



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



TESIS

**“FUNDAMENTOS POS PLENO PARA IMPLEMENTAR LA
RECONVENCION EN EL PROCESO DE TERCERIA DE
PROPIEDAD”**

ASESOR:

DR. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES

PRESENTADO POR:

SUSETY VANESA HURTADO ZAPATA

PARA OPTAR

EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2018

Tesis denominada: **“FUNDAMENTOS POS PLENO PARA IMPLEMENTAR LA RECONVENCION EN EL PROCESO DE TERCERIA DE PROPIEDAD”**, presentada para optar el TITULO DE ABOGADO, por:

SUSETY VANESA HURTADO ZAPATA

BACHILLER

JUAN MANUEL RIVERA PAREDES

ASESOR

APROBADA POR:

PRESIDENTE DEL JURADO

SECRETARIO DEL JURADO

VOCAL DEL JURADO

DEDICATORIA

A Dios mi ayudador y sustentador, por llenar
mi vida de fe, esperanza y amor.



A Dionila y Abraham, por haberme
conducido a la fuente de toda sabiduría
desde que respiro; por darse y enseñarme
todo aquello que no me será quitado.

A Iván y Evelin, por su valioso ejemplo;
por sentir la misma alegría que yo siento.

AGRADECIMIENTO

¿A quién tengo yo en los cielos sino a ti?

Al Dios de las oportunidades y los nuevos comienzos, gracias por estar conmigo desde siempre, como todos los días, y en esta hora.



A mi familia, por su paciencia, motivación y soporte emocional a lo largo de este camino.

A mi asesor, Dr. Juan Manuel Rivera Paredes
por su valiosa dirección y apoyo en la elaboración
del presente trabajo de investigación.

A mis amigos, por su espíritu de servicio,
solidaridad y comprensión en este insigne
trayecto.

INDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO.....	4
INDICE.....	5
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCION.....	10
CAPITULO I:	11
ASPECTOS METODOLOGICOS.....	12
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Formulación del problema.....	16
1.3. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	16
1.3.1. Justificación del estudio.....	16
1.3.2. Importancia del estudio.....	18
1.4. OBJETIVOS.....	19
1.4.1. Objetivo General.....	19
1.4.2. Objetivo Especifico.....	19
1.5. HIPOTESIS.....	20
1.6. VARIABLES.....	20
1.6.1. Variable independiente.....	20
1.6.2. Variable dependiente.....	21
1.7. METODOS, TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOECCION DE DATOS.....	21
1.7.1. Métodos.....	21
1.7.2. Técnicas.....	22
1.7.3. Instrumentos.....	23
CAPITULOS II:	23
MARCO CONCEPTUAL.....	24

SUBCAPITULO I: LA TERCERIA DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO.....4

2.1. La ratio y finalidad de la tercera de propiedad.....	24
2.2. Concepto de Tercería de Propiedad.....	26
2.2.1. Desde el punto de vista doctrinal.....	26
2.2.2. Desde el punto de vista legal.....	28
2.2.3. Desde el punto de vista jurisprudencial.....	30
2.3. Fundamento Constitucional de la tercera de propiedad.....	32
2.4. Oportunidad de la Tercería.....	34
2.5. Vía procedimental.....	37
2.6. Legitimación activa y pasiva.....	37
2.7. Competencia del Juez.....	39
2.8. Presupuestos esenciales y la admisibilidad de la demanda.....	41
2.9. El Rol de la Fecha Cierta en el proceso de tercera de propiedad.....	45
2.10. “Lo obscuro” en su tramitación procesal.....	51
2.10.1. Efectos de la admisión de la demanda.....	51
2.10.2. La Contestación de la demanda.....	52
2.10.3. ¿Por qué es improcedente la reconvención en el proceso de tercera de propiedad?.....	53
2.11. La sentencia y sus efectos.....	55

SUB CAPITULO II: FUNDAMENTOS POS PLENO PARA CONTROLAR EL USO FRAUDULENTO DEL PROCESO DE TERCERIA DE PROPIEDAD.....57

3.1. Cuando el mal se disfraza ¡qué Dios se lo pague! : El uso fraudulento del proceso de tercera de propiedad.....	57
3.1.1. Un previo vistazo al acto jurídico simulado y el acto jurídico fraudulento.....	64
3.1.1.1. Acto jurídico Simulado.....	64
3.1.1.2. Acto jurídico fraudulento.....	70
3.2. La Connivencia y Malicia del Tercerista a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional.....	73
3.3. “El remedio” contra la connivencia según lo establecido en el artículo 538 del CPC.....	77

