comercial, se requiere de su inscripción (2013, p. 14).

En ese orden de ideas, se tiene que dado nuestro sistema de transferencia de propiedad, este permite potencialmente el surgimiento de ciertas situaciones jurídicas, cuya eventual solución se encuentra supeditada a que se encuentre inscrito en registros públicos, a fin de preferir este último, en la medida que si queda demostrado que el acreedor embargante actuó de buena fe e inscribió de manera diligente su derecho, nada impide que este sea oponible a otros derechos, entre ellos el derecho de propiedad no inscrito.

De allí, que la “oponibilidad de los derechos no debe darse en consideración a la naturaleza de los derechos contrapuestos sino en mérito de la publicidad que hayan adquirido. Los principios de publicidad, oponibilidad, prioridad de rango, fe pública registral y prioridad excluyente, son criterios más afines a la justicia y a la seguridad jurídica que la vaga remisión a reglas del derecho común para resolver un problema de conflicto entre derechos de diferente naturaleza, como lo son el derecho personal y el derecho real” (Vigo Saldaña, 2013, p. 14); siendo ello argumento suficientes para la prevalencia del embargo inscrito.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Presentación de resultados

La presente investigación, tiene por finalidad establecer los fundamentos por los cuales debe prevalecer el derecho personal de crédito inscrito, frente a la propiedad no inscrita, que erróneamente ha sido adoptada por la Corte Suprema, el 07 de diciembre del 2015, fecha en la que se publicó el VII Pleno Casatorio Civil, Casación N° 3671-2014-Lima, mediante el cual se pretendió unificar criterios en cuanto a la correcta interpretación del segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil.

El conflicto jurídico se da entre los derechos subjetivos (derecho real y derecho personal) que surge dentro de los procesos de tercería, en donde se discute no la probanza del derecho real inscrito que alega el demandante, sino fundamentalmente si ese derecho es oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito un embargo a su favor, en otras palabras como ya se ha recalado líneas arriba, nos encontramos ante un conflicto de derecho sustantivo antes que de carácter procesal.

Otro aspecto a tenerse en cuenta, es la oponibilidad erga omnes que es propio de los derechos subjetivos, es decir, que no incluye solo a los derechos reales, sino también al derecho de crédito; asimismo se ha establecido la importancia de la tutela constitucional la misma que no es exclusiva del derecho de propiedad sino que también abarca al derecho de crédito. Todo ello, nos permite establecer que existen fundamentos suficientes por los cuales la Corte Suprema, debió prevalecer el embargo inscrito.

Ahora bien, antes del año 1984 se aplicaba el criterio cronológico tanto para la fecha en la que surgió el derecho de la propiedad como para aquella en la que surgió el derecho de crédito, esto es de suma importancia dado que en el pleno materia de crítica se estableció que la demanda de tercería de propiedad dependerá de la fecha cierta en que surgió el derecho de propiedad a favor del tercerista, no obstante ello antes del año 1984 se optó por aplicar el criterio de la antigüedad de fecha cierta de los títulos de propiedad sobre el un inmueble registrado, ello se hizo en base a la fecha de la anotación del embargo y la fecha en que se transfirió la propiedad, un claro ejemplo de lo expuesto es la Ejecutoria Suprema del 23 marzo de 1907, es decir la mayoría de ejecutorias que datan antes de 1984, privilegiaban el derecho de crédito, aplicando el criterio antes esgrimido.

Atendiendo a la naturaleza de la muestra no probabilística, y dado el desarrollo de la presente investigación, se ha creído conveniente realizar entrevista a especialistas del derecho registral, en la medida de que la Corte Suprema ha indicado que los principios del derecho registral, no son aplicables en la medida que no forman parte del derecho común, de allí que deja de lado la importancia del registro y la prioridad registral. En consecuencia se establecen los siguientes cuadros a efectos de acreditar y dar mayor validez a nuestra hipótesis, teniendo presente que los datos de identidad han sido reservados por cuestiones de ética en el desarrollo de investigación; se hace hincapie que a los entrevistados se les explico el contenido y alcances de la presente tesis; los resultados son expresados de la siguiente manera:

4.1.1. Entrevistado N° 01

Entrevistado	Magistrado del Juzgado Civil de Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud?	Como Juez, y general todos los jueces deben acoger las disposiciones dadas por la Corte Suprema, cuando se trata de doctrina y/o jurisprudencia vinculante. Ahora, el VII Pleno tiene una materia muy discuta entre el derecho real y derecho personal, al respecto estoy de acuerdo que se haya preferido un derecho real como el de la propiedad, aunque es necesario hacer modificaciones en la legislación civil.
<u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?	Nuestro sistema registral necesita modificaciones, puesto que nadie o pocos conocen la importancia y efectos jurídicos que tiene el registro. Sin duda si hablamos de concurrencia de acreedores quien ha inscrito su derecho, será indefectiblemente protegido por el registro. En cuanto a los procesos de tercería de propiedad, ha quedado establecido con el VII Pleno que no le otorga la debida importancia al registro, pues protege al propietario que no inscribió su derecho.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?	Como indique en las preguntas anteriores, hoy en día el registro a pesar de su importancia, tiene poca protección y valoración, pues de nada sirve registrar un derecho, si en atención a lo dispuesto por el pleno, se prefiere a quien no registro su derecho, esto dentro del marco de los procesos de tercería de propiedad.

<p align="center"><u>Pregunta N° 04</u></p> <p>En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>El derecho de propiedad, reconocido constitucionalmente se constituye como un derecho pleno y absoluto, no obstante encuentra sus límites en el interés público y un claro ejemplo de ello es la expropiación, donde por razones de seguridad nacional y necesidad pública, el propietario ve afectado su derecho a la propiedad a cambio de un justiprecio.</p>
---	---

4.1.2. Entrevistado N° 02

<p align="center">Entrevistado</p>	<p align="center">Magistrado del Juzgado Civil de Cajamarca</p>
<p align="center">Cobertura</p>	<p align="center">Ciudad de Cajamarca</p>
<p align="center">Instrumento Utilizado</p>	<p align="center">Entrevista</p>
<p align="center">Fecha de Aplicación</p>	<p align="center">Enero del 2017</p>
<p><u>Pregunta N° 01</u></p> <p>¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?</p>	<p>Resulta complicado responder a dicha pregunta, por cuanto como magistrados debemos adherirnos a la doctrina jurisprudencial vinculante, no obstante ello considero que el VII Pleno, presenta serias deficiencias por los cuales se debió hacer prevalecer el derecho de crédito o en su defecto, optar por una revisión y modificación legislativa.</p>
<p><u>Pregunta N° 02</u></p> <p>En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>En un proceso de tercería, lo ideal sería que se proteja a quien registro su derecho, independientemente si este fue real o personal, pero el pleno ha optado por desproteger a aquella persona diligente que registró su derecho. En mi opinión, en los procesos de tercería, hoy en día no existe una protección a quien registro su derecho.</p>

