



FUNDADO EL 22 DE OCTUBRE DE 1825



POR EL LIBERTADOR SIMÓN BOLÍVAR

# El Peruano

190 AÑOS

1825-2015. LA HISTORIA PARA CONTAR | **DIARIO OFICIAL**

AÑO DE LA DIVERSIFICACIÓN PRODUCTIVA Y DEL FORTALECIMIENTO DE LA EDUCACIÓN

Año XXIV / Nº 996

Lunes 7 de diciembre de 2015



**Corte Suprema de Justicia de la República  
VII Pleno Casatorio Civil**

## **Sentencia del Pleno Casatorio Casación Nº 3671-2014-LIMA**

# **JURISPRUDENCIA**

**SEPARATA ESPECIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA

## VII PLENO CASATORIO CIVIL

## CASACIÓN Nº 3671–2014–LIMA

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

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

**Materia** : Tercería de Propiedad

**Vía Procedimental** : Abreviado

**Sumario:**

- I. Resumen del proceso
- II. La justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica que habrá de dilucidar.
- III. Planteamiento del problema.
  - III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.
  - III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.
  - III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley.
  - III.4. Los aspectos supra-legales del problema: el debate sobre el rol que le corresponde al artículo 70 de la Constitución y al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
    - III.4.1. El amparo supra-legal del crédito y de la propiedad.
    - III.4.2. El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil.
- IV. Las posturas enfrentadas en la jurisprudencia y la doctrina.
  - IV.1. Argumentos en favor de la propiedad no inscrita.
    - a) El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito.
    - b) La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador.
  - IV.2. Argumentos en favor del crédito inscrito.
    - a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común.
    - b) La protección *erga omnes* del derecho de crédito.
- V. Las opiniones de los *amicus curiae*.
- VI. Análisis crítico.
  - VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito.
  - VI.2. La interpretación objetiva de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.
    - a) Premisa
    - b) La interpretación de la ley y sus cánones: el rol decisivo del texto de las disposiciones normativas objeto de interpretación.
    - c) La inexistencia de laguna normativa en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.
  - VI.3 El sentido de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la luz de una interpretación sistemática: la no aplicación de criterios registrales.

- VI.4 La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito inscrito.
- VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos.
- VII. Juicio de Fundabilidad del Recurso de Casación.
- VIII. Decisión

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL  
REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE  
Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

En la ciudad de Lima, Perú, a los 05 días del mes de noviembre de 2015, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 17 de julio de 2015, escuchados los informes orales y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo el magistrado ponente el señor Juez Supremo Mendoza Ramirez, de los actuados resulta:

**I. Resumen del proceso**

1.1 Mediante escrito de fojas 37, subsanado a fojas 87, Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de Miriam Ivonne Hermida Clavijo interpone demanda de tercería de propiedad contra Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta solicitando se deje sin efecto la medida cautelar ordenada sobre los bienes de su propiedad. La actora argumenta en su demanda lo siguiente:

1.1.1 Refiere que con fecha 26 de mayo de 2004 suscribió con la demandada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta una minuta de compraventa por la que adquirió el Departamento Nº 202 y el estacionamiento Nº 202 (Segundo Edificio) Gran Mansión Monticello de la Manzana H, Lote 6-8, del Condominio Residencial Isla Cerdeña, Distrito de Lurín, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en las Partidas Nº 12169166 y Nº 12169170 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

1.1.2 Agrega que como su representada reside en Italia, la compraventa fue elevada a Escritura Pública recién el 12 de octubre de 2011, mediante una aclaración y ratificación de compraventa e inserto de la minuta de compraventa del 26 de mayo de 2004, inscribiéndose el título de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble, el 03 de mayo de 2012.

1.1.3 Añade que con posterioridad a dicha venta, la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpuso una demanda de indemnización contra Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, y en dicho proceso por Resolución Nº 02 de fecha 22 de diciembre de 2011, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima trabó embargo sobre los inmuebles materia de *litis* consignando como propietario a Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, título presentado el 10 de febrero de 2012.

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

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

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

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

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

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

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

1.6.2 De la copia literal de fojas 29 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de \$21,500.00 dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscribiéndose el embargo en el asiento D0003 de la Partida N° 12169166 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, con fecha 05 de marzo de 2012.

1.6.3 De la copia literal de fojas 31 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de \$21,500.00 dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín

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

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

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

1.7 Mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de septiembre de 2014, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelve confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda de fojas 37 a 42, subsanada de fojas 87 a 88; en consecuencia, ordena el levantamiento de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de \$21,500.00 dólares americanos, sobre los inmuebles denominados Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín; y Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscritos en los asientos D0003 de las Partidas N° 12169166 y 12169170 del Registro de la Propiedad inmueble de Lima, recaídos en el Expediente N° 34921-2008 seguido ante el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima; empleando los siguientes fundamentos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más recientemente, respecto a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se ha dicho que "esta norma no tiene una interpretación uniforme en la doctrina ni en la jurisprudencia (...). El problema es más grave porque la

discrepancia de opiniones ha sido llevada al Poder Judicial y existen un sinnúmero de resoluciones en un sentido y en otro. Es decir, sobre un problema tan importante no existe predictibilidad"<sup>7</sup>.

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

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

En la resolución de convocatoria a este VII Pleno Casatorio Civil, se hizo referencia a las siguientes sentencias emitidas por esta Suprema Corte: i) Cas. N° 3262-2001-Lima; ii) Cas. N° 2472-2001-Lima; iii) Cas. N° 1253-2002-Ica; iv) 3194-2002-Ica; v) Cas. N° 3194-2002-La Libertad; vi) Cas. N° 2103-2006-Lima; vii) Cas. N° 909-2008-Arequipa; viii) Cas. N° 3687-2009-Cusco; ix) Cas. N° 5532-2009-Lambayeque; x) Cas. N° 720-2011-Lima; xi) Cas. N° 2429-2000-Lima; xii) Cas. N° 403-2001-Piura; xiii) Cas. N° 333-2003-Lambayeque; xiv) Cas. N° 4448-2010-Arequipa; xv) Cas. N° 1117-2011-Lima; xvi) Cas. N° 5135-2009-Callao. En todas estas decisiones judiciales, se aprecia que el núcleo de su análisis radica en la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, puede decirse que la *ratio decidendi* de

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

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

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

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

<sup>5</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. Op. cit. p. 5.

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

<sup>7</sup> Juan LUIS AVENDANO VALDEZ. *Entre dos derechos de diferente naturaleza: embargo vs. propiedad ¿Prevalce el derecho de propiedad?* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26, Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 21.

<sup>8</sup> Enrique BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: IDEMSA, 2012, p. 705.

<sup>9</sup> Marianella LEDESMA NARVAEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. T. I. 4º edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 852.

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

estas sentencias depende de tal interpretación. Los *obiter dicta* que estas decisiones puedan tener, en ningún caso versan sobre el contenido normativo de dicho artículo. La “médula” de lo decidido por los jueces supremos, en estos casos, siempre dependen de la lectura que hacen del artículo en mención<sup>11</sup>.

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

### III. Planteamiento del problema.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> Las dieciséis sentencias en casación citadas, que versan sobre procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, han sido objeto de análisis doctrinal por distintos autores, todos los cuales están de acuerdo en entender que, en todas ellas, la cuestión fundamental a dilucidar se refiere a la más adecuada interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, toda vez que se trata siempre de un conflicto de derechos de distinta naturaleza: el derecho de propiedad (no inscrito) del tercerista y el crédito (inscrito) del acreedor embargante. Así, para las sentencias en casación citadas con los numerales i), iii), iv), v), vi), viii), x), xi), xii) y xiii), puede verse a Fort NINAMANCCO CORDOVA. *op. cit.* pp. 21 y ss. Para la sentencia en casación citada en el numeral ii), puede verse a María del Carmen GALLARDO NEYRA y Jorge FERNÁNDEZ PAREDES. *Estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil. A once años de su entrada en vigencia*. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3. N° 7. Lima: Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Enero-marzo de 2005, p. 307. Para la sentencia en casación citada en el numeral vii), puede verse a Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. *op. cit.* p. 122. Para la sentencia en casación citada en el numeral xv), puede verse a Gunther GONZÁLEZ BARRÓN. *¿Hasta cuándo seguiremos engañándonos con una inscripción como panacea para todos los males?* En: *Actualidad Jurídica*. T. 232. Lima: Gaceta Jurídica, marzo de 2013, p. 80. Para esta misma sentencia, puede verse también a Ricardo CALLE TAGUICHE. *La tercería de propiedad a propósito de una reciente decisión de nuestra Corte Suprema*. En: *Actualidad Jurídica*. N° 239. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2013, pp. 112 y ss. Por último, para la sentencia en casación citada en el numeral xvii), puede verse la nota periodística especializada de Rosa CERNA DE LUCIO. *Corte Suprema: embargo inscrito prevalece sobre propiedad no registrada*. En: <http://haley.pe/nota/1785/corte-suprema-embargo-inscrito-prevalece-sobre-propiedad-no-registrada/> (consultado el día 06 de octubre de 2015). Se ha dicho que en estos procesos resaltan los intereses de grandes entidades financieras: “la tesis proembargo favorece a los bancos. Así de simple” (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto “derecho real” y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 43). Es el caso, sin embargo, que la realidad jurisprudencial revela que esta afirmación dista de ser correcta. Basta revisar las sentencias citadas para caer en la cuenta que es escasa la participación de los bancos en estos procesos judiciales. De hecho, el caso particular que es materia del presente Pleno Casatorio, tiene como tercerista a una empresa inmobiliaria y, en la posición de acreedor embargante, a una persona natural.

<sup>13</sup> Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 5.

<sup>14</sup> Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 8.

<sup>15</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *Op. cit.* p. 89: “No cabe duda de que es un deber de los señores jueces supremos tratar de analizar lo que se ha escrito en torno al asunto materia de un pleno casatorio y exponer las razones por las cuales adopta una u otra posición, dejando de lado otra. Si bien es valioso defender nuestras opiniones con firmeza y respeto, no puede negarse que nadie puede pretender ser dueño de la verdad. Por eso, en un tema polémico, al final del día lo importante no es qué posición de adopte, sino que se adopte con la debida fundamentación”.

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

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

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

<sup>19</sup> Materiales de Trabajo. Tema N° 3, Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, Poder Judicial, Lima, 2012, p. 397.

Las opiniones desarrolladas en nuestra doctrina, pese a discrepar radicalmente en sus soluciones, coincide plenamente en señalar que el problema de fondo de la tercería de propiedad es determinar la preferencia entre un derecho de crédito y un embargo. Un asunto de oponibilidad. Así, una doctrina que ha defendido la postura de la propiedad no inscrita señala que “se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o ‘no reales’, da lo mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tienen su propia norma de protección frente a terceros (artículos 1708-1 y 2023 del CC).

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

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

Un sector minoritario de la doctrina ha postulado que el embargo inscrito tiene naturaleza de derecho real, de manera que el conflicto en cuestión podría resolverse de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, algunos autores han expresado lo siguiente:

El embargo, por recaer en un inmueble, tiene la calidad de “derecho inmobiliario” de conformidad con el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil, de manera que “el embargo es un derecho de características reales antes que personales, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del Código Civil”<sup>22</sup>.

Hace poco, en esta misma línea de razonamiento, se ha expresado que “el artículo 881 del Código Civil califica como derechos reales los regulados en otras leyes. ¿Está legalmente regulado el derecho que deriva de un embargo?: sí. ¿Recae sobre un bien?: sí. El que el embargo sea derecho accesorio porque tiene causa o deriva de un derecho de crédito no le priva de tener una proyección o expresión como derecho real; es decir, sobre un bien. También la hipoteca deriva de deuda propia o ajena. Es más: a los fines del inciso 10, artículo 885, el embargo es un derecho sobre un inmueble inscribible en el Registro. Ocurre una situación semejante a la del arrendamiento inscrito, que es oponible al nuevo adquirente (art. 1708 del CC) aunque es un derecho contractual. De una u otra forma, aunque de distinta fuente, tanto la hipoteca como el embargo inscrito son gravámenes que pesan sobre inmuebles y que los persiguen sin importar el propietario”<sup>23</sup>.