3.4. Los mecanismos legales que tutelan el derecho de crédito del acreedor afectante.....	80
3.4.1. La Acción de Nulidad contra el acto jurídico simulado.....	82
3.4.2. La Acción Pauliana o de Ineficacia.....	86
3.4.3. La Acción Subrogatoria, Oblicua o Indirecta.....	89
3.5. Límites y Cuestionamientos del VII Pleno Casatorio Civil.....	89
3.5.1. Antecedente Problemático: La propiedad no inscrita vs el embargo inscrito...	91
3.5.2. Lo positivo y negativo del VII Pleno Casatorio Civil.....	96
3.6. Teorías pos pleno que sustentan la posibilidad de cuestionar y probar el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad.....	107
3.6.1. La Formulación de Excepciones Extintivas.....	108
3.6.2. La Exigencia de la Acreditación de la Posesión del Tercerista.....	111
3.6.3. El levantamiento del Velo.....	115
3.6.4. La Implementación de la Reconvención.....	116
SUBCAPITULO III: FUNDAMENTOS POS PLENO PARA IMPLEMENTAR LA RECONVENCION EN EL PROCESO DE TERCERIA DE PROPIEDAD.....	118
4.1. Bases doctrinales, legales y jurisprudenciales que justifican el uso de la reconvención.....	118
4.1.1. Bases en la Doctrina Nacional.....	118
4.1.2. Bases en la Legislación.....	123
4.1.3. Bases en la Jurisprudencia.....	123
4.2. La Reconvención como institución procesal en el CPC de 1993.....	146
4.3. ¿Quién y contra quien se podría reconvenir en el proceso de tercería de propiedad?.....	157
4.4. Un análisis sobre las alegaciones, la pretensión y medios de prueba del acreedor afectante.....	158
4.4.1. Las alegaciones del acreedor afectante en la reconvención.....	160
4.4.2. La pretensión del acreedor afectante en la reconvención.....	160
4.4.3. Sobre los medios de prueba del acreedor afectante.....	161
4.5. ¿Afectaría la vía procedimental y la competencia del Juez el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad?.....	162

4.6. Postura acerca del Juez competente que debería conocer las pretensiones de tercería de propiedad.....	166
4.7. Ventajas y Desventajas de implementar la reconvención.....	171
CAPITULO III:.....	175
ANALISIS Y RESULTADOS.....	175
5.1. Descripción de la Población.....	175
5.1.1. Análisis de Datos extraídos de la Jurisprudencia.....	175
5.1.2. Resultados estadísticos obtenidos del análisis Jurisdiccional realizado sobre Jurisprudencia Corte Suprema	179
5.1.3. Resultados estadísticos de la opinión de la comunidad jurídica.....	180
CAPITULO IV.....	187
CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS.....	188
CONCLUSIONES:.....	193
RECOMENDACIONES:.....	203
BIBLIOGRAFÍA.....	207
ABREVIATURAS.....	212
ANEXOS	213

RESUMEN

La presente investigación busca brindar un enfoque claro, dinámico y detallado de una institución procesal de suma trascendencia jurídica como es la tercería de propiedad, a la luz de la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana. Por tanto hemos considerado conveniente iniciar la investigación brindando alcances sobre el proceso de tercería en general, desarrollado lo cuestionable de su tramitación según lo regulado en el Código Procesal Civil, que ha tornado a la tercería de propiedad en un proceso oscuro y pernicioso, precisamente por encontrarse prohibido por el artículo 490 del Código Procesal Civil el uso de la reconvención dentro de proceso de tercería.

En este sentido, el presente trabajo de investigación ha planteado como problema “¿Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor?”; es así que tras haber enfatizado en un estudio diligente y analítico del uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad a la luz de la nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia peruana; hemos plasmado la siguiente hipótesis: “Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor”. Llegando a concluir que aun resultando difícil la implementación del uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad; esta posibilitaría una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor, proporcionándole beneficios, temporales, económicos, y un mejor sentido de justicia.

Se brinda así al lector una serie de interesantes críticas, opiniones y jurisprudencia que sienta las bases para justificar la implementación de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad.

ABSTRACT

The present investigation seeks to provide a clear, dynamic and detailed approach to a procedural institution of utmost legal importance, such as third-party ownership, in light of Peruvian legislation, doctrine and jurisprudence. Therefore, we have considered it convenient to start the investigation by providing scopes on the process of third-party in general, developed the questionable of its processing as regulated in the Civil Procedure Code, which has turned the property third party into a dark and pernicious process, precisely because find prohibited by article 490 of the Civil Procedure Code the use of counterclaim within the process of third.

In this sense, the present research work has raised as a problem "If the use of the counterclaim were implemented in the process of ownership third party, then it would allow an adequate jurisdictional protection to the right of the creditor affected?"; it is thus that after having emphasized in a diligent and analytical study of the fraudulent use of the process of third property ownership in the light of our Peruvian doctrine, legislation and jurisprudence; we have formulated the following hypothesis: "If the use of the counterclaim were implemented in the process of property ownership, then it would allow adequate jurisdictional protection of the right of the creditor." Coming to conclude that even the implementation of the use of the counterclaim in the property ownership process is difficult; This would allow an adequate jurisdictional protection of the right of the creditor, providing benefits, temporary, economic, and a better sense of justice.

The reader is thus offered a series of interesting criticisms, opinions and jurisprudence that provides the basis to justify the implementation of the counterclaim in the property ownership process.

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad abordar el estudio de una problemática sustancial y recurrente en nuestro ámbito procesal como es el uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad por el tercerista, quien suele actuar en connivencia con el deudor demandado.