<p align="center"><u>Pregunta N° 03</u></p> <p align="center">¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>Como acreedor embargante de nada sirve que registre su derecho, si en atención al VII pleno no hay la debida protección, por lo que hoy en día se ha dejado de lado la protección e importancia que brinda el registro, de allí que resulta necesario establecer criterios de coordinación interpretativa entre el Tribunal Registral y el Poder Judicial, a fin de que exista esa protección debida.</p>
<p align="center"><u>Pregunta N° 04</u></p> <p align="center">En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>El derecho de propiedad es absoluto en la medida que sea oponible a las demás personas, pero dicho carácter se encuentra sujeto a disposiciones de interés colectivo y general, como es el caso de la expropiación o prescripción adquisitiva de dominio.</p>

4.1.3. Entrevista N° 03

<p align="center">Entrevistado</p>	<p align="center">Magistrado del Juzgado Civil de Cajamarca</p>
<p align="center">Cobertura</p>	<p align="center">Ciudad de Cajamarca</p>
<p align="center">Instrumento Utilizado</p>	<p align="center">Entrevista</p>
<p align="center">Fecha de Aplicación</p>	<p align="center">Enero del 2017</p>
<p align="center"><u>Pregunta N° 01</u></p> <p align="center">¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud?</p>	<p>El VII Pleno ha indicado que se trata de dilucidar una cuestión sustantiva y no procesal, sobre ello no comparto opinión, pues como jueces no nos ceñimos únicamente por la norma sustantiva, sino por la cuestión probatoria, que en la mayoría de los casos determinar la procedencia o no de una demanda, por lo que existen serias deficiencias en dicho pleno.</p>

<p><u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>El VII Pleno, deja de lado al sujeto que actuando diligentemente inscribe su derecho, restando importancia al registro, es decir no existe es idónea protección.</p>
<p><u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>El juez interpreta la norma y la valora en relación con los medios probatorios, en el caso del acreedor embargante en un proceso de tercería, puede valorando sus medios probatorios determinar que tiene la razón, no obstante la norma y ahora la jurisprudencia indica que sin importar que haya registrado su derecho, su pretensión debe ser declarada infundada.</p>
<p><u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>Es un derecho absoluto, únicamente en la medida que es oponible a un tercero, pero bajo ciertos parámetros que son determinados por la Constitución o por las leyes específicas.</p>

4.1.4. Entrevista N° 04

Entrevistado	Registrador “A” de la SUNARP - Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017

<p><u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?</p>	<p>Como registrador y como registradores, no estamos de acuerdo con lo dispuesto por el pleno, pues le resta importancia al registro, no obstante son los jueces quienes deben valorar la norma y si lo consideran pertinente apartarse de dicho pleno, asumiendo la posición más justa.</p>
<p><u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>En atención a lo expuesto por el pleno, y de manera específica a los procesos de tercería de propiedad, no existe una adecuada protección, pues a pesar de haber inscrito su derecho, de nada la servirá que lo haga valer en una vía judicial.</p>
<p><u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>El pleno, ha pretendido desconocer la importancia del registro, en los procesos de tercería de propiedad, dejando de lado las finales de seguridad jurídica, publicidad registral, oponibilidad y prioridad registral, debiendo existir con carácter de urgencia una debida modificación del pleno o a nivel legislativo, pues afectar no solo al acreedor embargante sino también a la institución del registro.</p>
<p><u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>La propiedad es un derecho absoluto, dado que puede ser oponible a otros derechos, dentro de los límites que establece la ley.</p>

4.1.5. Entrevista N° 05

Entrevistado	Registrador “B” de la SUNARP – Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?	No, puesto que afecta al registro público y a aquella persona que registro su derecho con anticipación, considero que no se dio la debida interpretación normativa.
<u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?	En virtud a lo señalado en el pleno, se ha desprotegido al sujeto que registra su derecho, específicamente dentro de los procesos de tercería, puesto que los magistrados de la Corte Suprema en su interpretación han determinado que el derecho registral no forma parte del derecho común.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?	En cuanto se refiere a la tercería de propiedad, se ha dejado de lado la protección del registro, restándole importancia; ello afecta no solo al registro público en sí, sino a los justiciables, pues estos actúan bajo la creencia de que la SUNARP, no cumple una función esencial.

<p><u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>El derecho de propiedad no es un derecho absoluto, pues se encuentra sometido a los límites impuestos por la norma, como es el caso de la expropiación o la prescripción adquisitiva de dominio.</p>
--	---

4.1.6. Entrevista N° 06

<p>Entrevistado</p>	<p>Registrador “C” de la SUNARP – Cajamarca</p>
<p>Cobertura</p>	<p>Ciudad de Cajamarca</p>
<p>Instrumento Utilizado</p>	<p>Entrevista</p>
<p>Fecha de Aplicación</p>	<p>Enero del 2017</p>
<p><u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?</p>	<p>Más que adherirse o no a la postura de pleno, es necesario realizar una nueva revisión de dicho pleno o en su defecto de adoptar modificaciones legislativas, que establezcan la importancia del registro y la protección a que no registro su derecho de propiedad.</p>
<p><u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>El pleno ha establecido que no existe dicha protección, sin embargo considero los jueces mediante una correcta interpretación normativa e inclusive constitucional, se pueden apartar del pleno y disponer la debida protección del derecho de crédito.</p>
<p><u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores</p>	<p>Como registrador, nos guiamos bajo las disposiciones normativas dispuesto por el Código Civil (Libro de Registros Públicos) y el Reglamento de la SUNARP, así como las disposiciones vinculantes emitidas por el Tribunal Registral, pero hoy en día en virtud al pleno, se</p>

embargantes que registraron su derecho y al registro público?	ha desvalorado la importancia de la seguridad jurídica y oponibilidad respecto del acreedor embargante que registro primero su derecho, por lo que existen fundamentos suficientes para apartarse de dicho pleno.
<u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.	Es un derecho relativo, pues se encuentra sujeto a los límites impuestos por la ley, en cuando su oponibilidad y en cuanto a intereses generales como el caso de la expropiación, todo ello bajo determinadas causales.

4.1.7. Entrevista N° 07

Entrevistado	Registrador “D” de la SUNARP – Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?	No, por cuanto desvirtúa la finalidad del registro, en cuanto a la protección y seguridad jurídica se refiere, además que desconoce que el derecho registral, forme parte del derecho común.
<u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?	Como lo dije anteriormente, el pleno ha desconocido la importancia del registro y por ende desprotege al sujeto (en el caso específico al acreedor embargante) que registró su derecho con anticipación, pues erróneamente hace prevalecer el derecho real no inscrito, aduciendo que se trata de un derecho de carácter absoluto.