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

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

“(…) el derecho de propiedad no puede recaer, a su vez, sobre ningún derecho subjetivo. Los derechos subjetivos (y,

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

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

De otro lado, si se postula que el embargo es un derecho real, se coloca incorrectamente en la penumbra al rol que, en este problema, cumple el derecho de crédito. Cuando se enfrentan el embargo y la propiedad no inscrita, no puede quitarse del análisis al crédito. Detrás de todo embargo, existe un crédito necesariamente. El embargo tiene un papel, a todas luces, secundario o complementario de cara al crédito. No tiene un rol protagónico. En consecuencia, cuando se enfrenta el embargo inscrito a la propiedad no inscrita, es el crédito el que, en verdad, se termina enfrentando al derecho real no inscrito.

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

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

Tales dieciocho normas serían las siguientes:

Una norma de la Constitución: artículo 70. Seis normas del Código Procesal Civil<sup>28</sup>: artículos 100, 533, 535, 624,

<sup>20</sup> Gunther GONZALES BARRON. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmorale, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. cit.

<sup>21</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *op. cit.* p. 12.

<sup>22</sup> Nelson RAMIREZ JIMENEZ. *op. cit.* p. 123.

<sup>23</sup> Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. *op. cit.* pp. 18 y 19.

<sup>24</sup> Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 55.

<sup>25</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. *op. cit.* pp. 118 y 119.

<sup>26</sup> Umberto BRECCIA; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; Francesco Donato BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. I. Vol. I. Traducción de Fernando Hineostroza. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 455.

<sup>27</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *¿Strike Judicial? ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?* En: <http://laley.pe/nol/2738/-strike-judicial-realmente-hay-18-normas-en-favor-de-la-propiedad-no-inscrita>. (consultado el 11 de octubre de 2015).

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

642 y 656. Una norma del TUO del Código Tributario: artículo 102. Una norma de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva: artículo 20.2. Una norma del Código de Procedimientos Penales: artículo 94. Dos normas del Código de Procedimientos Penales: artículo 302 y 308. Dos normas del Código de Justicia Militar-Policia: artículos 335 y 351. Dos normas del Código Civil: artículos 1584 y 2022. Una norma del Decreto Legislativo N° 299: artículo 11. Una norma del Decreto Legislativo 1177: Primera Disposición Complementaria y Final<sup>29</sup>.

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

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

Es el caso, sin embargo, que trece de las diecisiete normas mentadas no tienen como supuesto de hecho un conflicto de derechos subjetivos. Los supuestos de hecho de estas normas, si se observan con cuidado, no aluden a un "transmisor" o "causante" común, ni tampoco a "adquirentes" o "causahabientes" en conflicto.

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

Efectivamente, estas trece normas no tienen como supuesto de hecho a un conflicto de derechos subjetivos sobre un mismo bien, por lo que se entiende que en su consecuencia jurídica no establezcan una oponibilidad de un derecho subjetivo frente a otro. Cuando una norma indica que el acreedor puede embargar los bienes del deudor, la misma está haciendo referencia simple y llanamente a dos partes en el marco del llamado principio de responsabilidad patrimonial. No se refiere a un conflicto entre "causahabientes" que tienen un "causante" común. Obsérvese que cuando se dice que "el acreedor puede embargar los bienes que son de su deudor", se hace referencia a dos partes, no a tres, como correspondería en una auténtica norma que regula conflictos de derechos<sup>31</sup>. En ese orden de ideas, no es posible compartir la opinión según la cual el "crédito es un derecho patrimonial que faculta al acreedor a ejecutar (embargar y rematar) los bienes de su deudor para satisfacer la prestación adeudada, pero jamás se permite que ello ocurra respecto de los bienes de terceros, que son extraños a la obligación. La justificación es de sentido común, que actualmente parece escasear, pues la libertad contractual permite vincular a la persona que celebra el contrato, por virtud de su autonomía privada, pero no a los sujetos ajenos.

Lo mismo ocurre con las obligaciones legales, en tanto la ley individualiza al deudor"<sup>32</sup>.

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

Ahora bien, esta Corte Suprema comparte la siguiente opinión: "considerando la -más que obvia- idea según la cual las normas procesales o de derecho público no tienen como función resolver cuestiones sustantivas de derecho privado, es fácil percatarse de que ninguna de las referidas 13 de normas tiene (ni podría tener, dada su naturaleza procesal o pública) por objeto dirimir el específico conflicto material o sustantivo que es objeto de nuestra preocupación"<sup>34</sup>. Cabe precisar que, para esta Corte, el argumento decisivo para no aceptar el argumento que sostiene que hay dieciocho normas que claramente resuelven el conflicto de derechos materia de este caso, es que trece de ellas no regulan realmente un conflicto de derechos sustantivos derivados de un "causante" común.

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

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

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

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

<sup>30</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *"Strike" Jurídico: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita? C.I.*

<sup>31</sup> Este es el supuesto de hecho de una norma que regula un conflicto o colisión de derechos. El supuesto de hecho de estas normas no describen el contenido de derechos, no se trata de saber qué se puede o no se puede hacer con un determinado derecho. No. Se trata de saber qué derecho debe primar en una determinada colisión. Así, si los derechos en conflicto son *a* y *b*, la norma que regula una colisión o conflicto entre estos derechos no es aquella que describe el contenido de los mismos, sino la que indica específicamente cuál debe imponerse: "Si las dos clases de derechos se simbolizan por *a* y *b*, entonces son posibles tres tipos de colisiones, a saber: *a-a*, *b-b* y *a-b*, y *c*" (Alf Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1997, pp. 245 y 246).

<sup>32</sup> Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo. C.I.*

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

<sup>34</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *"Strike" Jurídico: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita? C.I.*

<sup>35</sup> MAX ARIAS SCHREIBER PEZET. *Exégesis*. T. II. Lima: Normas Legales, 2011, p. 107.

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

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

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

Por último, se ha señalado que la modificación del artículo 7.4 de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, es una norma que expresamente favorece al propietario no inscrito en los procesos de tercería de propiedad<sup>36</sup>. No obstante, este dispositivo solo hace referencia a un conflicto de derechos en el marco de un Contrato de Capitalización Inmobiliaria. Fuera de este ámbito, el artículo 7.4 no resulta aplicable. A mayor abundamiento, llama la atención que se invoque esta norma, que establece que en virtud del Formulario que contiene el Contrato de Capitalización Inmobiliaria (FUCI) se puede levantar embargos que se hayan trabado sobre el inmueble materia del contrato, puesto que el artículo 5.3 de esta misma ley establece expresamente que el FUCI debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de Predios de la SUNARP. A juicio de este Alto Tribunal, se impone una interpretación sistemática de los artículos 5.3 y 7.4 de la Ley N° 28364, de tal suerte que se tendría que concluir que la inscripción del FUCI es necesaria para que este sea oponible a los acreedores embargantes. La inscripción no es constitutiva de derechos, pero sí es una inscripción de oponibilidad. Los derechos entre las partes del Contrato de Capitalización Inmobiliaria surgen por la sola suscripción del FUCI. Empero, si pretenden oponer sus derechos a terceros, el FUCI debe encontrarse previamente inscrito. Sostener lo contrario, implicaría negar sentido al carácter obligatorio de la inscripción. Y contra esta conclusión, no cabe argumentar que se trata de una inscripción propia de un sistema registral obligatorio, de tal manera que la ausencia de inscripción no repercute en la constitución u oponibilidad de los derechos en cuestión. Para que fuese así, se requeriría la presencia de una sanción legal en caso de inobservancia de la inscripción. Estas sanciones son la característica esencial de estos sistemas<sup>37</sup>. Ocurre, sin embargo, que no existe una sanción legal o una norma legal que prevea las sanciones a la falta de la inscripción aludida en el artículo 7.4.

De las diecisiete normas que se invocan para resolver el conflicto de derechos materia de este Pleno Casatorio, resulta pertinente solo una, la que siempre ha sido considerada la única norma aplicable y pertinente para el caso que ahora nos ocupa: el artículo 2022 del Código Civil, segunda parte, misma que ha sido objeto de dispares interpretaciones en doctrina y jurisprudencia, lo que precisamente ha justificado la convocatoria a este Pleno Casatorio Civil, como ya se ha mencionado.

No resultan aplicables, en consecuencia, las otras normas legales referidas, puesto que el radio de acción de estas es bastante limitado, regulando especiales conflictos de derechos. Como ya se expresó, el supuesto que aquí interesa es aquel donde un acreedor traba embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro público aparece como si todavía fuese propiedad de su deudor,

pero que previamente ya fue transferido a un tercero, quien no ha inscrito su derecho. A este caso no es aplicable el artículo 1584 del Código Civil, puesto que este sólo regula un conflicto de derechos en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De igual forma, se sostiene que “no se entiende la razón por la que el supuesto *derecho constitucional de crédito* es preferente al de propiedad, pues el artículo 70 de la Constitución establece exactamente lo contrario: *la propiedad es inviolable*. No hay forma de obviar esta terminante disposición constitucional”<sup>40</sup>.

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

<sup>37</sup> Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. 6ª edición. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1977, p. 329.

<sup>38</sup> Gunther GONZALES BARRON. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmorral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. Cit. p. 39.

<sup>39</sup> Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. Op. cit. p. 22.

<sup>40</sup> Gunther GONZALES BARRON. *El embargo como supuesto “derecho real” y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. cit. p. 38.



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

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

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

No escapa al criterio de este Tribunal Supremo que esta doctrina incurre en una contradicción de no escasa importancia. Como ya se ha indicado, anteriormente esta doctrina no dudó en señalar que la tercería de propiedad tiene como cuestión de fondo un conflicto de derechos que se resuelve de conformidad con lo estipulado en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil<sup>44</sup>. Luego, sin dar las explicaciones del caso, se postula que no se trata de un conflicto de derechos, sino de un conflicto entre un derecho fundamental y una medida judicial provisional, que no es un derecho<sup>45</sup>. Más recientemente, se cambia sustancialmente de opinión otra vez y sin explicar la razón, indicándose que el problema materia de este Pleno Casatorio se resuelve según lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil<sup>46</sup>, o sea se afirma que se trata de un conflicto de derechos.

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

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

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

Sobre el particular, se ha expresado que “el derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 del GG [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania],

forzosamente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca —qué duda cabe— el crédito”<sup>49</sup>. De este modo, se concluye que “el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos”<sup>50</sup>.

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

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

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

Así es, se indica que el derecho de propiedad regulado en el Código Civil (BGB) “se circunscribe a un tipo especial de derecho real privado que se refiere a las cosas” y tal regulación se refiere, “en igual medida, a las cosas muebles y a las cosas inmuebles”. De modo distinto, el derecho de propiedad previsto en la Constitución germana “contiene una garantía constitucional de la propiedad, como institución jurídica (garantía institucional), y un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado”. La regulación constitucional del derecho de propiedad “va mucho más allá” que la regulación del Código Civil, dado que “asegura tanto la propiedad sobre cosas, como, sencillamente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial y las posiciones jurídico-

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

<sup>42</sup> Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos*. *Cit.* p. 88.

<sup>43</sup> Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos*. *Cit.* p. 88.

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

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

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

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

<sup>48</sup> Francisco RAMOS MENDEZ. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 47.

<sup>49</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 61.

<sup>50</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 64.

<sup>51</sup> Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 50.

públicas próximas a los derechos privados, contra una intromisión del Estado demoleadora de la utilidad privada del derecho subjetivo en favor de su vinculación social<sup>52</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El meollo de esta discrepancia se encuentra en el ya referido fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs Ecuador, según el cual el acto de inscripción registral “es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien”.

Sobre esta idea, se procede a argumentar en favor del crédito inscrito en los siguientes términos:

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

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

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

Por tales razones, no cabe más que ratificar la idea ya expuesta, según la cual la normativa constitucional y de derechos humanos no establece explícitamente ninguna primacía de alguno de los derechos en conflicto. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia señalan que tales derechos ostentan idéntica tutela a nivel de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y esta conclusión debe ser tenida en cuenta por el operador jurídico a todo nivel, en virtud del principio de unidad de la Constitución. Como explica una atenta doctrina<sup>55</sup>, conforme a este principio, la interpretación de la Constitución debe estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo ordenamiento jurídico, para lo cual debe ser considerada como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

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

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

<sup>54</sup> Fort NINAMANCO CORDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 64.