De este modo, en este trabajo se brinda al lector un panorama claro, detallado y dinámico acerca de la actual regulación de la tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descubriendo por los aportes de la doctrina, legislación y jurisprudencia los aciertos y falencias de la presente institución procesal.

A propósito también de la vigencia del VII pleno casatorio civil- toda vez que se busca poner las bases para implementar mecanismos procesales más eficaces que permitan innovar el proceso de tercería de propiedad a efectos de lograr un control efectivo del fraude, como suponemos sería la implementación del uso de la reconvención para cuestionar y probar el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad, razón por la que en el presente trabajo nos hemos abocado a sentar las bases que justifican que el acreedor afectante pueda hacer uso de la reconvención en el propio proceso de tercería de propiedad, sin ser necesario entonces que busque proteger su derecho de crédito frente a estas actuaciones ilícitas del tercerista recurriendo a otros procesos más largos, ya que al quedar resuelto todo en una misma vía procesal(la abreviada) dentro del mismo proceso de tercería de propiedad, se le garantizaría a éste recibir una adecuada tutela jurisdiccional de su derecho.

CAPÍTULO

I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema.

Existe un problema interesante y preocupante en nuestra realidad jurídica en torno al proceso de tercería de propiedad, pues se puede evidenciar que hasta nuestros días parece que de algún modo resulta fácil y conveniente darle un uso fraudulento al proceso abreviado de tercería de propiedad, siendo que nuestro ordenamiento jurídico peruano al regular esta importante institución no ha establecido en el vigente Código Procesal Civil mecanismos procesales que brinden una solución adecuada para controlar esta frecuente problemática y a su vez contribuyan a desincentivar la malicia del tercerista demandante, quien puede realizar distintos actos fraudulentos sobre actos simulados - conforme se percibe en la práctica judicial y data en la jurisprudencia nacional-, valiéndose para ello de documentos fraguados, que no requieren inscripción registral porque no lo exige nuestro vigente sistema de transferencia de propiedad, simplemente para efectos de admisión de la demanda de tercería es suficiente un documento público o privado de “fecha cierta” (escritura pública, minuta o contrato privado de transferencia de dominio con firma legalizada por notario) a la luz de lo prescrito por el Art. 245 del CPC, que por cierto no es difícil su obtención en la realidad práctica pues hay notarios que maliciosamente podrían encargarse de su elaboración, considerando que tenemos un sistema notarial que si bien ha sido en parte mejorado todavía tiene serias falencias que lamentablemente han hecho de las oficinas notariales, precisamente el inicio de estos actos ilícitos, pues en las notarías se han generado el mayor número de falsificaciones y de suplantaciones; pues quien demanda tercería de propiedad más que exponerse a anexar a su demanda un documento de fecha cierta adulterado, usualmente opta por presentar ante el juez del proceso en el que interviene (ya sea un Juez Civil, Juez de paz letrado, Juez de familia, penal o laboral), una copia certificada (expedida por un notario) de esa escritura pública, minuta o

contrato con firma legalizada (que fue otorgada ante otro notario) bloqueando así en un inicio toda sospecha de fraude material; sin embargo este aspecto del fraude en la tercería de propiedad, como es la falsificación de documentos es ya poco frecuente.

No obstante, el aspecto más recurrente del fraude en la tercería de propiedad ha sido la situación –ya típica - que el tercerista demandante en la realidad práctica adquiere un bien (no inscrito o inscrito), no inscribiendo este último en Registros Públicos; sin embargo, en ningún caso ejerce el derecho de propiedad pues ni siquiera ha entrado en posesión del inmueble materia de embargo, siendo esta una conducta que normalmente tiene un propietario; toda vez que dicho bien continua ocupado por su cómplice el deudor demandado quien “casualmente” resulta ser un familiar (hijo, hermano) o amigo de confianza del tercerista, y claro el deudor codemandado es el principal interesado en truncar maliciosamente el cobro del crédito por el acreedor embargante; por lo cual ambos sujetos (tercerista y deudor) muchas veces actúan en connivencia para perjudicar al acreedor, y por ende disfrazando su malicia real celebran negocios jurídicos simulados de transferencia de dominio ante cualquier notario público, quedando plasmados ya sea en una escritura pública, minuta o contrato privado con firmas legalizadas, que son posteriormente empleados como medios de prueba - dada su condición de fecha cierta – para hacer prosperar una demanda de tercería de propiedad que permitirá, tanto al tercerista como el deudor demandado disfrazar su mala fe y usar así maliciosamente la tercería de propiedad solo para concretar un fraude con fin perverso, evitar el remate de tal bien inmueble y afectar el crédito, que al igual que el derecho de propiedad del tercerista en mención, goza de protección constitucional.