<p align="center"><u>Pregunta N° 03</u></p> <p align="center">¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>El entrevistador señala, que en los procesos de tercería ya no se da la protección e importancia del registro, pues así lo hizo notar la Corte Suprema, al emitir dicho pleno, no obstante resalta que esto debe ser modificado.</p>
<p align="center"><u>Pregunta N° 04</u></p> <p align="center">En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>No es un derecho absoluto, pues se encuentra sujeto a límites.</p>

4.1.8. Entrevista N° 08

Entrevistado	Registrador “E” de la SUNARP – Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017
<p align="center"><u>Pregunta N° 01</u></p> <p align="center">¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?</p>	<p>Los magistrados en su interpretación normativa han optado por proteger al derecho real no inscrito, no obstante en mi posición considero que se debió privilegiar al derecho de crédito, no necesariamente por la naturaleza de dicho derecho, sino porque actuando correctamente registra su derecho.</p>

<p><u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>En los procesos de tercería de propiedad, considero que la oponibilidad parte de quien registro su derecho, por lo que los magistrados debieron hacer prevalecer al acreedor embargante, no obstante ello aducen que se trata de un conflicto de derechos que debe ser resuelto por el derecho común, mas no por el derecho registral, dejando de lado la protección sujeto que inscribió su derecho.</p>
<p><u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>Hoy en día, en cuanto a procesos de tercería de propiedad se refiere, se ha dejado de lado la importancia del registro, con ello no hacen más que desnaturalizar nuestra función.</p>
<p><u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>Es un derecho relativo, pues se encuentra sujeto a límites impuestos por la ley, un claro ejemplo de ello, es la expropiación que afecta indudablemente el derecho de propiedad.</p>

4.1.9. Entrevista N° 09

Entrevistado	Registrador “F” de la SUNARP – Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017

<p><u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?</p>	<p>No, puesto que el pleno ha olvidado como era antes del año 1984, cuando el derecho común era de aplicación cuando los inmuebles no estaban registrados, es decir si se trata de un controversia de derechos reales y personales, sin lugar a duda el derecho registral forma parte de derecho común, por lo que existen diversos vacíos y contradicciones en dicho pleno que merecen ser revisados.</p>
<p><u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?</p>	<p>Se lo ha desprotegido totalmente, pues no importa que su derecho esté inscrito, si se protegerá la pretensión del propietario que no registro con anterioridad su derecho.</p>
<p><u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?</p>	<p>Específicamente, centra su atención en la importancia del registro, tanto en su seguridad jurídica como en su publicidad registral, siendo así esta institución tiene amparo constitucional, que la Corte Suprema no ha verificado, restando así importancia al registro público.</p>
<p><u>Pregunta N° 04</u> En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.</p>	<p>Es un derecho relativo, dado que se encuentra sujeto a límites normativos (usucapión) y constitucionales (expropiación).</p>

4.1.10. Entrevista N° 10

Entrevistado	Registrador “G” de la SUNARP – Cajamarca
Cobertura	Ciudad de Cajamarca
Instrumento Utilizado	Entrevista
Fecha de Aplicación	Enero del 2017
<u>Pregunta N° 01</u> ¿Está de acuerdo con la posición adoptada por el VII Pleno Casatorio Civil, que postura opta Ud.?	Los magistrados de la Corte Suprema, no solo debieron guiarse por los ponencias de los amicus curiae, sino también por las disposiciones del derecho comparado (derecho español), y por el verdadero sentido del artículo 2022° del Código Civil, en cuanto se refiere al derecho común, por lo que difiero mucho de la posición adoptada por la Corte.
<u>Pregunta N° 02</u> En los procesos de tercería de propiedad y en relación al VII Pleno Casatorio, ¿considera que existe una protección al sujeto que inscribió su derecho en registro?	Sin duda la Corte Suprema, ha establecido que no es pasible de protección quien inscribió primero su derecho, dentro de un proceso de tercería de propiedad; en mi opinión considero que se ha desprotegido al acreedor embargante, por fundamentos poco convincentes.
<u>Pregunta N° 03</u> ¿Considera que hoy en día existe una debida protección y valoración a aquellos acreedores embargantes que registraron su derecho y al registro público?	Con la decisión emitida por el pleno, se ha restado importancia al registro público, pudiendo en algunos de los casos generar confusión entre los litigantes, pues estos bajo la creencia de que el registro no protegió al acreedor embargante que registro su derecho, no van a inscribir sus posteriores actos de transferencia.

Pregunta N° 04	El derecho a la propiedad, debe ser entendido como un derecho sujeto a límites impuestos por la Constitución, como es el caso de la expropiación, por lo que no debe ser entendido como un derecho de carácter absoluto.
En cuanto a la propiedad, ¿considera que es un derecho de carácter absoluto o relativo? Explique su respuesta.	

Ahora bien, una vez realizado las entrevistas con la finalidad de conocer, las opiniones de jueces y registradores, sobre la presente investigación, corresponde realizar un análisis en cuanto a la casuística existente, que si bien es cierto ha sido descrita en los acápites anteriores, es necesario ahora evaluar de manera clara los fundamentos por los cuales se opta por la propiedad no inscrita o embargo inscrito, se tiene para ello el siguiente detalle:

Fundamentos Casaciones	PROPIEDAD NO INSCRITA	EMBARGO INSCRITO
Cas. N° 125-2000	Para que sea oponible el derecho del tercerista, el derecho de propiedad se tiene que sustentar con documento de fecha cierta	-
Cas. N° 1162-02	-	Para poder oponer derechos reales es necesario que el derecho se encuentre inscrito con anterioridad al de aquel que se opone
Cas. N° . 444-2004	-	La tercería de propiedad, tiene como presupuesto procesal que se acredite la propiedad de los bienes afectados
Cas. N° 384-2004	Uno de los fundamentos de la	-

	acción de tercería es el derecho de propiedad	
Exp. N° 118-2002	El perjudicado con una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad <i>registrado</i>	-
Cas. N° 4905-2007	-	El derecho de la parte demandante sigue sin inscribirse, por lo que el anticipo de legítima no puede ser opuesto al embargo inscrito. Es aplicable el principio de prioridad registral cuando concurren en el registro dos titulares de derechos de naturaleza real, en cuyo caso tendrá preferencia quien haya inscrito primero.
Exp. N° 016-2002-AI/TC	-	La medida de permitir el acceso de los sectores de bajos recursos al registro de propiedad.
Cas. N° 18-2003	Se busca determinar el derecho de preferencia y de exclusión de un derecho real respecto a otros derechos reales que se le opongan	-
Cas. N° 5135-2009	Establece que la frase derecho común a la luz de una interpretación sistemática (que consistió en recurrir a las expresiones empleadas en otras normas que resuelven conflictos de derechos) significa la no	-