<sup>55</sup> Javier Pérez Arroyo. *La interpretación de la Constitución*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 145.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Noveno.- Que, la doctrina ha diferenciado, claramente, entre lo que constituye un derecho real y un derecho personal; así el derecho real es: (...) aquella categoría de derechos patrimoniales, que se caracteriza, en opinión común, por ser derecho sobre las cosas (...); Mientras que el derecho personal o de crédito: (...) son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión (...) (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Luis Diez Picazo; tomo I, Editorial Civitas, Madrid; 1993) Décimo.- Que, en el caso de autos conforme lo reconoce el propio

recurrente, en su escrito de contestación de demanda, el siete de febrero de mil novecientos noventa y dos se trabó embargo en forma de inscripción respecto del bien objeto de tercería, siendo posteriormente inscrito con fecha doce de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. Décimo Primero.- Que, es imprescindible en la tercería de propiedad, determinar si a la fecha de trabarse el embargo, el tercerista era propietario con documento de fecha cierta y que preceda en el tiempo a la de la medida cautelar a favor del recurrente; para ello, el actor, debe acreditar, su calidad de propietario del bien. Décimo Segundo.- Que, en consecuencia, el presente debate se encuentra orientado a determinar si es que, la medida de embargo dictada a favor del Banco demandado, constituye un derecho real y no un derecho personal, conforme parece sugerir el recurrente; en ese contexto, resulta necesario precisar que el derecho personal o de crédito responde a una expectativa de acción que tiene el acreedor para con el deudor; mientras que el derecho real, constituye una vinculación directa que recae e incide sobre el bien. Décimo Tercero.- Que, por tal razón, la naturaleza jurídica del derecho de crédito o personal no puede ser convertida en un derecho real por el solo hecho de inscripción en el Registro Público, esto es, que la inscripción registral no puede desnaturalizar o convertir el derecho, sea real o personal, que se ha logrado inscribir, porque ambos derechos, de acuerdo a la legislación nacional, responden a una situación jurídica distinta; en ese contexto resulta relevante lo expuesto en la propia Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, en lo referido al Libro de los Registros Públicos, donde se indica (...) quien embarga un inmueble, no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguirá siendo a pesar de la inscripción un derecho personal (...) (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil; Registros Públicos - artículos 2008 al 2045 del Código sustantivo; Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990, página 21”).

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

“Quinto: Que, sin embargo, respecto de esta materia casatoria no existe aún doctrina jurisprudencial en la forma y con los requisitos previstos en el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil y si bien pueden haber existido casos como es el de la casación a que se ha hecho referencia, suscrito por magistrados distintos a los que componen este tribunal, que han fallado casatoriamente otorgando prioridad a los principios registrales frente al principio de rango recogido por el artículo dos mil veintidós del Código Civil, dicha ejecutoria no puede considerarse de obligatorio cumplimiento en aplicación del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo porque este es un Tribunal de Casación y no una instancia de mérito sino que, como se ha precisado, no constituye la doctrina jurisprudencial en la forma establecida por el citado artículo cuatrocientos del Código Adjetivo; Sexto: Que, siendo esto así, acorde con las reiteradas ejecutorias de esta misma Sala, en el caso sub *litis* resulta de aplicación el principio de rango que emana del artículo dos mil veintidós del Código Civil, y específicamente, de su segundo párrafo según el cual en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, es decir, prevalece el derecho real de propiedad, oponible *erga omnes*, frente al derecho personal crediticio, pues no cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza real a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe”.

<sup>56</sup> Martín MEJORADA CHAULCA. *Op. cit.* p. 50.

<sup>57</sup> Resolución Nº 04 de fecha 03 de marzo de 2012, recaída en el expediente Nº 10616-2007.

<sup>58</sup> Resolución Nº 05, de fecha 03 de abril de 2012, recaída en el expediente Nº 7953-2009.

En la doctrina nacional, se ha sostenido la vigencia de la clasificación de derechos subjetivos entre absolutos y relativos, la misma que debe mantenerse. Ante las críticas a esta clasificación, las cuales postulan que todos los derechos subjetivos tienen protección extracontractual o *erga omnes*, se ha sostenido que al final, todo derecho subjetivo tiene un remedio resarcitorio, cosa que no iguala el derecho de crédito al derecho real de ningún modo<sup>59</sup>. En tal sentido, si un acreedor puede solicitar una indemnización a un tercero que ha perjudicado su derecho de crédito, ello no se debe a que el crédito tenga una protección extracontractual o *erga omnes*, sino a que opera o aplica una figura análoga a la llamada acción subrogatoria. Así, se entiende que el acreedor no se dirige al tercero porque este haya incurrido en responsabilidad extracontractual, sino porque hace valer una "acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) a efectos de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa (...). En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1219.4 del Código Civil), por el cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis [se refiere a la llamada *tragedia de Superga*, donde un club de fútbol se quedó sin plantel, debido a que un avión tuvo un fatal accidente con el plantel dentro. El club demandó a la línea aérea por responsabilidad extracontractual, porque ella habría perjudicado el derecho de crédito que tenía frente a sus jugadores], el acreedor sería el equipo de fútbol, el deudor el futbolista y el deudor la línea aérea. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta vía subrogación. De esa forma obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas"<sup>60</sup>.

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

De acuerdo con este planteamiento, la tutela aquiliana del crédito opera en contados casos, de modo que resultaría ser un remedio excepcional, de modo que se hallaría más cerca al instituto del enriquecimiento sin causa, que a la figura de la responsabilidad extracontractual. Esta clase de protección solo tendría aplicación cuando el tercero ocasione la imposibilidad de la prestación, sin que haya intervenido la culpa del deudor. Acá la prestación se extingue sin responsabilidad del deudor, y al acreedor no le quedaría más remedio que accionar directamente contra el tercero "por lo que tal vez un resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista de que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no culpable. Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de este y, por lo tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por lo tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se lo tiene antes de la acción del tercero, y se lo tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (artículo 1969 del Código Civil) (...). Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la tutela aquiliana del crédito, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad"<sup>62</sup>.

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

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

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

Esta fundamentación judicial se ha ratificado cuando la Sala Superior referida postula que: "(...) tratándose de derechos de distinta naturaleza, como son: el derecho personal derivado del embargo (...) y el derecho real consistente en el derecho de propiedad que alega el demandante respecto del bien materia de *litis*, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil que señala: *Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*, las mismas que son mencionadas y desarrolladas, en lo que al caso resulta pertinente, en la sexta consideración de la sentencia apelada y que destacan el carácter consensual de la transferencia de propiedad tratándose de bienes inmuebles. Por lo dicho, el principio de prioridad en que se sustenta este fundamento del recurso de apelación no resultan de aplicación, por así disponerlo el Código Civil. En igual sentido y solo a modo ilustrativo, podemos señalar que es criterio de este colegiado, de conformidad con lo previsto por el artículo 2022 del Código Civil, que frente a la controversia de derechos de distinta naturaleza y otro real, prevalece el último aun no habiéndose inscrito, siempre que conste en documento de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, como ha ocurrido en el presente caso (...) "<sup>65</sup>.

La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha seguido los mismos planteamientos para amparar la pretensión de la parte demandante en un proceso de tercería, destacando que ha sido voluntad del legislador excluir la tutela de la seguridad jurídica que proporciona el registro público, al indicar en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil que no es aplicable la normativa registral: "La citada normativa [refiriéndose al artículo 2022 del Código Civil] establece una primacía o prelación en la oponibilidad de los derechos reales en función a la inscripción en el tiempo en el registro público. La razón fundamental es la seguridad para el tráfico de bienes inmuebles, y la necesidad de otorgar confiabilidad y certeza a la publicidad registral (herramienta de seguridad jurídica

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

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

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

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

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

<sup>64</sup> La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída sobre el expediente N° 2042-2010.

<sup>65</sup> La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída en el expediente N° 5735-2008.

en este ámbito), lo que es concordante con la regla sobre la presunción *iuris et de iure* de conocimiento del contenido del registro (...) pero no al caso del embargo por cuanto éste no es un derecho real, sino una medida cautelar ordenada judicialmente, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva respecto de un derecho personal-crediticio (...). Al referirse a las disposiciones del derecho común, debe entenderse que se trata de las que regulan la transmisión del derecho de propiedad –artículo 949 del Código Civil en específico, concordado con el artículo 1135 del Código Civil en cuanto a la antigüedad del documento fehaciente– excluyendo las reglas registrales por mandato expreso y claro del artículo 2022 del Código Civil, lo que refleja indubitablemente la voluntad del legislador<sup>66</sup>.

Excluida la normativa registral, ciertamente la solución es la contraria a la dictada por el principio de prioridad registral, es decir que debe primar el derecho alegado por el tercerista. Así lo ha indicado este Supremo Tribunal en la Sentencia en Casación Nº 3262-2001-Lima:

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

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

En este mismo orden de ideas se ha expresado la sentencia en Casación Nº 2103-2006-Lima, que entiende a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil como una excepción a la normativa registral. Aquí, se parte de la idea según la cual sólo la aplicación de reglas registrales puede hacer prevalecer al embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. Empero, el segundo párrafo del mencionado artículo prescinde de dichas reglas, por lo que tiene que imponerse la propiedad no inscrita porque ésta, a diferencia del derecho de crédito, implica una relación directa con la cosa. De igual manera, precisa que el artículo 1135 del Código Civil no puede formar parte del análisis ya que se refiere a un supuesto distinto, el de la concurrencia de acreedores:

“Quinto.- Que, en efecto, el artículo 2022 del Código Civil, interpretado en su real sentido, establece en su segunda parte una excepción al principio *prior in tempore potior in iure* a que se refiere el artículo 2016 del mismo ordenamiento legal, cuando concurren un derecho real con otro de distinta naturaleza, como es el caso de los embargos, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 949 del mismo Código. Esto es así, porque el derecho real establece una relación directa de la persona con la cosa y el derecho personal una relación entre personas, de las cuales el acreedor puede exigir de la otra –el deudor– una prestación determinada, apreciable en dinero; en consecuencia, advirtiéndose que la Sala de mérito ha resuelto la controversia conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, se concluye que la norma material bajo análisis ha sido interpretada correctamente, resultando

infundada la denuncia por interpretación errónea. Sexto.- Que en lo atinente a la causal de inaplicación de normas de derecho material, tenemos, que el artículo 1135 del Código Civil precisa que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente; no obstante, esta norma legal no es pertinente para dilucidar la controversia pues solo resulta aplicable cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, situación que es distinta al caso de autos en que se ha trabado un embargo al que se opone el derecho de propiedad que alega el tercerista. Séptimo.- En cuanto respecto a la denuncia por inaplicación del artículo 2012 del Código Sustantivo, por el que se presume sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; del artículo 2013 del Código citado, según el cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; y del artículo 2016 del mismo cuerpo legal en cuanto prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro; no resultan aplicables al presente caso, pues al haberse concluido que los derechos contrapuestos son de distinta naturaleza, debe resolverse conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, esto es, se debe aplicar las disposiciones del derecho común en las que la preferencia se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron los derechos, sin referencia a la fecha de la inscripción registral”.

#### IV.2 Argumentos en favor del crédito inscrito.

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

En tal sentido, se anota que “no parece que pueda compartirse la opinión que afirma que siempre ha existido una tendencia jurisprudencial claramente dominante a favor de la propiedad no inscrita y que, por consiguiente, los criterios jurisprudenciales a favor del embargo inscrito son *recientes*. Ya hemos visto que incluso dentro de las sentencias en casación que fallan a favor de la propiedad no inscrita, se aprecia una resistencia notable de parte de un grupo de jueces supremos que han emitido sus votos en sentido contrario. Además, desde inicios de la década pasada ya se aprecian decisiones favorables al embargo inscrito<sup>67</sup>.”

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

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

En este sentido se ha expresado la sentencia en Casación Nº 2807-99-Callao:

<sup>66</sup> Resolución Nº 04, de fecha 04 de abril de 2013, recaída sobre el Expediente Nº 9704-2011.

<sup>67</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia.* cit. p. 34. No es exacto, entonces, afirmar que este Pleno Casatorio es producto de la “incertidumbre generada” por la sentencia en casación Nº 5135-2009-Callao (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto “derecho real” y otros temas.* cit. p. 30). La incertidumbre no deriva, de ninguna manera, de un solo pronunciamiento. Hay, como es evidente, varios pronunciamientos casatorios en sentido contradictorio.