Ahora bien, al manifestarse bajo estas circunstancias el llamado “fraude bilateral” (cuando el deudor y el tercerista actúan en connivencia), no existe una normativa coherente que proteja de modo adecuado al acreedor afectante en este extremo, ya que en nuestro escenario procesal esta situación no puede

ser cuestionada y acreditada dentro del mismo proceso de tercería de propiedad en una manera adecuada. Aunque si bien es cierto, nuestra legislación procesal ha penalizado la connivencia entre el tercerista y el deudor demandado (en el artículo 538 del CPC), dichas sanciones (como multa e indemnización por daños y perjuicios) no constituyen realmente un mecanismo de control efectivo que prevenga un acuerdo malicioso, que es el aspecto más recurrente del fraude en los conflictos de tercería de propiedad. Es entonces que en este oscuro escenario, nos preguntamos si merece ser amparado el derecho de propiedad del tercerista conforme a la regla de prioridad establecida en el VII Pleno Casatorio Civil (segundo párrafo del artículo 2022 del C.C); pues lógicamente que se prefiera la propiedad no inscrita del tercerista con la sola presentación de un documento público o privado de fecha cierta anterior a la inscripción del embargo, no implica que se proteja al tercerista fraudulento, ya que conductas como estas ponen en bastante duda su buena fe, y tampoco es justo que una persona sea beneficiada con su propio dolo.

Por otro lado, cabe destacar que la tercería de propiedad actualmente es uno de los procesos abreviados al que le alcanza la proscripción expresa del artículo 490 del Código Procesal Civil estando prohibido hacer uso de la reconvencción dentro de dicho proceso; por ende el demandado más afectado con la interposición de la demanda de tercería de propiedad (el acreedor afectante) no puede discutir y probar de modo idóneo en la misma vía abreviada los actos maliciosos y fraudulentos –antes mencionados– del tercerista, careciendo así su derecho de crédito de una tutela jurisdiccional efectiva adecuada en el presente proceso. Propiciando entonces de algún modo la norma citada la malicia del tercerista quien como se ha indicado, suele actuar en conjunto con la parte demandada menos afectada con la tercería (el deudor ejecutado) para perjudicar la satisfacción del crédito, poniendo de este modo en estado de desventaja, en el proceso de tercería de propiedad al acreedor afectante quien evita incorporar pretensiones a las ya

originalmente propuestas por el tercerista, ya que si bien éste ejerce su defensa y su derecho al contradictorio en la contestación de la demanda de tercería, lo hace solo pudiendo cuestionar las alegaciones allí precisadas por el demandante lo cual es insuficiente, sin tener la posibilidad de discutir -en el propio proceso de tercería y ante el mismo juez- la invalidez de la titularidad del bien o la inoponibilidad de los actos en que basa su adquisición el tercerista, dado que la ley le ha dispuesto una lata vía de conocimiento para tramitarlas, estando obligado el acreedor afectante a iniciar a parte, demandas de nulidad, acción de simulación o pauliana respecto a hechos que tienen que ver exclusivamente con el conflicto de tercería de propiedad.

Sin embargo; el inicio de un proceso de conocimiento para cuestionar la ilicitud de la conducta del tercerista, no le impide al tercerista que una vez amparada su demanda de tercería, pueda transferir “su propiedad” a favor de un tercero, complicando mucho más así las cosas para el acreedor afectante, pese a que este último, diligentemente inicie una demanda de nulidad y posteriormente solicite como medida cautelar la anotación preventiva e inscriba la misma, que aproximadamente duraría un mes en el mejor de los casos, tiempo más que suficiente para la transferencia del bien del tercerista a favor de un tercero ajeno a la relación jurídica.

En este sentido, si el proceso de tercería de propiedad en el Perú está regulado legalmente como un proceso abreviado autónomo y no sumarísimo, entonces se presume que no existe límites para las alegaciones y presentación de pruebas por las partes en conflicto; por ello cabe cuestionarnos porqué los jueces en la práctica procesal no pueden tener una cognición plena de los hechos alegados y las pruebas ofrecidas tanto por la parte demandante y demandada, pues generalmente no toman atención a los alegatos y pruebas del acreedor afectante, dirigidos a cuestionar el actuar malicioso del tercerista demandante, razón por la que al resolver la causa no se pronuncian con diligencia sobre este extremo en sus fallos, y simplemente cumplen con disponer que el acreedor demandado inicie un nuevo trámite en otra vía para

que su derecho reciba la debida tutela jurisdiccional, siendo la tercería una institución que tiene como fundamento jurídico el derecho fundamental de propiedad, y por ende de suma relevancia jurídica.

De este modo, cómo los jueces que conocen sobre tercería deberían actuar para evitar que los fallos dictados sean contradictorios e injustos, evitando por un lado que el bien de un tercero no pague por deudas de otros, y por otro lado que no amparen el fraude ante situaciones de simulación de actos, cómo lograr que nuestro sistema jurídico en estos casos de tercería de propiedad garantice con coherencia los principios de celeridad, economía procesal y concentración, sin recurrir paralelamente a otros procesos más largos; por consiguiente hay que pulir la regulación actual de esta institución procesal, siendo que puede ser mejorada e implementada, a fin de reducir en lo posible su uso malicioso por los terceristas que generalmente buscan defraudar el derecho de crédito del acreedor.