	aplicación de los criterios registrales	
Cas. N° 1417-2000	-	Prevalece el derecho del adquirente de un inmueble que inscribe su derecho frente a otro que adquirió con anterioridad pero que no inscribió su derecho
Cas. N° 415-1999	La mayor parte de los bienes inmuebles no presentan inscripción en los registros porque la misma no es constitutiva, sino declarativa	-
Cas. N° 1104-2002	-	Al inscribirse el embargo se presume que era de conocimiento del “adquiriente” del inmueble; situación que se suma a la prioridad en la inscripción (del embargo frente a la transferencia), amparada por el Principio de Prioridad de Rango
Cas. N° 403-2001	-	Debe prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, dado que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título de la tercerista, por lo que el demandado mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho
Cas. N° 942-99	Se trata de derechos de diferente naturaleza, puesto que hay el derecho real del tercerista frente al derecho personal del	-

	embargante, se debe aplicar el derecho común, por lo cual no rigen las disposiciones del derecho registral	
Cas. N° 1617-99	El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo la inscripción de un inmueble en el registro público	-
Cas. N° 1974-2000	El segundo párrafo de artículo 2022° Código sustantivo establece una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016° del referido cuerpo de leyes, de modo que ante la concurrencia de un derecho real con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero	-
Cas. N° 1649- 97	-	El embargo es la afectación jurídica del bien, que puede ejecutarse inscribiéndose en el registro de la propiedad
Cas. N° 4189-2013	-	El derecho de propiedad no inscrito no goza de los privilegios que otorgan los Registros Públicos, principalmente la publicidad, la impenetrabilidad y la oponibilidad erga omnes
Cas. N° 1034-2009	Oponer derechos de diferente naturaleza se deben aplicar las disposiciones relacionadas al derecho común; y, en el presente	-

	caso, la norma de derecho común aplicable sería la contenida en el artículo 949° del Código Civil	
Cas. N° 527-2003	-	Oponibilidad de derechos sobre un mismo bien no debe importar la supuesta naturaleza real o personal del derecho involucrado. Lo relevante es la publicidad
Cas. N° 3800-2002	Si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real (...) tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de oponibilidad erga omnes, que no tiene el derecho personal	-

4.2. Análisis, interpretación y discusión de resultados

De acuerdo a las entrevistas y al cuadro de criterios establecidos por la Corte Suprema, antes de la dación del VII Pleno Casatorio Civil, se evidencia los distintos criterios adoptados, favorables tanto para el crédito inscrito como para la propiedad no inscrita, no obstante ello, consideramos que fácilmente se hubiera podido ganar en persuasión a fin de lograr la protección del crédito inscrito del acreedor embargante.

En principio se tiene que la oponibilidad erga omnes como ya se mencionó, es propio de los derechos subjetivos, entre ellos el derecho real y el derecho personal, como ha quedado demostrado con los criterios que buscan la protección del crédito inscrito, en ese sentido podemos indicar que todos los derechos subjetivos son susceptibles de ser

vulnerados y por ende merecedores de una reparación civil, sobre el particular derecho de crédito podemos indicar que este puede ser lesionado por el deudor o persona distinta, el deber general de no causar daño incluye a su vez al derecho subjetivo, el derecho de crédito es oponible contra cualquier persona, quedando de esta manera descartado la idea de que únicamente el derecho real es un derecho subjetivo.

El conflicto de intereses se da entre derechos subjetivos, y no entre un derecho subjetivo y un acto procesal, como así lo quiere hacer notar la Corte Suprema, al indicar que el derecho real es un derecho subjetivo en tanto que el derecho de crédito deriva de un acto procesal que es la demanda de obligación de dar suma de dinero. Todo ello es contrario a la verdad, puesto que los conflictos se dan entre intereses subjetivos de las partes, mas nunca concurren un derecho subjetivo (propiedad) con un acto procesal (embargo o crédito).

Además, conforme ha quedado demostrado anteriormente, los magistrados de la Corte Suprema, no tuvieron en cuenta la evolución social y económica que implica el derecho de crédito en nuestro país, limitándose únicamente a reconocer el derecho a la propiedad, y atendiendo a que el derecho debe ser visto desde el momento normativo histórico sobre el cual se crea una norma para lograr una correcta interpretación; aspecto que no ha sido realizado, de allí que consideramos que ello es una razón suficiente para la prevalencia del derecho de crédito no inscrito, dejando de lado las cuestiones subjetivas para dirimir una controversia.

Asimismo, conforme ha quedado establecido con las entrevistas realizadas, el derecho registral forma parte del derecho común, debiendo ser tomado en cuenta al momento de resolver el conflicto, más aun cuando de la interpretación sistemática del artículo 2022° del Código Civil nos lleva a establecer que se debió prevalecer el derecho del acreedor embargante, debiendo además de ser concordante con las ideas del verdadero sentido del artículo precitado, expresado en la exposición de motivos.

Conforme ha quedado establecido con las entrevistas y el cuadro de jurisprudencia, se tiene que el conflicto contenido en el artículo 2022° del Código Civil (conflicto entre derechos reales y personales), no es el único problema presentado en la normatividad civil, un ejemplo de lo expuesto se tiene en el artículo 161° del cuerpo acotado, referido a la ineficacia del acto jurídico, de allí la evidente necesidad de una regulación y/o modificación legislativa.

El conflicto entre un derecho real y un derecho personal, debe ser resuelto en función a la normatividad sustantiva y no procesal, como así lo quiere hacer notar la Corte Suprema, al restar importancia al derecho de crédito pues indica que este nace de una obligación de dar suma de dinero, proceso ejecutivo con característica eminentemente procesal.

Otro aspecto importante, es que la tutela debe alcanzar al acreedor embargante, pues se ha determinado de su conducta diligente y en función a la información contenida en el registro y en principio de publicidad registral, el acreedor decide accionar judicialmente al verificar la presencia de bienes inscritos a nombre de su deudor y,

luego, afectar bienes inscritos en lugar de bienes no inscritos, es decir se trata de una suerte de tercero protegido por el artículo 2022° del Código Civil, en la medida que el derecho no puede desproteger aquellas pretensiones que se fundamentan en hechos sólidos y veraces, de lo contrario afecta la misma transferencia y/o circulación de titularidades.