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

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

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

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

“Cuarto.- La sentencia de vista, para confirmar la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de tercería, se apoya fundamentalmente en la previsión contenida en el artículo 2022 del Código Civil. Esta norma señala que: ‘Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común’. Examinado el segundo párrafo de esta norma, para dirimir la preferencia de derechos (por ejemplo: si uno es real y el otro personal) se remite a una fórmula genérica cuando dice que se aplicará el ‘derecho común’. Esta norma contiene el principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el derecho personal por gozar aquel de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el último. Sin embargo, esta posición ha sido cuestionada por la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>68</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. En: AAVV. *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 633.

<sup>69</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. p. 634.

<sup>70</sup> FORT NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. cit. pp. 634-635.

**V. Las opiniones de los *amicus curiae*.**

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

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

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

5.1. Juan Luis Avendaño se inclina por proteger la propiedad y no el embargo. Se basa en que: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 nos reenvía al derecho común y no al derecho registral, que es un derecho específico, especial. Por tanto, deben ser esas, y no éstas, las reglas que deben ser consideradas para solucionar la discusión; (2) El artículo 949 del Código Civil establece que el derecho de propiedad inmueble se perfecciona con el consentimiento; ergo, no se puede hacer distinciones entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita; se es propietario aún cuando no haya inscrito su derecho; (3) La Constitución protege la propiedad al declararla inviolable y el Estado está obligado a garantizarla. Por consiguiente, el propietario debe ser resguardado por mandato constitucional.

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

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

5.4. Jack Bigio sostuvo que la protección debe otorgarse a la propiedad, pues: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 al hacer un reenvío al derecho común, hace referencia básicamente al derecho civil y al derecho comercial y por tanto, el derecho registral no debe ser tomado en cuenta para resolver el tema; (2) El acreedor embargante no debe ser considerado tercero registral, porque no lo es. El artículo 2014 dice que tercero es aquel que ha adquirido de quien es el dueño; además, esa adquisición se basa en un acto voluntario. En el caso del acreedor embargante es claro que no lo hace en mérito de un acto voluntario y no lo “adquiere” de quien es el dueño, por lo que no es posible reconocerlo como un tercero registral; (3) Favorecer al embargante sería proteger a quien se basa en un registro público que es inexacto en la medida que no publicita

la realidad de la propiedad al existir una transferencia no inscrita. La exposición de motivos del Código Civil señala que debe otorgarse preferencia al verdadero propietario; (4) Un principio de derecho señala que solo debe responderse por los actos propios, no por los ajenos; por ende, no corresponde que el embargante afecte un bien de quien no es su deudor; (5) El embargo inscrito no es un derecho real pues no forma parte del listado de derechos reales del Código Civil, que como bien se sabe, es un número clausus.

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

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

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

**VI. Análisis crítico.**

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

### a) Premisa.

Es deber del Juez aplicar la ley, atendiendo a los mecanismos de interpretación que proporciona la teoría de

la interpretación jurídica. En este caso, cuando la voluntad de la ley es patente, como se puede colegir, el Juez debe seguirla, al margen de si su contenido sea agradable o no agradable a la opinión del propio Juez. No estamos, nótese bien, en un sistema político donde los jueces sean gobernantes, en base a decisiones propias. Estamos en un sistema que es un Estado de Derecho, donde debe imperar la voluntad de la ley, y no la voluntad de las personas.

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

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

Empero, en opinión de este Supremo Tribunal, la doctrina defensora del crédito inscrito no parece haber centrado suficientes esfuerzos en postular una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Se ha centrado, más bien, en refutar las razones por las cuales se podría interpretar que esta normativa privilegia a la propiedad no inscrita. Aunque se considere que esta refutación ha tenido éxito, lo cierto es que una interpretación no puede sustentar su validez o idoneidad en el hecho de que otras interpretaciones sean endebles. No se debe elegir una interpretación en función de la debilidad de otras interpretaciones, sino en función de la solidez de sus fundamentos propios. De lo contrario, se incurre en algunos equívocos interpretativos. Así, por ejemplo, la doctrina defensora del crédito inscrito ha llegado a defender dos consideraciones interpretativas que, en rigor, no parece que puedan ser sostenidas al mismo tiempo: i) que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es una norma de remisión, y ii) que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita es un supuesto de laguna normativa, donde se hace necesario recurrir a la analogía<sup>78</sup>.

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

Es menester recordar que una adecuada interpretación jurídica toma en cuenta fundamentalmente lo explicitado en las disposiciones normativas objeto de interpretación, dejando de lado la búsqueda de hipotéticas y/o voluntades ficticias. En este sentido, un autorizado autor ha sostenido que el objeto de la interpretación no puede ser una

<sup>72</sup> Geneviève VINEY. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Traducción de Fernando MONTUVA MATEUS. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 429.

<sup>73</sup> Geneviève VINEY. *Op. cit.* p. 430.

<sup>74</sup> Geneviève VINEY. *Op. cit.* p. 431.

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

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

<sup>77</sup> Fort NINAMANCCO CORDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Cit. p. 138.

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

voluntad (la del legislador) como tal, sino más bien la forma representativa en la que aquélla viene explicitada: lo que se ha hecho o lo que se ha dicho. Esto porque precisamente la representación es un presupuesto de la actividad interpretativa, y si se entiende a la voluntad como una pura entidad psicológica, induce a pensar que tal actividad puede prescindir de una forma representativa, lo que bien puede resultar absurdo<sup>79</sup>.

Al ser objetiva la interpretación, es un presupuesto fundamental tener en cuenta que el intérprete no puede alterar el objeto de interpretación a su libre voluntad. Hay límites que no pueden ser trasgredidos, so riesgo de caer en un proceso de interpretación errado y no aceptable. En este orden de ideas, se ha destacado la imposibilidad de alterar la esencia del objeto de interpretación por parte del intérprete, cuando se advierte se impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto a la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no opera sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquélla y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada. *Es decir: el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio, pero si bien se ha tomado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y ajeno.* En la antinomia se encuentran, de un lado, la subjetividad inseparable de la espontaneidad del entender; del otro, la objetividad del sentido que se trata de obtener<sup>80</sup>.

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

Un primer canon prohíbe que el intérprete pretenda introducir un sentido que no emana del propio objeto de su interpretación. Por ello se decía que el Juez no puede, en base a sus personales y subjetivos criterios, alterar la sustancia o esencia de las disposiciones normativas. En otras palabras, el sentido debe ser recabado de las disposiciones normativas que se interpretan, no de los criterios o ideologías personales del Juez. Acorde con este canon, que se denomina de la *autonomía hermenéutica*, el sentido que se trata de hallar no debe ser introducido indebida o subrepticamente por el intérprete, sino que se debe, al contrario, extraer, recabar de la forma representativa<sup>81</sup>.

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

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

que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho el de la legalidad conforme al ordenamiento"<sup>84</sup>.

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

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

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

Punto de partida inevitable, entonces, del proceso interpretativo es el empleo del *criterio literal*, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las

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

<sup>80</sup> Emilio BETTI. *op. cit.* p. 30.

<sup>81</sup> Emilio BETTI. *op. cit.* p. 32.

<sup>82</sup> Emilio BETTI. *op. cit.* p. 34.

<sup>83</sup> Emilio BETTI. *op. cit.* p. 35.

<sup>84</sup> Robert ALEXI. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traducción española de Jorge Sena. Barcelona: Gedisa, 1994, p.14.

<sup>85</sup> Claus-Wilhelm CANARIS. *Función estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción española de Daniela Brückner y José Luis De Castro. Madrid: Civitas, 1995, pp. 114 y ss.

<sup>86</sup> Claus-Wilhelm CANARIS. *Op. cit.* pp. 114-117.

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

<sup>88</sup> Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, p. 120.

<sup>89</sup> Alfredo BULLARD GONZALEZ. *La resolución huachafa, o de cómo usar el legalismo para matar la legalidad*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, Setiembre 2003, p. 46.

<sup>90</sup> Emilio BETTI. *op. cit.* p. 261.

palabras que la conforman, es decir, al interpretar la ley es necesario atender a las palabras de su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso<sup>91</sup>. Reforzando lo dicho con respecto al segundo canon descrito líneas arriba, se afirma que el atender a la globalidad o integridad del discurso no es una regla especial de la interpretación de la ley, sino una regla de interpretación del lenguaje común, que es el medio a través del cual se expresa la ley<sup>92</sup>. De esta manera, se destaca que el resultado final del proceso de interpretación no es producto sólo de la interpretación literal, pero tal resultado en ningún caso puede contradecir el significado literal de la ley porque a través de las palabras la norma es enunciada y comunicada a sus destinatarios<sup>93</sup>. Otra ilustre doctrina resalta que las actividades integradoras y manipuladoras son-dentro de ciertos límites- connotarales al proceso de interpretación y aplicación de las normas, pero ello no debe confundirse nunca con una invasión a la competencia legislativa<sup>94</sup>.

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

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

Para sustentar que existe laguna, la doctrina defensora del crédito inscrito ha señalado que el artículo 2022 del Código Civil, en su segunda parte, no remite a ningún lugar o norma puntual que regule este específico conflicto de derechos entre acreedor embargante y tercerista de propiedad con derecho no inscrito. Sin embargo, con este enfoque se “vacía” el sentido normativo que tiene la frase “derecho común”. No se hace el esfuerzo de tratar de conservar este acto legislativo, asignándole un sentido, como manda el “principio de conservación del derecho”.

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

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

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

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

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

En un contexto como ese, es evidente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil “desentona” por completo. Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. Nótese que este Supremo Tribunal no acude a la exposición de motivos, tampoco al argumento de la redundancia, ambos rebatidos de forma contundente por la doctrina defensora del crédito inscrito. Se trata, como mandan las premisas interpretativas establecidas, de un análisis del texto de la disposición objeto de interpretación.

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

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

<sup>91</sup> Massimo BIANCA. *Diritto civile*. T. I. Milán: Giuffrè, 1990, p. 101.

<sup>92</sup> Massimo BIANCA. Op. cit. p. 101.

<sup>93</sup> Massimo BIANCA. Op. cit. p. 103.

<sup>94</sup> Giovanni TARELLO. op. cit. p. 37.

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

<sup>96</sup> Carlos Santiago NINO. *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 281.

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

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

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

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

Así las cosas, puede afirmarse que el derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código Civil, sino en reglamentos y leyes especiales, motivo por el cual debe entenderse al “derecho común” como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas, son ajenas al derecho común.

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

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

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

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

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

**VI.4 La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito inscrito.**

Al no existir una laguna normativa, no cabe, en consecuencia, aplicar los mecanismos de integración que establece el ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de apariencia (invocado por la doctrina defensora del crédito inscrito) no resulta aplicable, ni tampoco las normas que privilegian la inscripción, en base a una analogía.

Cabe recordar que la analogía, más que aplicar normas, en realidad lo que hace es crear una nueva disposición no existente previamente; así lo explica el profesor Marcial Rubio<sup>99</sup>, cuando señala que lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para un situación determinada y la aplica a otra que es distinta, pero semejante a la prevista; estrictamente aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es “análoga” a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en “algo” el supuesto. Al existir regulación para el conflicto que ahora nos ocupa, según lo ya explicado, no cabe aplicar análogamente otras normas que regulen conflictos de derechos.

En sintonía con lo anterior, debe recordarse que en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista, según lo estipula el artículo 949 del Código Civil. Por consiguiente, la transferencia de propiedad no necesita del registro público para ser obtenida. El registro tiene una función referida sólo a la oponibilidad, pero esta no tiene una función “natural”, sino una función delineada por la legislación. Y, como ya vimos, no se precisa la inscripción registral para que la propiedad sea oponible a un embargo judicial, según lo preceptúa la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

<sup>98</sup> Christian LARROUQUET. *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*. Reimpresión. Bogotá: Legis, 2008, pp. 50-51.  
<sup>99</sup> Marcial RUBIO CORREA. *El Título Preliminar del Código Civil*. 9ª edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2008, p. 81.