1.2. Formulación del problema.

¿Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

La presente investigación denominada: **“FUNDAMENTOS POS-
PLENO PARA IMPLMENTAR LA RECONVENCION EN EL
PROCESO DE TERCERIA DE PROPIEDAD”**, ha sido escogida por las siguientes razones:

Existe la costumbre de no honrar deudas en nuestra sociedad, y en consecuencia el ser humano guiado por su egoísmo desde siempre ha buscado la forma, para sacarle la vuelta a la ley, y así obtener un

beneficio contrario a la misma, pero de ninguna manera puede usarse el proceso de tercería como un instrumento para construir un fraude, mediante el cual los litigantes pretendan emplear en forma torcida la norma vinculante (VII Pleno Casatorio Civil) así como las normas procesales (la que prohíbe la reconvención en el proceso de tercería siendo que el acreedor no puede cuestionar la connivencia entre el tercerista y el deudor de manera adecuada) dificultando así al Juez para que pueda otorgar una efectiva tutela judicial de los intereses en conflicto, en consecuencia no le posibilita al juzgador detectar la existencia de actos simulados detrás del título de propiedad invocado por el tercerista.

Dado que en el proceso de tercería de propiedad se advierte la indudable necesidad que tiene el propietario del bien embargado para liberarlo e impedir que pague por una obligación ajena a este; sin embargo es frecuente la celebración de acuerdos maliciosos entre el tercerista y el deudor embargado que perjudican el cobro del crédito por el acreedor embargante; entonces existe la necesidad de implementar mecanismos procesales que brinden una adecuada solución dentro de la misma vía procesal abreviada, sin tener que recurrir el acreedor codemandado paralelamente a otras vía más lata para discutir tal situación.

Una protección exageradamente formalista de la propiedad, en el caso de la tercería, puede ser contraproducente significando un alto riesgo contra la seguridad jurídica, ya que existe el dolo y la mala fe encubierta de muchos contratantes que hacen negocios ilícitos simulando transferencias inmobiliarias para evadir el pago de sus deudas, surge entonces la inquietud y el interés de abordar una pertinente solución de la problemática expuesta.

La Corte Suprema no ha logrado consolidar una solución cabal al problema del fraude en la tercería de propiedad, y esta misma ha

evidenciado en el precedente en mención su legítima preocupación por este tipo de acciones ilegales, es decir reconoce que no es suficiente, no basta con que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento público o privado de fecha cierta; pero con ello solo ha logrado cubrir uno de los aspectos del fraude en la tercería de dominio, como es la falsificación de documentos reglando tres normas de control de la autenticidad de la certificación de la fecha cierta del título de propiedad presentado por el tercerista , dejando entonces un vacío respecto a las otras situaciones tan recurrentes como es la connivencia entre el tercerista y el deudor.

En la jurisprudencia nacional pos pleno, encontramos distintos casos de la realidad donde existen argumentos que llevan a jueces de primera instancia, superiores, así como jueces supremos a desestimar el derecho de propiedad del tercerista, por estar basado en acciones ilícitas y carentes de buena fe; así como también fundamentos de sentencias que terminan por ignorarlos, de donde los jueces que conocen sobre tercería de propiedad no cumplen con la función de tutelar derechos mediante la búsqueda de la verdad .

1.3.2. Importancia del estudio.

El estudio del presente tema de investigación es muy relevante, por abordar un proceso judicial como el de tercería cuyo fundamento jurídico es la propiedad (columna vertebral de todo el derecho civil) en un escenario de connivencia, fraude, simulación, que hacen necesario crear otras exigencias basadas en los fundamentos jurídicos doctrinarios actuales que se han desarrollado después del dictado del VII Pleno Casatorio Civil, (como bien podría ser excluir del proceso de tercería la norma que proscribe la reconvencción) que puedan servir de medios adecuados para pulir el proceso de tercería de propiedad y a su vez desincentivar la mala fe del tercerista y el deudor defraudante, frente al riesgo de que se use la tercería en perjuicio del crédito de los

acreedores.

Precisamente la presente investigación sentara las bases para lograr una mejor solución en estos recurrentes supuestos de nuestra realidad, y pondrá los fundamentos en nuestro ordenamiento jurídico para implementar mecanismos procesales más eficaces, dirigidos a discutir y probar el actuar malicioso del tercerista dentro de la misma vía procesal sin mayor tiempo ni gastos económicos, como sería la posibilidad de admitir el uso de la reconvencción en el proceso de tercería de propiedad.

Investigar el presente tema es trascendente también, para crear conciencia en nuestro ámbito jurídico nacional que la solución que nuestros jueces apliquen a casos de tercería de propiedad basada en los distintos actos fraudulentos del tercerista debe ir a nuestra consideración más allá de privilegiar un derecho por su mera naturaleza como es la propiedad no inscrita, conforme lo ha dispuesto la Corte Suprema en el precedente vinculante ya indicado, puesto que no se puede impedir a ninguna de las partes la oportunidad de demostrar que el otro está actuando de mala fe usando el proceso con fines fraudulentos.