Como se ha establecido en la formulación de nuestra hipótesis, la inscripción en un sistema consensual de la transferencia de propiedad inmueble busca disminuir los riesgos de inseguridad o incerteza de derechos subjetivos, garantizando la adquisición de un derecho, pasible de ser oponibles a todos; si bien es cierto en nuestra legislación la inscripción no tiene eficacia constitutiva, es decir, no determina la transferencia de la propiedad, se debe considerar como un modo para resolver los conflictos, puesto que la falta de inscripción expone a un peligro contractual inminente, en dicho escenario el conflicto se debe resolver a favor de quien primero inscribe su derecho.

Por otro lado, se ha llegado a establecer que el derecho de crédito no tiene protección constitucional, pues se trata de una cuestión procesal, a diferencia del derecho de propiedad; sobre el particular resulta refutable dicha ideas, pues la propia Constitución consagra el libre mercado en los artículos 58° al 65° y para el correcto funcionamiento de este es imperativo que el Estado evite el incumplimiento de los contratos o, en general, la insatisfacción de los créditos; así tanto el crédito como la propiedad, se encuentra protegidos por la Constitución.

4.3. Discusión de los Antecedentes de la Investigación

Al inicio de la investigación habíamos citado investigaciones que han estudiado aspectos relacionados a nuestro tema y que corresponde discutirlos en el presente acápite. Iniciaremos recordando que el objetivo general que busca explicar la prevalencia del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú. En ese sentido, la investigación parte con la afirmación de que el embargo inscrito prevalece frente al derecho de propiedad.

Sobre la base de lo señalado, la investigación de Sánchez Romero (2015), si bien concluyó que el criterio jurisprudencial que debería adoptarse es el que favorece al embargo inscrito frente a la propiedad no inscrita en virtud a un orden legal que brinde seguridad jurídica frente al abuso del derecho de propiedad a nivel social. La citada investigación explica las razones de tal prevalencia a partir de la seguridad jurídica, con lo que difiere de nuestra investigación. Asimismo, Sánchez Romero señala la necesidad de una reforma legal, pero no la desarrolla o propone, lo que efectivamente es un vacío que en esta tesis hemos desarrollado y propuesto.

En cuanto a la tesis de Lino Rodríguez (2015), si bien no trató directamente sobre la discusión entre el embargo inscrito y la propiedad no inscrita, se concluyó también en la necesidad de registro a partir de la seguridad jurídica, pues como bien se afirma la finalidad del Registro de Predios radica en la protección de los derechos de propiedad a través de la oponibilidad generada por la publicidad registral que esta institución otorga que genera seguridad jurídica sobre los derechos publicitarios. Tal Registro y su

prevalencia ayudarían a prevenir los problemas que actualmente genera nuestro Sistema registral declarativo.

En cuanto a las conclusiones arribadas en la tesis Aliaga Blanco (2012), se precisó la importancia del registro y se analizaron los problemas trascendentales que impiden la inscripción registral, precisando que la causa principal de las dificultades para la inscripción de los actos y contratos en el Registro de Predios es la desnaturalización de su finalidad, variables o categorías que no hemos trabajado en la presente investigación pero que nos permitieron comprender mejor la hipótesis demostrada.

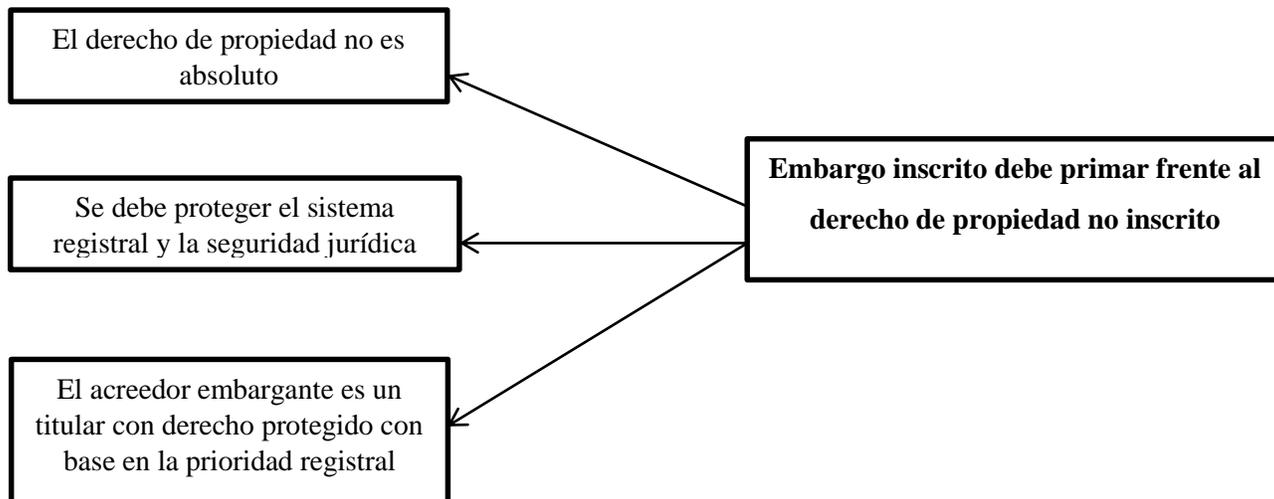
A diferencia de lo desarrollado en las investigaciones que directa e indirectamente tratan nuestro tema, tiene soporte teórico lo afirmado por algunos juristas como Jimmy Ronquillo Pascual, quien sostiene que “el primer error en que se incurre consiste en considerar a la propiedad como un poder jurídico cuando en realidad aquella es un derecho subjetivo” (2009, p. 58). Por su parte el profesor José Castán Tobeñas señaló en su momento que “la propiedad equivale en sentido gramatical a la cualidad de una cosa. Así se habla de propiedades físicas, o de propiedades de otro tipo. En el Derecho Civil lo que interesa al tratar de la Propiedades la forma jurídica de las facultades o poderes del Hombre sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas.” (Castán Tobeñas, 1950, p. 97).