Se han esbozado planteamientos doctrinales que niegan el carácter consensual de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Sin embargo, debe resaltarse que tales planteamientos no tienen mayor acogida en nuestra jurisprudencia, tanto la de mérito como la expedida por este Supremo Tribunal, así como que también no ha tenido mayor acogida entre los estudiosos del tema. Y no sólo eso, sino que también se tratan de opiniones que la doctrina mayoritaria ha criticado.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador.

Según lo expuesto, el solo contrato, en principio, puede transferir el derecho de propiedad, mas no la oponibilidad a terceros, cosa que depende de los registros públicos. No es este el caso, en cambio, cuando se trata de oponer la propiedad a un acreedor embargante, donde el legislador, mal que bien, ha optado por dejar de lado la oponibilidad registral.

Y es que, en general, los diversos conflictos de derechos se resuelven en base a las reglas registrales, tal como lo establece nuestro Código Civil en diferentes preceptos. Sobre el particular, se señala que “esta solución incentiva la inscripción de los derechos sobre bienes y transmite un mensaje muy claro: ¡el título no inscrito se puede perder! Además, protegiendo a los que inscriben se da seguridad y confianza al tráfico de bienes. La reiteración de esta respuesta en el Código Civil y en algunas normas especiales como la Ley de Garantía Mobiliaria, me permite afirmar que existe un *principio* o clara orientación del Derecho peruano a favor del título inscrito. Habría sido óptimo que este principio se replique en el concurso entre el supuesto dueño del bien y el acreedor embargante, pero lamentablemente no ha sido así”<sup>100</sup>. Es menester agregar en este punto, que futuros trabajos de reforma legislativa deberían tener en cuenta esta circunstancia, a efectos de establecer una solución coherente, con el resto de normas del Código Civil, para el conflicto que se presenta entre un embargo (crédito) inscrito y una propiedad no inscrita. La falta de establecimiento del registro público en diferentes lugares del Perú no es, qué duda cabe, un argumento atendible para lograr progresivamente la inscripción de las propiedades. Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados.

#### VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos.

Aunque el Código Civil privilegie la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o actuar fraudulento.

Para tratar de evitar la situación descrita en el párrafo anterior, cabe invocar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, a efectos de que el Juez realice los actos necesarios al “esclarecimiento de los hechos controvertidos”, en caso que los medios probatorios no le causen convicción. Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectúe actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la

certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias, no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada.

#### VII. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

7.1. Conforme se ha explicado en los antecedentes, el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. Invocando el recurrente también que debe imponerse el registro porque de no ser así, se resquebrajaría su propia razón de ser, dándose lugar a las posibilidades de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente.

7.2. La parte recurrente también alega que existe uniformidad en la jurisprudencia nacional respecto a la tercería de propiedad, para lo cual cita un grupo de sentencias en casación que, al resolver procesos de tercería de propiedad, prefieren al embargo inscrito. Se invoca en respaldo de esta consideración, que en una sentencia en casación, se indicó que la inscripción registral del embargo hacía oponible *erga omnes* el derecho del acreedor embargante, en tanto que el derecho del tercerista, al no hallarse inscrito, no podría ser opuesto a terceros, como lo es el acreedor embargante.

7.3. Al respecto, debe indicarse que no es exacto, como se ha expuesto en los considerandos de la presente sentencia de Pleno Casatorio Civil, que exista jurisprudencia de esta Corte Suprema en un sentido uniforme en favor del crédito (representado por un embargo) inscrito. Si así fuese, ciertamente este Pleno Casatorio no habría sido convocado. En efecto, también hay un importante número de sentencias en casación que patrocinan un criterio jurisdiccional opuesto, que defiende la tutela del tercerista con derecho de propiedad no inscrito. Por lo demás, a lo largo de los considerandos de la presente resolución, se han expuesto las razones por las cuales no se comparte el criterio expuesto en las diferentes sentencias en casación que respaldan al acreedor embargante en los procesos de tercería de propiedad.

7.4. De acuerdo a lo ya expuesto, cuando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil se refiere al “derecho común”, expresa una voluntad (objetiva y explicitada) del legislador civil por no adoptar un criterio registral para resolver el conflicto de derechos materia de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inmuebles registrados. Una interpretación sistemática de las normas que regulan conflictos de derechos en nuestro Código Civil, demuestra que cuando el legislador ha preferido un criterio sustentado en la inscripción registral, ha expresado esta preferencia de forma diáfana e indubitable en las normas. En cambio, el texto empleado por el legislador en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no refleja en modo alguna una opción registral clara y concreta, lo que hace concluir que, en realidad, el legislador ha optado por un criterio distinto, no sustentado en el registro. Caso contrario, no tendría explicación el hecho de que el legislador no haya establecido un criterio registral de forma clara, sino apelado a una fórmula un tanto imprecisa como “derecho común”. Por consiguiente, el conflicto normado en la segunda parte del citado artículo 2022 no puede resolverse aplicando criterios registrales. No se puede amparar, en consecuencia, la interpretación del artículo 2022, segunda parte, hecha

<sup>100</sup> Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 56. En sentido semejante, se afirma que hay una inconsistencia cuando se asume que el título no inscrito debe imponerse a un título inscrito: “preferir la propiedad no inscrita sobre el embargo inscrito no explica satisfactoriamente la política legislativa consagrada en los artículos 1708 y 2023 del Código Civil. ¿Cómo así el derecho de propiedad, tan exaltado, se ve sacrificado ante un arrendatario o ante el titular de un derecho potestativo? ¿En qué se justificaría la excepción, cuáles serían sus razones? Evidentemente no se puede decir que la excepción se basa en la importancia jurídica o económica de la propiedad, porque si así fuese ¿Cómo se justifica, entonces, la regla general que prefiere a los derechos inscritos, en lugar de la propiedad no inscrita? La regla y la excepción, obviamente, no pueden tener la misma justificación. Patrocinar la idea que defiende la propiedad no inscrita, como se puede apreciar, inyecta una alta dosis de incoherencia en la regulación sobre oponibilidad de derechos” (Fort NINAMANCCO CORDOVA. *op. cit.* p. 148).

por la parte recurrente, según la cual debe aplicarse un criterio registral para dirimir el conflicto de derechos en cuestión.

7.5. En relación a la presunta infracción de los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, debe indicarse que los mismos no tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación a esta causa no resulta pertinente. Como también se expuso en los considerandos de esta resolución casatoria, el problema de fondo en los procesos de tercería de propiedad se refiere a la dilucidación de un conflicto de derechos, no a otra clase de problema, motivo por el cual la norma aplicable es la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no otra, cosa expresamente reconocida por la doctrina en favor de la propiedad no inscrita, como por la doctrina en favor del crédito inscrito. Siendo ello así, no resultan pertinentes las normas que no se refieren a conflictos de derechos subjetivos de naturaleza diversa. Estas, como también se indicó oportunamente, se caracterizan por aludir a por lo menos tres sujetos: los "causahabientes" o "adquirentes" y el "causante" o "transmisor" común. Esta estructura está por completo ausente en los artículos 2012 y 2013 del Código Civil. La primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación. Ninguno de estos preceptos o principios tiene por objeto dirimir conflictos de derechos de naturaleza diversa. A mayor abundamiento, estos preceptos tampoco resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos, puesto que, habiéndose adoptado la interpretación que no considera pertinente la aplicación del criterio registral, el conflicto de derechos materia de análisis no puede resolverse aplicando normativa registral.

7.6. Respecto al carácter *erga omnes* otorgado por la inscripción registral, de igual forma, en los considerandos ya se analizó el argumento normalmente empleado por la jurisprudencia de mérito para defender la propiedad no inscrita, arribándose a la conclusión de que, tal como lo expusiera la doctrina defensora del crédito inscrito, no resulta adecuado seguir postulando la diferencia entre tutela *erga omnes* (absoluta) y tutela *inter partes* (relativa), puesto que los mal llamados derechos relativos también tienen tutela extracontractual o *erga omnes*, por lo que no cabe amparar un argumento que se construya sobre la base de esa diferenciación. Por lo demás, cabe reiterarlo, según la interpretación adoptada por este Supremo Tribunal, el conflicto de derechos en cuestión no se soluciona, según el legislador civil, en función de un criterio registral, por lo que mal puede invocarse la oponibilidad que confiere la inscripción registral, ya que este es un criterio que no resulta aplicable al caso de autos, según una adecuada interpretación del tantas veces mencionado artículo 2022 del Código Civil, segunda parte.

7.7. Con relación a que la protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, que haga primar el registro público. De hecho, este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación. A tenor de lo ya dicho, resulta que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil consagra una política legislativa que prefiere la aplicación de un criterio no registral, cosa que no puede ser obviada por este Supremo Tribunal. La adecuada interpretación de la ley, y no el criterio personal de la judicatura, es la que el Juez debe aplicar para resolver el caso concreto.

7.8. Por lo tanto, no cabe amparar ninguno de los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de casación, al no ser pertinentes las normas que invoca, ni tampoco plantear una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

### VIII. Decisión

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los

Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

**Primero.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resuelve confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda.

**Segundo.** Asimismo, declara que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1º del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.
2. El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.
3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada **INFUNDADA**, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.

**SE DISPONE LA PUBLICACIÓN** de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de tercería de propiedad, seguido por doña Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de doña Miriam Ivonne Hermida Clavijo, contra doña Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta.

**SS.**

**ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ**

**VICENTE RODOLFO WALDE JAUREGUI**

**EVANGELINA HUAMANI LLAMAS**

**CARMEN YLEANA MARTINEZ MARAVI**

**CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA**

**COLUMBA MARIA DEL SOCORRO**

**MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ**

**FRANCISCO MIRANDA MOLINA**

**FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI**

**CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS**

**JOSE DE LA BARRA BARRERA**

**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
VII PLENO CASATORIO CIVIL**

**VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA MAGISTRADA  
CARMEN YLEANA MARTÍNEZ MARAVÍ**

La suscrita comparte los fundamentos y la decisión a que se arriba en la ponencia que antecede; sin embargo, considera necesario realizar algunas precisiones sobre las razones por las que en el conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito con posterioridad, ha de prevalecer la primera:

1. Que el conflicto en los procesos de tercería de propiedad, se da cuando un acreedor traba un embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que extra-registralmente ya fue transferido a un tercero, aunque éste no ha inscrito su derecho en los Registros Públicos. En tal sentido, nos encontramos ante dos posiciones contrapuestas: por un lado, la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transferido y él desconoce dicha circunstancia; y por el otro, la del propietario que no inscribió, pero cuenta con un título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que, se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena.
2. Ambos derechos subjetivos, y los intereses que a ellos subyacen, son igualmente dignos de tutela jurídica, empero, al tratarse de derechos excluyentes terminan enfrentándose los intereses. El propietario quiere mantener el bien que ya adquirió, mientras que el acreedor quiere cobrar de cualquier forma, incluso si el bien no es del deudor. En tal sentido, al tratarse de derechos incompatibles o excluyentes - dado que no puede procurarse la satisfacción de uno sin impedir, al mismo tiempo, la satisfacción del otro - que concurren sobre un mismo bien inmueble inscrito, resulta necesario determinar qué derecho subjetivo prevalecerá frente al otro y cuáles serían las razones para afirmar tal preferencia.
3. Como se ha señalado en la Ponencia, la norma jurídica que resulta aplicable para resolver el referido conflicto es la contenida en el segundo párrafo del artículo 2022º del Código Civil, según el cual: "Si [el conflicto] se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común". La disposición de la citada norma resulta evidente si tenemos en cuenta que el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito (entendido este como un mecanismo de tutela cautelar del derecho de crédito) son derechos de diferente contenido - aunque nuestro legislador prefirió referirse a derechos de diferente naturaleza -, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas: El derecho de propiedad, en tanto derecho real, presenta como contenido la facultad de goce o aprovechamiento del bien y la facultad de realización directa del interés del titular; mientras que el derecho de crédito presenta como contenido la facultad de pretender una cooperación ajena<sup>1</sup>. Por lo tanto, corresponde encontrar el significado del segundo párrafo del Código Civil, es decir, si de acuerdo al mandato contenido en dicha normativa ha de prevalecer el derecho de propiedad no inscrito o el embargo inscrito posteriormente.
4. El texto íntegro del artículo 2022º del Código Civil es como sigue:

*"Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".*

De lo que se advierte que, en el segundo párrafo de la citada norma, se establece el criterio de solución para el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, no obstante, lejos de señalar con

claridad cuál de estos derechos en conflicto deberían prevalecer (como en el primer párrafo), se hace una remisión a "las disposiciones del derecho común", por lo que, toca determinar si tales disposiciones consagran como criterio de solución la inscripción registral (criterio adoptado en el primer párrafo) o un criterio distinto.