Incentivara a una mejora en la legislación nacional respecto a la esencia misma del proceso de tercería de propiedad, siendo que es indispensable establecer instituciones que brinden una solución óptima, que permita equilibrar la protección tanto del interés del tercerista (derecho de propiedad) así como el interés del acreedor (derecho de crédito). A fin de lograr un mejor sentido de justicia mediante una correcta interpretación y aplicación uniforme por parte de los Jueces y operadores del derecho en general y a su vez desalentar el abuso de los propietarios por el mal uso de la tercería, y que por otro lado impida

que el bien de terceros pague deudas ajenas pertenecientes al deudor ejecutado, a través de un embargo indebido.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

- ❖ Justificar las bases para implementar el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, para brindar adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- ❖ Desarrollar la naturaleza jurídica de la tercería de propiedad como institución procesal, y los mecanismos legales regulados en nuestro ordenamiento jurídico para controlar su uso fraudulento.
- ❖ Examinar el contenido de las tres reglas fijadas en el VII Pleno Casatorio Civil, sus límites y alcances de aplicación.
- ❖ Indagar cuáles son los fundamentos pos pleno desarrollados por la doctrina y jurisprudencia nacional para lograr una protección eficaz, que desincentive la malicia del tercerista.
- ❖ Analizar los criterios expuestos por la Corte Suprema en fallos del año 2015 al año 2018, sobre las pretensiones de tercería de propiedad fraudulenta frente al embargo inscrito.
- ❖ Examinar la institución procesal de la reconvención, su naturaleza jurídica, requisitos de admisibilidad, así como sus ventajas y desventajas para proponer su implementación, de admitirse su uso en el proceso de tercería de propiedad.

1.5. Hipótesis.

Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería

de propiedad, entonces posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable Independiente.

La implementación del uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad.

1.6.2. Variable Dependiente

Posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

1.7. Métodos, Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.

Dada la naturaleza del objeto de estudio, para la obtención de mejores resultados en la presente investigación, hemos empleado una combinación de métodos que a continuación se detallan:

1.7.1. Métodos.

❖ Métodos generales.

- **El Método Inductivo:** Partimos con hechos de la realidad aceptados como válidos para arribar a conclusiones generales.
- **El Método Deductivo:** Se realizó el análisis de la legislación y jurisprudencia para explicar casos particulares.

❖ Métodos específicos.

- **El Método de la observación:** Para el análisis de los casos bajo estudio. A fin de describir y explicar el problema de nuestra investigación.
- **El Método estadístico:** Recurrimos a los datos cualitativos y cuantitativos de la investigación mediante el uso de herramientas estadísticas con el propósito de verificar las

consecuencias deducidas en la hipótesis.

1.7.2. Técnicas.

- **Documental.-** Se utilizó como instrumentos fichas textuales y de resumen, recurriendo como fuentes a libros especializados, la legislación, jurisprudencia y documentos oficiales.
- **Entrevistas.-** Se empleó entrevistas que fueron dirigidas a un determinado número de informantes (jueces, y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque).

1.7.3. Instrumentos.

- **Ficha Resumen.-** Se usó a fin de obtener resúmenes de textos de estudio que nos permita manejar la información valiosa.

CAPÍTULO

II

MARCO CONCEPTUAL

SUB CAPITULO I

LA TERCERIA DE PROPIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO

Antes de introducirnos en el desarrollo del tema materia de investigación es importante enfatizar los aspectos básicos sobre la regulación procesal de la tercería de propiedad.

2.1. La ratio y finalidad de la tercería de propiedad.

Sobre este punto la doctrina ha concurrido en considerar como la *ratio* (razón o justificación de una regla jurídica)¹ de la llamada tercería de propiedad, al principio de responsabilidad patrimonial (artículo 642 Código Procesal Civil) así como el evitar una ejecución injusta por el objeto, indicando además que la principal finalidad de esta institución procesal es desafectar un bien ajeno.

La doctora ARIANO DEHO precisa que:

“[...] hay que tener en cuenta que 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-instrumento para la satisfacción del interés del acreedor, mas no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria.” (2008; pp. 24-25)

Nos parece interesante el criterio asumido por el maestro RONQUILLO PASCUAL opina lo siguiente:

¹ Según CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (1996). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L

“(…) la ratio de la tercería de propiedad es evitar una ejecución injusta por el objeto es decir, el bien de un determinado sujeto (el tercerista) no responda por una obligación en la cual este no ha intervenido o, en otras palabras, que por medio de un bien propio no se satisfaga una deuda ajena”. (2015; pp.158)

Asimismo cabe precisar, que la existencia legal de una figura procesal como la tercería de propiedad tiene justificación en el llamado proceso ejecutivo, siendo que la tercería es un proceso de naturaleza incidental, toda vez que está vinculado al proceso ejecutivo.