Respecto a la propiedad, Javier Barnes Vásquez afirmó que “lo que parece en este momento el punto esencial del concepto es la actuación que puede realizar el

propietario sobre un Bien Económico. Se contempló la valoración jurídica del fenómeno de goce o utilización de las cosas; o sea de una actividad concreta que arrancando de una base subyacente económica, se traduce en una relación jurídica que permite al propietario el poder decidir el destino económico del bien.” (Barnes Vásquez, 1988, p. 47). Luego, Gunther Gonzales Barrón (2014), sostiene que:

“El embargo es una medida ejecutiva, pero no un derecho, que se dicta sin certeza ni declaración sobre la titularidad del bien afectado, por lo que resulta imposible que con ese grado de superficialidad se pudiese despojar la propiedad de un tercero (art. 70° de la Constitución). Lo contrario implicaría que el embargo es un “curioso derecho”, nacido por obra de un juez casi a ciegas, sin conocer plenamente los hechos, y a pesar de ese defecto de origen, paradójicamente se convertiría en un “derecho inatacable” de origen judicial, por encima de la propiedad que es derecho constitucional (art. 70° Constitución.) y derecho humano (art. 21° de Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

4.4. Contrastación de la Hipótesis



CAPÍTULO V

**PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA LOS REQUISITOS
PROCEDIMENTALES QUE GARANTICEN LA PROTECCIÓN DE
DERECHOS PERSONALES DILIGENTES FRENTE A DERECHOS REALES
NO DILIGENTES**

5.1. Propuesta de Proyecto de Ley

En virtud de lo desarrollado en la presente tesis se ha creído conveniente realizar un Proyecto de Ley que servirá para modificar el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, Texto normativo aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097–2013–SUNARP–SN, de fecha 03 de mayo de 2013, en cuyo título IV denominado Cargas y Gravámenes, en los artículos 128° establece la anotación del embargo; en el sentido de que dicho artículo establece una serie de requisitos para la procedencia de la anotación del embargo, entre los cuales tenemos:

- Resolución que concede la medida cautelar de embargo
- Contener la individualización del predio afectado
- Incluir el monto de la afectación
- Resolución deberá contener el número de la partida registral de predio.

A dichos requisitos, se busca modificar y ampliar los mismos, a efectos de garantizar una debida protección, del titular que inscribió su derecho personal, frente a quien posee una derecho real, pero que no lo inscribió; a raíz de lo resuelto por el VII

Pleno Casatorio Civil, así mediante la aprobación de la propuesta legislativa e inclusión al citado reglamento, es que se coadyuvara con la problemática existente entre los derechos reales vs derechos personales. Por lo que teniendo en cuenta la reglamentación vigente y tomando como ejemplo el proyecto de ley N° 2301/2012-CR.

Proyecto de Ley N° _____



Congreso de la República **PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 128° DEL
REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL
REGISTRO DE PREDIOS (R.N. 097-2013-
SUNARP-SN)**

.....

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 128° DEL REGLAMENTO DE
INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PREDIOS (R.N. 097-2013-SUNARP-
SN)**

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el texto del artículo 128° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el que quedará redactado en los términos siguientes:

Art. 128°.- Anotación de embargo

La anotación de embargo se extenderá en mérito de parte judicial que contenga la resolución que concede la medida, la que contendrá la individualización del predio afectado y el monto de la afectación.

Previamente a registrar la anotación del embargo, el Registrador deberá verificar el nombre del actual propietario (deudor demandado) y previa notificación a efectos de que este indique si sigue siendo propietario o no respecto del bien materia de embargo. En el caso que este acepte seguir siendo el actual propietario, el registrador procederá a realizar la anotación del embargo.

En el caso, de que el deudor demandado advierta que el bien ha sido transferido a un tercero, el Registrador podrá de conocimiento al Juez, a fin de que resguardar el derecho del acreedor embargante que diligentemente busca registrar un derecho real.

Para el caso del embargo ordenado en sede administrativa se requiere, además, que el ejecutor coactivo se encuentre acreditado ante el Registro y que con el oficio cursado por el ejecutor se acompañe copia certificada de los actuados pertinentes o se inserten los mismos. El número de la partida registral del predio debe constar en la resolución

que concede la medida cautelar o desprenderse del parte judicial o administrativo correspondiente.

5.2. Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto modificar los requisitos procedimentales exigidos en el artículo 128° del Reglamento de Registro de Predios, con la finalidad de proteger al acreedor embargante que busca registrar su derecho real; y de esta manera se busca prevenir y evitar los casos por tercería de propiedad, en los que se protege al derecho de propiedad del tercero que no registro su derecho.

Disposiciones finales

Primera.- Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los días del mes de de

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los días del mes de

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta de ley surge como consecuencia de la problemática existente entre el derecho real no inscrito y el derecho personal inscrito, que ha sido presuntamente

dilucidado por el VII Pleno Casatorio Civil; en el sentido de que se ha verificado que existen razones suficientes para la protección del acreedor embargante que registro primero su derecho, debiendo ser protegido por el registro y la prioridad registral.

En ese sentido, la presente ley busca resolver el conflicto existente, pues modifica los requisitos contenidos en el artículo 128° del Reglamento de Predios, a efectos de que antes de generar un proceso judicial por tercería de propiedad, en donde se aplique lo dispuesto en el VII Pleno, el registrador ponga en conocimiento de lo suscitado al Juez, a fin de que este tutele el derecho personal (de crédito) del acreedor embargante.

El contexto, nos permite evidenciar, la necesidad de modificar dicho dispositivo legal, máxime si nuestra legislación peruana y la jurisprudencia actual emitida viene siendo objeto de diversas críticas, por vacíos y deficiencias en cuanto a la interpretación del artículo 2022° del Código Civil.

Por lo que, el presente proyecto de ley contribuirá a resolver dicho problema jurídico, pues, lo que se espera es implementar su incorporación en el Reglamento del Registro de Predios.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL

La propuesta legislativa en estricto modifica el artículo 128° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, Texto normativo aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097–2013–SUNARP–SN, de fecha 03 de mayo de 2013.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se puede garantizar que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto se trata de un requisito adicional que deberá tomar en cuenta el Registrador antes de realizar la anotación del embargo.

CONCLUSIONES

1. El embargo inscrito a favor del acreedor debe primar frente al derecho de propiedad no inscrito, por cuanto el derecho de propiedad no es absoluto; se debe proteger el sistema registral y la seguridad jurídica; el acreedor embargante no es un tercero registral, sino un titular con derecho protegido con base en la prioridad registral.
2. El conflicto legal contenido en el artículo 2022° del Código Civil, evidencia que los problemas en la transferencia de bienes inmuebles es consecuencia de nuestro Sistema Registral eminentemente declarativo, por lo que no se debe tener en cuenta su respectiva modificación a fin de no restar importancia al registro en cuando a su inscripción y eficacia.
3. La denominación de derecho común que se encuentra en otras normas que resuelven conflictos de derechos determina, que el acreedor embargante quien actuó diligentemente, no tuvo forma de conocer la transferencia de propiedad del inmueble de su deudor ya que dicha transferencia no fue publicitada en el Registro Público.
4. El VII Pleno Casatorio Civil no resuelve en forma definitiva el conflicto en cuestión dado que, a la fecha existen diversas críticas y razones fundadas y veraces que hacen necesaria una modificación legislativa y/o revisión de pleno a efectos de optar por la protección del crédito como derecho real del diligente acreedor embargante.