5. Al respecto, debemos señalar que antes del Código Civil de 1984, la norma que buscaba solucionar el conflicto entre derechos subjetivos que recaían sobre un mismo bien inmueble inscrito, era el artículo 1050º del Código Civil de 1936 que a la letra decía: "*Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, se precisa que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone*". Nótese que no se hacía ninguna distinción entre los derechos en conflicto, esto es, el conflicto entre derechos reales y el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, toda vez que, el criterio de solución era el mismo: la inscripción registral, es decir, prevalecía el primero que se inscribía en los Registros Públicos.

Sin embargo, el legislador de 1984, al redactar el artículo 2022º del Código Civil, optó por distinguir los supuestos en conflicto: Por un lado, el conflicto entre derechos reales en donde el criterio de solución es - y continúa siendo - la inscripción registral (conflicto regulado en el primer párrafo); y, por el otro lado, el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza en donde el criterio de solución se encuentra en "las disposiciones del derecho común". Esto ya nos evidencia que "las disposiciones del derecho común" tienen que consagrar un criterio de solución distinto al de la inscripción registral, pues, si el legislador hubiese querido que el criterio de solución sea el mismo - es decir, la inscripción en el registro tanto para el caso de conflicto entre derechos reales como para el caso de conflicto entre derechos con distinto contenido o naturaleza, no hubiese sido necesaria la distinción de los supuestos en conflicto; asimismo, no hubiese sido necesaria la redacción de dos párrafos; y por último, no hubiese sido necesaria la modificación del artículo 1050º del Código Civil de 1936, pues esta norma ya consagraba como único criterio de solución - sin importar la clase de conflicto - a la inscripción registral.

6. Un sector de la doctrina ha intentado replicar esta interpretación señalando que: "*el artículo 2022 del CC no es el único caso en el que dentro de una específica norma se ha dado una misma solución para dos supuestos distintos, basta ver, por ejemplo, el artículo 911 del CC, en donde dos supuestos distintos: posesión sin título y posesión con título fenecido, tienen una misma solución: serán posesiones precarias. Lo mismo puede decirse del artículo 161 del CC, en donde supuestos distintos: exceso de representación y defectos de representación, tendrán una misma solución: la ineficacia del negocio jurídico*"<sup>2</sup>, y, en el mismo sentido que: "*(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica. (...) Piénsese en el caso del artículo 161º del Código Civil: tres supuestos diferentes del indebido actuar del representante (ausencia, exceso y abuso del poder de representación), tienen la misma consecuencia jurídica: la ineficacia del acto o negocio jurídico. Ahora piénsese en el caso del artículo 219 del Código Civil, ocho supuestos diferentes tienen la misma consecuencia jurídica: la nulidad del acto o negocio jurídico. Recuérdese ahora el artículo 333 del Código Civil, que contempla numerosos supuestos diferentes, que tienen una misma consecuencia jurídica: provocar la separación de cuerpos o el divorcio. (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022*

<sup>1</sup> Ronquillo Pascual, Jimmy. Tercería de Propiedad contra embargo e hipoteca. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 60 y 61.  
<sup>2</sup> Idem, p. 219.

*termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro (...)»<sup>7</sup>; sin embargo, no parece que tal argumento pueda compartirse, puesto que, los artículos 911<sup>o</sup>, 161<sup>o</sup>, 219<sup>o</sup> y 333<sup>o</sup> del Código Civil - como bien se ha señalado<sup>4</sup> - contienen hipótesis autónomas, no contrarias entre sí, que llevan a la misma consecuencia jurídica, por el contrario, el artículo 2022<sup>o</sup> del acotado Código contiene hipótesis autónomas, contrarias entre sí, toda vez que, en su segundo párrafo se consagra una oración adversativa, vale decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal<sup>5</sup>, por lo que, la referida oración adversativa vendría a ser la afirmación de que el conflicto entre derechos de diferente naturaleza o contenido se resuelve sin tener en cuenta el Registro (segundo párrafo del artículo 2022<sup>o</sup> del CC), apartándose como se aprecia de lo señalado en la afirmación principal, en la cual se consagra al Registro como criterio de preferencia (primer párrafo del artículo 2022<sup>o</sup> del CC).*

7. Además, el criterio de solución no es la inscripción registral lo que se ve ratificado, si nos atenemos a lo que antiguamente se entendía por *ius commune* que era un Derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por un Derecho especial o particular<sup>6</sup>, siendo que, en el presente caso, ese Derecho especial o, más específicamente, esas reglas especiales, vendrían a ser las reglas registrales que, evidentemente, priorizan la inscripción, y que quedarían de lado para dar lugar a la aplicación del Derecho residual conformada por reglas generales. Lo afirmado es compatible con lo señalado por un sector de la doctrina cuando indica que: *“(…) Respecto al concepto de ‘derecho común’, este alude efectivamente al Derecho Civil, pero no a todo él, sino a la parte general de personas, cosas y obligaciones – materia clásica desde el Derecho Romano -, pero con exclusión de las disposiciones o parcelas especiales de la regulación jurídica-privada. Así, por ejemplo, las normas privadas del derecho mercantil, agrario, minero, urbanístico, de propiedad industrial e intelectual, notarial, son en términos generales parte del ‘Derecho Civil’, pero jamás se considerarían ‘derecho común’, pues se reputan como especialidades dentro del tronco unitario. El contrato de riesgo compartido, regulado en la legislación minera por ejemplo, está comprendido, sin duda, en el ámbito general del Derecho Civil, pero no en el derecho común. (...) En conclusión, la referencia del artículo 2022<sup>o</sup>, segundo párrafo, a las normas del derecho común se entienden claramente circunscritas al denominado ‘Derecho Civil puro’ o ‘Derecho Civil general’, en la que no juegan las especialidades propias del registro, el cual se considera una especialidad dentro del Derecho Civil”*. De lo expuesto, se advierte que el Derecho Registral y las normas y los principios que lo contiene - regulado en gran parte en el Libro IX del Código Civil - no corresponden al llamado “derecho común”, puesto que, los efectos jurídicos de la inscripción constituyen una excepción o modificación de los principios generales del Derecho Civil puro.

8. Descartada la inscripción registral como criterio de solución para el conflicto entre el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito con posterioridad, corresponde determinar, entonces, cuál es el criterio de solución que se desprende de las disposiciones del derecho común. Nótese que la expresión “disposiciones” contenida en el segundo párrafo del 2022<sup>o</sup> del Código Civil se expresa en plural, por lo que, debe existir más de una norma que nos permita encontrar dicho criterio.

9. En nuestra opinión, tales normas del Derecho sustantivo son los artículos 949<sup>o</sup> y 1219<sup>o</sup> inciso 1 del Código Civil. Así, el artículo 949<sup>o</sup> del Código Civil establece que: *“La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”*; de donde se tiene que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es uno consensual, es decir, uno en donde la transferencia de la propiedad inmueble opera por el solo consenso

legítimamente manifestado<sup>8</sup>, de manera que el derecho de propiedad sobre un inmueble surge a favor del adquirente aun cuando éste no haya inscrito su adquisición, por lo que, el comprador que ya se hizo titular del dominio – aun cuando sea sobre la base de un título no inscrito – puede oponerse a un embargante que pretende afectar un bien de tercero, y no de su deudor.

10. Siendo así, es imperativo invocar una segunda norma que nos permita resolver el conflicto en cuestión, y dicha norma es aquella que aparece contenida en el inciso 1 del artículo 1219<sup>o</sup> del Código Civil, según el cual: *“Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”*, de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares) sobre el patrimonio del deudor, puesto que, es el deudor (y no otro) quien (con su patrimonio) debe procurar satisfacer la acreencia de su acreedor, en otras palabras, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor<sup>9</sup>.

11. De lo expuesto, se evidencia que las “disposiciones del derecho común” a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 2022<sup>o</sup> del Código Civil son las normas del artículo 949<sup>o</sup> y el artículo 1219<sup>o</sup> inciso 1 del Código Civil, que consagran, la primera, que un adquirente se hace de la propiedad con el solo consenso y, la segunda, que un acreedor no puede afectar bienes que no son de su deudor.

12. Por otro lado, las normas del derecho sustantivo deben interpretarse también de manera sistemática con las normas del derecho procesal o adjetivo<sup>10</sup>, y en lo que respecta al proceso de tercería de dominio, el artículo 642<sup>o</sup> del Código Procesal Civil, señala que: *“Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado”*. De lo que se advierte que a nivel del derecho procesal civil el argumento de que solamente pueden afectarse los bienes del deudor y no de un tercero extraño a la relación jurídica obligatoria se refuerza, por lo que, no cabe embargos sobre bienes que no pertenezcan al deudor u obligado, siendo ello una consecuencia del

<sup>3</sup> Ninamanco Córdova, Fort. Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, primera edición, 2013, pp. 147y 148.

<sup>4</sup> Gonzales Barrón, Gunther. La falsificación: nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario, Gaceta Jurídica, 2015, p. 221.

<sup>5</sup> Gonzales Barrón, Gunther. “¡Lo mío es tuyo! Crítica a la ‘doctrina’, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros”. En: Actualidad Jurídica, N° 192, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009, p. 92.

<sup>6</sup> Tarello, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho, primera edición al español, Fondo de Cultura de México, México, 1995, p. 57.

<sup>7</sup> Gonzales Barrón, Gunther. “¡Lo mío es tuyo!”, op. cit., p. 94.

<sup>8</sup> La doctrina nacional ha dejado plenamente clara esta cuestión: Forno Flórez, Hugo. “El contrato con efectos reales”. En: Ius Et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 7, Lima, 1993, pp. 83 y SS.; Fernández Cruz, Gastón, “La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú”. En: Themis. Revista de los estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, N° 30, Lima, 1994, pp. 149 y SS.; Escobar Rozas, Freddy. “El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano”. En: Ius et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 25, Lima, 2002, pp. 46 y SS.

<sup>9</sup> Esto ha sido también señalado en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” Lima, 19 de julio de 1987, p. 24: “Puede ser que se haya embargado un inmueble que en el registro aparezca como de propiedad del demandado; sin embargo, no podrá hacer valer su derecho de embargante, contra quien en el momento del embargo era el verdadero propietario, a pesar de que éste inscriba su derecho con posterioridad. El embargante no podrá hacer uso de su derecho porque esa es la solución que nos otorga el derecho común cuando nos dice que los bienes que deben ser materia de un embargo son aquellos de propiedad del demandado”. (el resaltado es nuestro).

<sup>10</sup> Pozo Sanchez, Julio Eduardo. “VII Pleno Casatorio Civil. Un análisis diferente desde la óptica del proceso de tercería excluyente de propiedad”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2015, p. 73.



principio de responsabilidad patrimonial<sup>11</sup>, que implica que solo el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; máxime si como bien se ha señalado en doctrina: *“la oposición de terceros en la ejecución (como gusta llamarla Montero Aroca) o tercería de ‘propiedad’ (como la llama hoy nuestro CPC) tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo: solo los bienes del deudor (o de terceros ‘responsables’) podrán servir de bienes-instrumentos para la satisfacción del interés del acreedor, mas no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria”*<sup>12</sup>.

13. En este orden de ideas, es de señalar que de una lectura integral de las normas procesales referentes a la tercería de dominio, como son los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil, se establece que un propietario puede lograr desahuciar un embargo con la sola presentación de un documento de fecha cierta que sea anterior a la traba del referido embargo, por lo que, no se requiere que el título de propiedad se encuentre registrado, bastando solo que el propietario no inscrito pruebe su derecho con documento fehaciente para que pueda desvincular su bien de la posible ejecución.
14. Ahora bien, una posición contraria a lo señalado, esto es, de adoptar como criterio de solución del referido conflicto a la inscripción en los Registros Públicos implicaría que la tercería de propiedad pierda funcionalidad y que solo sirva para ventilar conflictos sobre bienes muebles, puesto que, las tercerías sobre bienes inmuebles serían declaradas improcedentes liminarmente, ya que, no habría manera de que el propietario no inscrito pueda vencer al embargante inscrito, a pesar de que el primero muestre algún documento fehaciente de fecha cierta de que ha adquirido la propiedad del bien inmueble materia de litis antes de la traba del embargo.