En cuanto a **la finalidad u objeto** de la tercería de propiedad la doctrina ha concurrido en precisar acertadamente lo siguiente:

Para los autores GONZALES Y ÁLVAREZ- cuyo pensamiento es compartido por un gran sector de la doctrina- manifiestan que:

La finalidad de la tercería de propiedad es excluir bienes embargados dentro de un proceso judicial de carácter ejecutivo, bajo la premisa básica y fundamental que la responsabilidad patrimonial se ejerce contra los bienes del deudor, y no de terceros.
(2014; pp.76)

Asimismo se ha expuesto que: “La finalidad del proceso de tercería de propiedad consiste en desafectar el bien para que este no responda por una obligación en la cual el *verus dominus*² no es parte, no importando si la afectación es de origen judicial o extrajudicial [...]”. (RONQUILLO PASCUAL; 2015; pp.158)

Nosotros consideramos que lo que busca el proceso de tercería no se reduce

² Locución latina que significa verdadero propietario.

únicamente a levantar un embargo tal como está direccionado en nuestro ordenamiento procesal civil, pues compartimos el pensamiento que el proceso de tercería de propiedad, además de ello debe buscar evitar aquellas ejecuciones injustas siendo que el bien no corresponde al patrimonio del deudor sino a un tercero, teniendo así un contenido más profundo.

2.2. Concepto de Tercería de Propiedad.

2.2.1. Desde el punto de vista doctrinal

Un importante sector de la doctrina se ha pronunciado en el estudio jurídico de la tercería de propiedad, a continuación hacemos referencia a algunos conceptos abordados desde el punto de vista procesal:

❖ Para la doctrina nacional

El autor y notario, RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ considera a la tercería de propiedad como: “(...) la acción que la ley concede a la persona que sin ser parte de un proceso, ni tener relación o interés con la pretensión principal, ve afectados sus bienes como consecuencia de dicho proceso, con una medida cautelar o para la ejecución, con la finalidad de conseguir que se deje sin efecto la afectación de sus bienes (...)”. (2005; pp.274)

Por otro lado, se tiene que: “la tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien”. (RIOJA BERMÚDEZ; 2010; pp. 397)

Así también tenemos posiciones doctrinarias que describen a la tercería de propiedad -en un momento dado- como una oposición a la ejecución, podemos señalar los siguientes aportes:

“La tercería se concebía en el Perú como una oposición en un proceso de ejecución, con el objeto de levantar un embargo trabado sobre un bien que no era de propiedad del deudor” (AVENDAÑO ARANA; 2009; pp.108)

Particularmente nos inclinamos más al sector de la doctrina que considera a la tercería de propiedad como una acción, antes que una oposición, ya que esta figura jurídica es en sí es un proceso con autonomía, que si bien se encuentra vinculado al proceso de ejecución, cuenta con tramitación especial y propia en nuestra legislación.

❖ **Para la doctrina comparada**

Así también podemos indicar algunos aportes interesantes de la doctrina extranjera, la misma que no emplea el término tercería de propiedad, razón por la que dicha figura es conocida como **tercería de dominio**, tenemos al respecto:

Según los juristas españoles Gómez y Pérez (citados en HINOSTROZA; 2017) acotan: “con el termino tercería de dominio (...) se denomina la reacción del tercero que sufre en su patrimonio una agresión al ser embargados bienes cuya titularidad a él le corresponde y no al ejecutado (...)” (pp.404)

En el mismo sentido, el procesalista Rodríguez Garcés (citado en HINOSTROZA; 2017) expresa que:

“(...) Tercería de dominio es la reclamación que hace un tercero en un juicio ejecutivo, alegando dominio sobre los bienes embargados, para que se alce el embargo y se le reconozca su derecho.” (pp. 405)

Desde nuestro punto de vista, la tercería de propiedad es un instrumento legal por el cual se tutela la propiedad de un tercero ajeno a la causa

ventilada en un proceso de ejecución, quien al ver afectado sus bienes con la interposición de alguna medida cautelar o ejecutiva tiene el derecho de accionar en vía abreviada, para solicitar al juez que conoce la ejecución, la liberación de sus bienes acreditando debidamente su titularidad.

2.2.2. Desde el punto de vista legal

En este rubro nos abocamos a brindar algunos alcances sobre la concepción de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento procesal peruano, plasmada en el vigente Código Procesal Civil de 1993.

La llamada tercería de dominio pasó a denominarse **tercería de propiedad** en el vigente Código Procesal Civil cuya regulación está rodeada de cierta obscuridad y contradicción en su regulación procesal, ya que por un lado- en el artículo 100 del CPC- tal como se ha explicado en líneas anteriores, considera a la tercería de propiedad como una forma de intervención en un proceso, que busca la declaración de propiedad a favor de un tercero.

No obstante por otro lado, en el mismo cuerpo adjetivo existen otras normas conexas (artículos 486, inciso 5, y 533, etc) que establecen expresamente que la tercería de propiedad es un proceso abreviado, autónomo y con tramitación especial propia.

Al respecto el doctor AVENDAÑO ARANA menciona que:

“(…), para el CPC la tercería sería una forma de intervención en un proceso, en el que se pretende el reconocimiento del derecho de propiedad.