RECOMENDACIONES

1. El conflicto legal contenido en el artículo 2022° del Código Civil, evidencia que los problemas en la transferencia de bienes inmuebles es consecuencia de nuestro Sistema Registral eminentemente declarativo, por lo que no se debe tener en cuenta su respectiva modificación a fin de no restar importancia al registro en cuando a su inscripción y eficacia.
2. Se debe disponer una modificación del artículo 2022° del Código Civil, en el extremo que debe expresar con claridad el término las disposiciones del derecho común, con la finalidad de que se delimite con claridad y que se incluya al derecho registral como parte del derecho común.
3. El problema de los casos de tercería, debe ser superado por una coordinación sistemática y adecuada existente entre la SUNARP y el Estado Peruano, a fin de evitar el aumento de casos con la desinformación de las personas que en su mayoría acceden a registros desconociendo los trámites previos a la inscripción.
4. Exhortamos a los jueces, registradores, abogados, estudiosos del derecho y alumnos en general a seguir abordando el tema de los derechos reales y derechos personales, a fin de buscar soluciones jurídicas adecuadas que permitan contribuir con el amplio campo del derecho, logrando así la ansiada tutela jurisdiccional efectiva.

LISTA DE REFERENCIAS

- Albaladejo, M. (1977). *Derecho de Bienes*. Barcelona.
- Aliaga Blanco, L. (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Lima: PUCP.
- Alvarez Caperochipi, J. A. (2006). *Derechos Reales*.
- Alsina, H. (1963). *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía argentina de Editoriales S.R.Ltda.
- Amorós Guardiola, M. (1998). "La teoría de la publicidad registral y su evolución". *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 27.
- Angeles Jove, M. (1995). *Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Alvarez, Luis J. (1990). *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Arguello Landaeta, I. (1989). *Medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Civil*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Ariano Deho, E. (2004). La tercería de "propiedad" en el CPC de 1993: sus problemas y sus atajos. *Dialogo con la jurisprudencia*, 03-17.
- Arias-Schereiber, M. (1998). *Exégesis del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Avedaño V, J. (2003). El derecho de propiedad en la Constitución. *Themis - Revista de Derecho*, 117-118.
- Barnes Vásquez, J. (1988). *La propiedad constitucional*. Marid: Civitas.
- Barzel, Y. (1989). *Análisis Económico de la Propiedad*. New York.
- Borja Martinez, M. (2013). *Teoría General de las obligaciones*. México: Porrúa.

Cachón Cadenas, M. (2011). *Ejecución Dineraria: El embargo. Apuntes de ejecución procesal civil*. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona.

Cachón Cadenas, M. (1991). *El Embargo*. Barcelona: Librería Bosch.

Castán Tobeñas, J. (1950). *Derecho Civil*. Madrid: Reus.

Casacion, 627-1996 (Corte Suprema 03 de Mayo de 1996).

Casación, 1892-1996 (Corte Suprema 18 de Setiembre de 1996).

Casación, 1649-1997 (Corte Suprema 10 de Diciembre de 1997).

Casación, 964-1998 (Corte Suprema 21 de Octubre de 1998).

Casación, 2374-1998 (Corte Suprema 23 de Abril de 1998).

Casación, 991-1998 (Corte Suprema 08 de Enero de 1998).

Casacion, 1859-97 (Corte Suprema de la República 18 de Diciembre de 1999).

Casacion, 415-1999 (Corte Suprema 01 de Septiembre de 1999).

Casacion, 942-1999 (Corte Suprema 07 de Setiembre de 1999).

Casacion, 1617-1999 (Corte Suprema 01 de Septiembre de 1999).

Casacion, 1702-1999 (Corte Suprema 07 de Enero de 1999).

Casación, 2333-1999 (Corte Suprema 30 de Noviembre de 1999).

Casacion, 1064-2000 (Corte Suprema 30 de Noviembre de 2000).

Casacion, 1417-2000 (Corte Suprema 2000).

Casacion, 1974-2000 (Corte Suprema 01 de Marzo de 2000).

Casación, 125-2000 (Corte Suprema 22 de Mayo de 2000).

Casacion, 405-2001 (Corte Suprema 19 de Octubre de 2001).

Casacion, 1670-2002 (Corte Suprema 08 de Noviembre de 2002).

Casacion, 1104-2002 (Corte Suprema 03 de Febrero de 2002).

Casación, 3800-2002 (Corte Suprema 30 de Octubre de 2002).

Casacion, 1162-2000 (Corte Suprema 03 de Febrero de 2003).

Casacion, 1162-2002 (Corte Suprema 03 de Febrero de 2003).

Casacion, 181-2002 (Corte Suprema 30 de Junio de 2003).

Casación, 18 (Corte Suprema 2003).

Casación, 527-2003 (Corte Suprema 2003).

Casacion, 384-2004 (Corte Suprema 01 de Diciembre de 2004).

Casacion, 444-2004 (Corte Suprema 01 de Junio de 2006).

Casacion, 4905-2007 (Corte Suprema 11 de Marzo de 2007).

Casacion, 5135-2009 (Corte Suprema 2009).

Casación, 1034-2009 (Corte Suprema 09 de Diciembre de 2009).

Casación, 4189-2013 (Corte Suprema 10 de Junio de 2013).

Casación, 3464-2013 (Corte Suprema 01 de Agosto de 2013).

Calamandrei, P. (1945). *Introduccion al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Platense.

Cerna, R. (2014). Corte Suprema: embargo inscrito prevalece sobre propiedad no registrada. *La Ley*.

Chiovenda, G. (1948). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

De la Oliva, A. (2016). Embargo. *Enciclopedia Libre*.

De Soto, H. (2000). *El misterio del capital*. Lima: El Comercio.

Delgado Scheelje, Á. (2000). La publicidad Jurídica Registral en el Perú: Eficacia Material y Principios Registrales. *Folio Real*.

- Díez-Picazo, L. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Ed. Tecnos .
- Exposición de Motivos del Código Civil de 1984. (1989). Separata especial. *diario oficial "El Peruano*, pág. 15.
- Expediente, 51116-1997 (Sala Civil para procesos ejecutivos y cautelares 1997).
- Expediente, 118-2012 (Tercera Sala Civil de Lima 2002).
- Expediente, 016-2002 (Tribunal Constitucional 2002).
- Expediente, 666-2006 (Primer Juzgado Civil de Maynas 2006).
- Enrique Palacios, L. (1789). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Falcón, E. (2005). *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Garces, R. (1967). *Tratado de tercerías*. Concepción: Libotec Ltda. Editores.
- Gonzales Barrón, G. (2012). La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución. En G. C. 56, *Análisis Civil, Comercial y Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- González Barrón, G. H. (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores.
- González Barrón, G. (2014). Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. *Thomson Reuters*.
- Guerra Cerrón, M. E. (2015). En contra de una regla procesal de prevalencia: Entre el derecho real y personal. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 7.
- Guzmán Altamirano, R. (2015). *El Advenimiento de la primacia del embargo inscrito: lege ferenda a proposito del VII Pleno Casatorio Civil*. Lima: USMP.
- Hernández Lozano, C. (1995). *Proceso Cautelar*. Lima: Ediciones Jurídicas.

- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). *Metodología de la investigación* (Quinta ed.). México D.F.: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Hinostroza Mínguez, A. (1998). *El embargo y otras medidas cautelares*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Hinostroza Mínguez, A. (2010). *Procesos Abreviados*. Lima: Jurista Editores.
- Hugo, F. F. (1993). *El Contrato con Efectos Reales*. Lima: Editorial Ius Et Veritas.
- Lacruz Berdejo, J. (1990). *Elementos del Derecho Civil. Derechos Reales, Posesión y Propiedad*. Barcelona: Bosch.
- La Puente Lavalle, M. (2002). *Perfeccionamiento de la Transferencia de la Propiedad*. Lima: Jurista Editores.
- Ledesma Narvaez, M. (2008). *Código Procesal Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ley, L. (2015). Lo que dijeron los amicus curiae en el VII Pleno Casatorio Civil. *La Ley*, 3-4.
- Ley, L. (2016). Las tres jurisprudencia más importantes en la materia. *La Ley*, 2-5.
- Lino Rodríguez, L. (2015). *El establecimiento del carácter constitutivo de inscripción sobre transferencia de bienes inmuebles en el registro de predios garantiza la seguridad jurídica*. Trujillo: UPAO.
- Lino, P. (1983). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Lohmann Luca de Tena, J. G. (2015). Prevalece en los inmuebles registrados el Derecho Inscrito del embargante. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 4-5.
- Luperdi Gamboa, C. E. (2004). Tercería de Propiedad vs. Ejecución de Garantías. Un atentado contra los Acreedores y un desincentivo para el otorgamiento de créditos. *Normas Legales*, 59-80.

- Mejorada, M. (2015). El poder del embargo inscrito. En *Enfoque - Derecho*. Lima: Themis.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el Derecho de Propiedad a partir de sus Contornos Constitucionales. *Foro Jurídico N° 12: PUCP*, 97-108.
- Monroy Gálvez, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima: Editorial Librería Studium.
- Montero Aroca, J. (2001). *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000*. Valencia: Edit. Tirant Lo Blanch.
- Mosqueira, E. (2000). Las reformas Institucionales para la creación de un sistema de derechos de Propiedad. *La reforma incompleta*, 85-87.
- Ninamanco Córdova, F. (2015). Ante la propiedad no registrada: Por la Supremacía del crédito inscrito. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 6.
- Ninamanco, F. (2013). *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ochoa Monzo, V. (1997). *La Localización de bienes en el embargo*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Orihuela Iberico, J. (1991). Comentarios al Libro de Registros Públicos. *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*, 481.
- Orrego Acuña, J. (2015). *La Propiedad*. Lima: Editorial Civitas.
- Ortells Ramos, M. (2002). *Proceso Civil Práctico*. Madrid: Ed. La Ley.
- Ortiz Sánchez, I. (2010). *El derecho de propiedad y la posesión informal*. Lima: PUCP.
- Paredes Ciccía, C. Y. (2002). La Transferencia de propiedad de bienes inmuebles y los procesos de tercería de propiedad. *Revista de Investigación Jurídica Ius*.
- Pau Pedrón, A. (2001). Esbozo para una teoría general de la oponibilidad. *La Publicidad Registral*, 271.

- Peña Bernaldo de Quiros, M. (1999). *Derechos Reales. Derecho hipotecario*. Madrid: CRPME.
- Pizarro Aranguren, L. (1997). Reflexiones sobre el libro de Registros Públicos del Código Civil. *THEMIS*, 227
- Podetti, R. (2004). *Tratado de la tercería*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Pozo Sánchez, J. E. (2015). Análisis diferente para el pleno, desde la óptica de este proceso: La tercería excluyente. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 8.
- Ramirez Cruz, E. M. (2005). *Tratado de Derechos Reales*. Lima.
- Ramírez Jimenez, N. (2015). Crónica del séptimo pleno casatorio civil: En debate propiedad no registrada y el embargo inscrito. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, 2-3.
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rengifo Gardeazábal, M. (2011). *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Temis.
- Rigaud, L. (1928). *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*. (J. Xirau, Trad.) Madrid: Reus.
- Rioja Bermudez, A. (2010). *Medida cautelar de embargo en forma de retención*. Lima: PUCP.
- Rioja Bermudez, A. (2010). En defensa de la propiedad indebidamente embargada. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 163.
- Ripert, J. (1988). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Madrid: Editorial Civitas.
- Rocco, U. (2005). *El Proceso Cautelar*. Lima: Grijley.

- Ronquillo Pascual, J. (2009). Lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inueble inscrito. *Actualidad Jurrídica. Tomo 189*, 58.
- Ronquillo Pascual, J. J. (2015). Algunas razones por las que debe prevalecer la posición del acreedor embargante. A propósito de la decisión pendiente en el VII Pleno Casatorio Civil. *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 1-18.
- Sánchez Romero, S. (2015). *Embargo Inscrito vs. Propiedad no Inscrita: La infinita pugna en el marco jurisprudencial peruano*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Sánchez Romero, S. (2015). *Embargo Inscrito vs. Propiedad no Inscrita: La infinita pugna en el marco jurisprudencial peruano*. Lambayeque: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
- Sánchez Zorrilla, M. E., Tantaleán Odar, C. F., & Coba Uriarte, J. L. (2016). *Protocolos para proyectos de tesis y tesis de bachillerato y de titulación profesional*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Sevilla Agurt, P. (2014). Entre la propiedad y el embargo. *Dialogo con la jurisprudencia*, 131.
- Soria Alarcón, M. (1997). *Estudios de Derecho Registral*. Chile: Palestra Editores.
- Ugo, R. (1977). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Valencia Zea, A. (1976). Derecho Civil: Derechos Reales. *Themis - Revista de Derecho*, 207.
- Vásquez Rios, A. (1996). *Los derechos reales - La propiedad*. Lima.
- Vicente Sola, J. (2004). *Constitución y Economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Vidal Salazar, M. (2004). La Tutela Cautelar en el Proceso Laboral Peruano. *Revista de Derecho Procesal*, 85-86.

Vigo Saldaña, F. V. (2013). 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 fé pública registral. *Poder Judicial*, 12-14.

Yaya Martínez, C. (2006). *Práctica Forense de Medidas Cautelares*. Colombia: Editorial Doctrina y Ley LTDA.

Witker, J. (1995). *La investigación jurídica*. México: Mc Graw-Hill.