Es de señalar que esta posición contraria no se condice con los artículos 533° al 536° del Código Procesal Civil que regulan la procedencia del proceso de tercería para levantar embargos sobre “bienes”, no discriminando si deben ser muebles o inmuebles<sup>13</sup>, por lo que, no se puede distinguir donde la ley no distingue, máxime si no hay razones objetivas para ello.

15. Además, la tercería de propiedad es un mecanismo de tutela contra los embargos indebidos, esto es, aquellos embargos que han sido trabados sobre inmuebles cuya titularidad no es del deudor (como debería corresponder), sino de un tercero extraño a la relación jurídica que subyace entre el acreedor y el deudor, ello se advierte del mismo tenor del artículo 624° del Código Procesal Civil, el cual señala que: *“Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desahucio inmediata, incluso, si la medida no se hubiera formalizado”*.
16. A lo anterior debe agregarse además, que la posición que adopta por preferir al propietario no inscrito que cuenta con documentación fehaciente de fecha cierta que acredite que su adquisición es anterior a la traba del embargo, no solo es una posición que se ajusta a la legalidad, esto es, que es concordante con nuestra normativa tanto civil como procesal civil; sino también, que guarda una adecuada coherencia con su respectivo mecanismo de sanción y desincentivo como, por ejemplo, ante los supuestos de connivencia entre el tercerista y el demandado deudor, no solo se sancionará con una multa solidaria no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (URP), más el resarcimiento de daños y perjuicios, y costos y costas que deriven del proceso, sino que además el Juez remitirá al Ministerio Público las copias certificadas de los actuados pertinentes a efectos de que se ejerza la acción penal correspondiente, de conformidad con el artículo 538° del Código Procesal Civil. Asimismo, debe puntualizarse que el acreedor mantiene incólume sus remedios o mecanismos de tutela contra su deudor como es la acción pauliana o la acción de simulación, entre otros, por lo que, no se ajusta a la verdad cuando se sostiene que la preferencia por la propiedad no inscrita desprotegería al acreedor embargante.

17. Son estas las razones por las que se considera que en el conflicto entre derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito posteriormente, ha de prevalecer el primero.
18. Que, sin perjuicio, de lo expuesto considero también oportuno mencionar que debe tenerse en cuenta que los planteamientos doctrinales en temas como el presente pueden cambiar en el tiempo, así que soy consciente que se pueden formular nuevas reflexiones con respecto a este planteamiento de la oponibilidad de los derechos en cuestión, por lo que, ninguna cuestión importante en Derecho deja de generar problemáticas<sup>14</sup>.
19. Con tales precisiones suscribo el presente voto.

**CARMEN YLEANA MARTÍNEZ MARAVÍ**

<sup>11</sup> Si bien nuestro Código Civil, no ha regulado expresamente el principio de responsabilidad patrimonial, ello no implica que no se encuentre recogido de manera implícita en nuestro ordenamiento jurídico, tal como se advierte de la regulación de la acción pauliana recogida en el artículo 195° del Código Civil. En consecuencia, los bienes que salen del patrimonio del deudor, después de asumida la obligación pueden estar sujetos a determinados actos conservativos (embargo cautelar, acción pauliana, acción subrogatoria), así como a su posterior ejecución forzada. Lo señalado ya fue advertido con anterioridad por: Leon Hilario, Leyser. La Responsabilidad Extracontractual. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 74.

<sup>12</sup> Ariano Deho, Eugenia. Embargo, Tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 25.

<sup>13</sup> Gonzales Barrón, Gunther. “La falsificación ...”, op. cit., p.252.

<sup>14</sup> Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia, traducción de Claudia Ferrari, segunda edición, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 21: “Cuanto más aprendemos sobre el Derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible”.

**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA  
VII PLENO CASATORIO CIVIL**

**VOTO SINGULAR DEL SEÑOR  
CARLOS ALBERTO CALDERÓN PUERTAS**

Aunque coincido con el voto de los señores magistrados debo hacer las siguientes precisiones:

1. He sostenido la prevalencia del embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita<sup>1</sup>. Tal tesis ha sido descartada en el Pleno Casatorio Civil desde una visión que considera que la expresión “derecho común”, utilizada en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, prescinde del registro público como medio de solución del conflicto de derechos.
2. Estimo que el referido dispositivo permite una lectura distinta a aquella de considerar que la expresión: *“Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”*, solo puede aludir a la clasificación de derechos reales y obligacionales, y a una supuesta prioridad del primero. No desconozco la importancia de esa sistematización ni tampoco la diferencia entre ambos derechos. Bastaría solo tener en cuenta el notable texto de Giuseppe Grosso para recordarlo<sup>2</sup>. Lo que he expresado y expreso es que para interpretar la última parte del artículo 2022 del código civil es posible no tenerla en cuenta. Es verdad que se ha señalado que ello no es posible por la voluntad expresa del legislador. Pero ¿cuál es dicha voluntad?, ¿la de todos los legisladores en su conjunto?, ¿la de

<sup>1</sup> Casación 5135-2009-Callao.

<sup>2</sup> Grosso, Giuseppe. Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá 2011, pp. 22-24.

los que votaron por la promulgación de la norma?, ¿la de algún legislador en especial?, ¿acaso —como se ha dicho— la fijada en la Exposición de Motivos? ¿Es la Exposición de Motivos fuente única, inatacable que debe provocar el letargo interpretativo?

3. Asimismo, opino que el término “disposiciones del derecho común” nos conduce de manera inevitable a utilizar la vía registral.
4. Dos criterios sirven de base al razonamiento que propongo. En principio, la existencia de un lenguaje polisémico que evita interpretaciones oficiales y explicaciones definitivas del texto jurídico, y que más bien genera multiplicidad de significados. Interpretar —en los términos de Riccardo Guastini<sup>3</sup>, pero no solo de él— antes que descubrir un significado existente es asignar un sentido al enunciado normativo: el más apropiado, el que dote a la disposición de mayor eficacia, el que se sujete a un juicio de razonabilidad. El mismo Guastini ha indicado que no cabe confundir enunciado (disposición) con norma (atribución de significado del texto de la fuente), pues: “En Derecho, la interpretación es reformulación de los textos normativos de las fuentes<sup>4</sup>”.
5. El segundo criterio tiene como razón de ser el firme convencimiento que las sentencias judiciales cumplen una función que excede el de los problemas surgidos entre los litigantes. Las resoluciones judiciales también se proyectan a la comunidad para perseguir un efecto social<sup>5</sup>. Una sentencia responde a un debate concreto que debe resolver, pero también confirma, fortalece, modifica un programa económico y social al precisar las reglas que el legislador ha establecido para regular las relaciones de los individuos entre sí, y de estos con las entidades corporativas. Que la sentencia cumpla esas funciones se hace más evidente cuando el fallo es emitido por la Corte Suprema, pues entonces la entidad que se encuentra en la cúspide (vértice le dice Michele Taruffo) del aparato judicial, lo que quiere es uniformizar la jurisprudencia y ejercer su función nomofiláctica. En el primer caso, para evitar la anarquía jurídica que atente contra la unidad del derecho nacional, de suerte que se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica<sup>6</sup>. En el segundo supuesto, para lograr el “exacto significado de la ley”, en un determinado tiempo y lugar (lo que de paso descarta cualquier parálisis interpretativa).
6. El artículo 2022 del código civil dice lo siguiente:

*“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.*

El debate se centra en la segunda parte del dispositivo. Así se ha señalado que, como el primer párrafo del artículo soluciona el problema desde la óptica registral, al no decirse lo mismo en el segundo párrafo del texto debe desecharse tal respuesta y buscarse una que atienda a la distinción entre derecho real y derecho obligacional, conforme lo ha entendido diversa jurisprudencia, fundamentalmente reiterando la distinción entre los derechos nacidos de una obligación y de carácter relativo (*inter partes*), pues sólo vinculan al acreedor con el deudor, y aquéllos posibles de oponerse a todos (*erga omnes*), de lo que seguiría su supuesta prioridad<sup>7</sup>.

7. Discrepo de dicha interpretación, tanto porque la referida calidad *erga omnes* se refiere a un supuesto abstracto, como porque no hay ni legislativa ni conceptualmente razón alguna que permita sostener que uno de los derechos mencionados es superior al otro por su mayor grado de cuidado, no pudiéndose confundir el derecho subjetivo (real o de crédito) con la imposición de deberes a cargo de otros<sup>8</sup>. Esto es, que la protección sea general o relativa no origina una preferencia del derecho, más aún si el carácter relativo del derecho de crédito no significa que un tercero pueda lesionarlo y que no haya forma de tutela del afectado<sup>9</sup>. Hay, además, otro punto que me lleva a rechazar el

referido planteamiento: no veo ninguna razón por la que se deba concluir que porque no se alude a la inscripción registral en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, no pueda, después, utilizarse ésta.

8. En cambio, sostengo que debe asignarse un significado distinto a la expresión “*disposiciones del derecho común*”. Afirmo que cuando el enunciado normativo utiliza dicho texto quiere decir que deben aplicarse las disposiciones que el código civil (derecho común) utiliza para resolver casos similares, no refiriéndose en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito<sup>10</sup>.
9. En esa perspectiva, se observa que el ordenamiento civil tiene casos similares de conflictos entre derechos. Así, en el artículo 1708 del Código Civil, el legislador prescribe que el derecho de propiedad por enajenación del bien arrendado cede ante el arrendamiento si este estuviese inscrito. En dicho caso “*el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendado*”<sup>11</sup>. Asimismo, un artículo posterior al 2022 del Código Civil, que sirve como respaldo a la tesis de prioridad del derecho real sobre el de crédito, desmiente tal hecho, pues indica que: “*Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad*”.
10. Por consiguiente, la tesis que el derecho real debe primar sobre el derecho de crédito no se sostiene: (i) Desde el artículo 2022 del Código Civil porque se trata de norma de remisión cuyo contenido se fija desde las otras formas de solucionar el conflicto fijadas en el código; (ii) Desde la clásica distinción entre derechos reales y obligaciones porque ella forma parte del presupuesto de la primera parte del segundo párrafo del artículo 2002 del Código Civil, pero no de su consecuencia; y (iii) Desde el propio articulado del Código Civil porque en algunos casos (artículos 1708 y 2023) el derecho de propiedad cede al derecho de crédito. En estos casos, la norma

<sup>3</sup> Guastini, Riccardo. Disposición vs. Norma. Palestra Editores, Lima 2011, p. 129 y ss.  
<sup>4</sup> Ob. cit., p. 137.  
<sup>5</sup> “(...) salta a la vista que p. ej. cuando se promulga una ley, el legislador persigue lograr algún efecto social; e independientemente de lo que haya pasado por la cabeza del legislador, el texto mismo lleva insito el diseño de los fines que deben conseguirse”. Juan Igaruta Salaverría. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Palestra Editores, Lima 2009, p. 41.  
<sup>6</sup> Lo que se quiere es establecer “una línea unitaria de aplicación legal para conseguir un cierto grado de previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales de las controversias”. Guzmán Flujá, Vicente C. El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho). Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 26  
<sup>7</sup> Así parece desprenderse de lo expuesto por Lucrecia Maisch von Humboldt en Los Derechos Reales. Lima, 1984, pp. 11 a 13 y Gustavo Palacios Pimentel. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Lima, 1980, pp. 26 a 27. Más directo es Jack Bigio Chrem: “Pero si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo (se refiere al 2022 del código civil), tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal, y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Lima, 1998, p. 224.  
<sup>8</sup> Ninamanco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 131. Flaminio Vigo Saldaña ha indicado la caducidad de dicha distinción porque “si se considera que todos los derechos subjetivos no constituyen nada más que medios de realización o satisfacción de intereses, no parece factible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelve”. La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridad jurídica y la fe pública registral. En: Revista Oficial del Poder Judicial- Año 3, No. 5 / 2009, p. 65. Asimismo, Francisco Avendaño Arana, ha señalado: “El segundo párrafo del artículo 2022 del CC no recoge el principio según el cual el derecho real prevalece sobre el personal. No hay ninguna norma o principio en el Código Civil en ese sentido”. Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima 2012, p. 28.  
<sup>9</sup> Bustamante Salazar, Luis. La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. En: [www.ubo.cl/csic/wp-content/uploads/2011/12/2007-6-Bustamante.pdf](http://www.ubo.cl/csic/wp-content/uploads/2011/12/2007-6-Bustamante.pdf).  
<sup>10</sup> Ninamanco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 147.  
<sup>11</sup> “La naturaleza jurídica en estos casos es intrascendente. La inscripción y la buena fe son pues los parámetros necesarios para determinar quién vence en la controversia entre situaciones jurídicas de ventaja. En efecto, frente al embargo inscrito de buena fe, la inscripción de la propiedad no es lo único que podría oponerse al embargo, sino también la alegación de la mala del acreedor”. Ledesma Narváez, Mariánella. Comentarios al código procesal civil. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, p. 796.

similar es perfectamente compatible de utilizar, pues en ambos supuestos hay: i) conflicto de derechos; y, ii) tal conflicto es uno entre derecho real y derecho de crédito, precisamente lo que es materia de este debate. Si el “derecho común” opta por una solución en casos similares ¿por qué en el supuesto del artículo 2022 debe optar por otra?

11. Tal interpretación, como se observa, encuentra sustento en el propio enunciado normativo, pero además atiende a la mayor eficacia de la norma y a los objetivos funcionales que debe cumplir. ¿Favoreciendo a la tercería de propiedad se logra esa eficacia? Considero que no; por el contrario, por una parte, el mensaje que se ofrece al propietario es que su propiedad puede permanecer en la informalidad; de otro lado, lo que se le dice al ciudadano es que la información que el Estado le brinda en el sistema registral no le sirve de auxilio para la tutela de sus derechos, a pesar que la ley le impone la presunción de conocimiento absoluto y que lo allí expuesto solo debe descartarse en los supuestos de mala fe.
12. Hay que reparar que el legislador quiere otorgar seguridad jurídica y fomentar la circulación de los bienes<sup>12</sup>, de manera que los actos jurídicos celebrados no puedan después ser cuestionados y, en su caso, invalidados.
13. Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la debe otorgar los datos que brindan los Registros Públicos; de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Son, por lo tanto, los principios de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para remediar estos conflictos.
14. En ese orden de ideas, cuando el embargo se encuentre inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia, esto es, la parte que es acuciosa en el cobro de su crédito y se asiste de los datos que le proporcionan los Registros Públicos no puede ser preterida para favorecer al negligente titular de un derecho real que no supo cautelarlos; ni mucho menos pueden desdeñarse las inscripciones registrales que han sido establecidas precisamente para asegurar el tráfico económico, invocando una presunta prioridad de un derecho real que no se encuentra protegido por la publicidad que los registros le otorgan. En suma el derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto al legítimado registral aunque su derecho sea uno obligacional. Para utilizar una frase de uno de los amigos de la curia: “La propiedad se reconoce cuando se conoce<sup>13</sup>”.
15. Lo expuesto en nada contradice que la transferencia de inmuebles opera bajo la simple consensualidad, conforme lo señala el artículo 949 del Código Civil, haciéndose la precisión que dicha norma regula una manera de transmitir la propiedad y no resulta útil para resolver los conflictos que pudieran suscitarse cuando se opone un embargo al referido derecho real. Tampoco supone rechazo del derecho de propiedad; por el contrario: la propiedad se fortalece cuando se formaliza, cuando se le otorga los cuidados necesarios para que no se vea afectada, cuando se la incorpora al mundo de las relaciones económicas. Una interpretación como la expuesta permitiría que las sentencias judiciales vayan moldeando un mundo económico que favorezca a todos, que estimule a la ciudadanía a la inscripción registral y que proteja debidamente a quien tiene el título de propietario evitando no solo litigios como el aquí debatido, sino también los derivados del mejor derecho de propiedad, reivindicaciones, nulidad de acto jurídico y otros.
16. Hay, sin duda, un activismo judicial en mi propuesta. Empero, la amenaza de un exceso judicial se ataja desde

una interpretación posible del enunciado normativo; razonamiento que además parte desde la restricción literal de lo consignado en el artículo 2022 del código civil<sup>14</sup>. Para utilizar una figura retórica de Pasco Arauco<sup>15</sup>, estoy en contra de la “dictadura del crédito” pero también de la “prepotencia de la propiedad”; no creo tampoco en la cantidad del dato registral, pues este siempre puede ser derrotado acreditándose la mala fe y así debe continuar. Pero es la buena fe la que se presume, tanto más que el embargo deriva de una decisión judicial y se impone para cautelar la ejecución respectiva; en buena cuenta, dicho mandato es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que supone se otorgue una respuesta debida para satisfacer las pretensiones de quien cauteló su derecho.

17. A pesar de las expresiones que he señalado, considero que debo suscribir el presente voto, pues las decisiones de un Tribunal y la de un Pleno deben atender a ideas de consenso. Es evidente que la tesis que planteo no es la que aceptan mis colegas, pero también queda claro -de las fundamentaciones que respaldan la decisión- que se ha advertido las limitaciones de una doctrina y de una práctica a favor de la propiedad.
18. Que el artículo 2022 del código civil genera problemas interpretativos, que la tercería de propiedad ha promovido maniobras fraudulentas, que el estado de la cuestión no es pacífico, que existen resoluciones judiciales que amparan una u otra pretensión ha sido precisado en esta sentencia plenaria<sup>16</sup>, que recoge tanto los debates académicos como las resoluciones discordantes y las propias expresiones de los amigos de la curia. Esta polémica hacía indispensable la realización de un Pleno Casatorio en el que pudiera optarse por la solución más saludable posible, lejos de cualquier unilateralismo conceptual o verticalismo doctrinario existente.
19. Convento, por tanto, con la sentencia emitida por este Pleno Casatorio; hago mío los fundamentos por las que se recusa las unilaterales tesis a favor de la tercería de propiedad y aprecio que, un paso adelante, la sentencia recomiende actuar prueba que excluya la posibilidad de fraude y, otro paso más, señale que “futuros trabajos de reforma legislativa” deberán tener en cuenta que otras normas del código civil responden a este tipo de conflictos a favor del título inscrito<sup>17</sup>.
20. Por ello, en consonancia con lo prescrito en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me aparto del criterio que expresé en la Casación 5135-2009-Callao y suscribo el presente voto.

**S.  
CALDERÓN PUERTAS**

<sup>12</sup> Ello se aprecia con claridad en el caso del artículo 1135 del código civil, en la que prefiere -en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien- a quien inscribió primero el inmueble de buena fe, sin importar que la fecha haya sido posterior a una primera transferencia. Se apuesta aquí por la seguridad jurídica y no por la idea de un derecho real oponible erga omnes que hace propietario al acreedor por la sola obligación de enajenar (artículo 949 del código civil).

<sup>13</sup> Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. Informe oral. Vista de causa para el Pleno Casatorio.

<sup>14</sup> Siguiendo las reglas que Umberto Eco ha señalado en “Los límites de la interpretación”. Editorial Lumen, Barcelona 1992, p. 14.

<sup>15</sup> Pasco Arauco, Alan. VII Pleno Casatorio: Entre la dictadura del crédito y la prepotencia de la propiedad. [www.ius360.com](http://www.ius360.com). 09 de octubre del 2015.

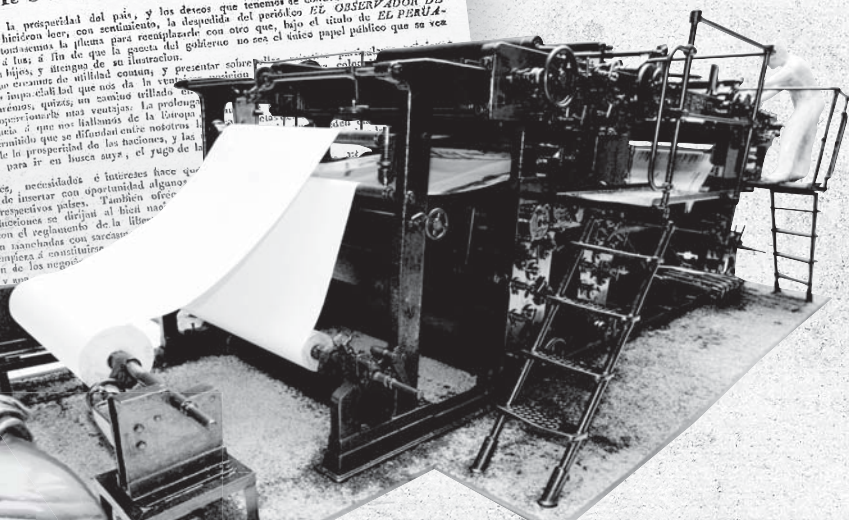
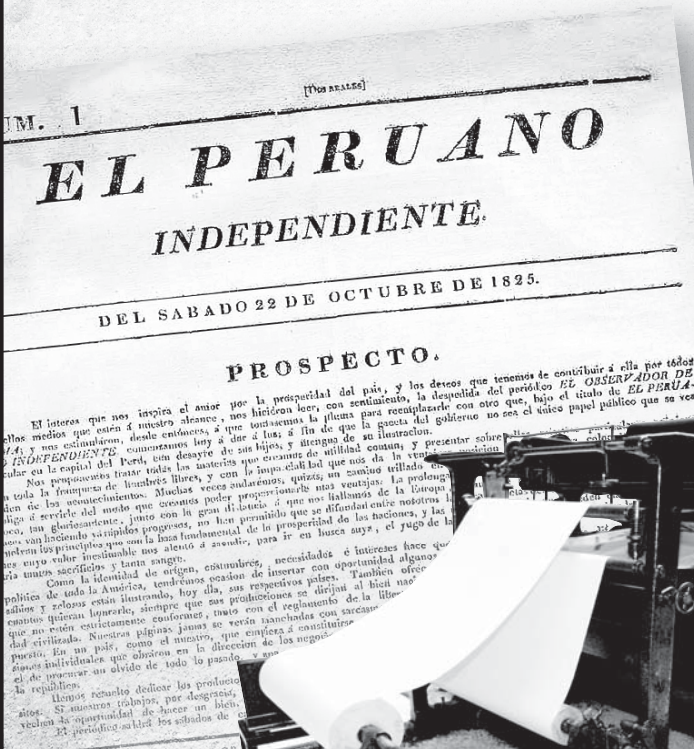
<sup>16</sup> Sobre los problemas interpretativos y maniobras fraudulentas ver el capítulo II del fallo. Sobre el diferente contenido de las resoluciones judiciales, consultar: Casaciones 3262-2001-Lima, 2472-2001-Lima, 1253-2002-Ica, 3149-2002-Arequipa, 2103-2006-Lima, 909-2008-Arequipa, 3687-2009-Cusco, 5232-2009-Lambayeque, 720-2011-Lima. Hay, también, casaciones que otorgan esa preferencia al embargo registral, tales como las recaídas en los expedientes 2807-1999-Callao, 1417-2000-Lambayeque, 2429-2000-Lima, 403-2001-Piura, 2683-2001-Lima, 333-2003-Lambayeque y 4448-2010-Arequipa. Sobre las posiciones encontradas dieron cuenta los propios informes de los *amicus curiae* (Fort Ninamanco Córdova y Lohmann Luca Tena a favor del embargo; Monroy Gálvez en tesis ecléctica y Gutiérrez Camacho, Bigio Chrem y Avendaño Flores a favor de la tercería. Esas discusiones se han extendido al campo académico: Pozo Sánchez, Lama More y Gonzales Barrón son partidarios de la tercería de propiedad; Ronquillo Pascual, Pasco Arauco están a favor del embargo; Mejorada Chauca, en cambio, aunque considera que debería primar el embargo estima que la interpretación adecuada del artículo 2022 del código civil no lo permite.

<sup>17</sup> Fundamento VI.4 último párrafo.



MUSEO & SALA BOLIVAR PERIODISTA  
**MUSEO** gráfico  
DIARIO OFICIAL EL PERUANO

**190**  
años de  
historia



**Atención:**  
**De Lunes a Viernes**  
**de 9:00 am a 5:00 pm**

Jr. Quilca 556 - Lima 1  
Teléfono: 315-0400, anexo 2210  
[www.editoraperu.com.pe](http://www.editoraperu.com.pe)