Sin embargo, el artículo 486, inciso 5, del CPC dice que la tercería se tramita en proceso abreviado, y el artículo 533 precisa que “la tercería (el proceso) se entiende con el demandante y el demandado (...)” del proceso de ejecución. Por su lado el artículo 535 señala que “la demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424 (...)”, requisitos

que aplican a toda demanda. **Como se puede apreciar, para el CPC la tercería es en realidad un proceso autónomo, y no una simple intervención de tercero en un proceso en curso³.**” (AVENDAÑO ARANA; 2011; pp.108-109)

Igualmente la doctora ARIANO DEHO subraya que nuestro vigente CPC ya no concibe a la tercería de propiedad como una oposición de terceros a la ejecución, dado que por hoy el embargo está concebido como una medida cautelar y no más como un acto ejecutivo; por ende la tercería es entendida actualmente como un proceso autónomo [...].” (2008; pp. 25)

Ahora bien, la tercería de propiedad como institución jurídica procesal se encuentra regulada en el **artículo 533** del vigente CPC, hay que resaltar que a la presente norma se incorporó un segundo párrafo, siendo su redacción actual la siguiente:

“La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados **judicialmente** por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.”

Antes de interpretar la presente norma, es pertinente precisar la diferencia entre una medida cautelar y una medida ejecutiva, las mismas que son señaladas por el autor RONQUILLO PASCUAL:

Medida Cautelar: Es concedida antes (fuera del proceso) o durante la

³ (el resaltado es nuestro)

tramitación de un proceso hasta antes de emisión de la sentencia. Requiere que concurra requisitos (apariencia del derecho, peligro en la demora y contracautela).

Medida Ejecutiva: Es concedida en ejecución de sentencia, no se exige ningún requisito de los antes mencionados, puesto que el demandante ya tiene el derecho declarado a su favor y solo corresponde la ejecución de la decisión judicial.

Así también, una medida ejecutiva puede ser el resultado de la conversión de pleno derecho de una medida cautelar cuando se ha obtenido una sentencia estimatoria firme.

Nótese, finalmente, que tanto la medida cautelar como la medida ejecutiva constituyen medidas originadas en una decisión jurisdiccional. (2015; pp. 144-145)

Realizada la aclaración anterior, el autor antes citado continua agregando que:

“De una interpretación literal del tenor del nuevo artículo 533 del CPC se puede concluir lo siguiente: **i)** la tercería procede cuando se sustenta en la propiedad de bienes afectados por mandato judicial, sea en vía cautelar (medida cautelar) o en vía de ejecución (medida ejecutiva); **ii)** la tercería, en principio, no procedería contra afectaciones extrajudiciales, esto es, contra garantías reales, pues estas derivan de acuerdos voluntarios entre particulares o por disposición legal (hipoteca legal), mas no de decisiones jurisdiccionales; **iii)** la tercería procedería, de modo excepcional, contra garantías reales, solo en caso de que la transferencia de dominio (en favor del tercerista) se haya inscrita con anterioridad a dicha afectación, lo cual solo podría darse en casos muy atípicos, tales como: la duplicidad de partidas y la infracción de la regla del tracto sucesivo.” (RONQUILLO PASCUAL; 2015; pp.148-149)

2.2.3. Desde el punto de vista Jurisprudencial.

Los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, así como la Corte Suprema y Tribunal Constitucional han manifestado su posición a través de diferentes fallos respecto a la tercería de propiedad, entre los cuales pasamos a hacer mención de algunos:

- ❖ La Corte Superior de Lima en sentencia recaída en el **Expediente N° 2527-2006**, señala que: “(...) Los procesos de tercería de propiedad no son constitutivos de derechos, pues el que invoca el tercerista se encuentra generalmente determinado, limitándose la judicatura a establecer a cuál de las partes le corresponde la preferencia de los derechos confrontados.” (GAVANCHO LEON; 2014; pp.4)
- ❖ La Corte Suprema en la **Casación N° 1859-97/ La Libertad** ha precisado que: “Se entiende por tercería propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en el de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad.” (RIOJA BERMUDEZ; 2012; pp.150)
- ❖ El Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el **Expediente N° 2561-2002-AA/TC** ha pronunciado que: “la tercería es la acción que le compete a quien no es parte en juicio, para defender sus derechos frente a quienes están litigando por los suyos, situación que generalmente se presenta en los procesos ejecutivos, como ocurre en el caso *sub examine*- cuando se traba embargo a bienes que no son propiedad del ejecutado, sino del tercerista, esto es, del tercero afectado”.

De lo antes expuesto podemos advertir que así también la jurisprudencia en

el Perú contempla a la tercería de propiedad como un derecho y un proceso iniciado por un tercero, a fin de recuperar el bien de su propiedad que puede verse afectado por una medida cautelar como el embargo, que fue dictado en un proceso judicial de ejecución del cual el tercero no es parte; es decir hace uso de la tercería para defender su propiedad.

2.3. Fundamento Constitucional de la tercería de propiedad.

La tercería de propiedad tal como su misma denominación lo anuncia tiene desde ya un sustento jurídico- en el derecho de propiedad- amparado por la Constitución Política del Perú, norma fundamental de nuestro orden jurídico, toda vez que:

“(...) sirve para defender el derecho fundamental de propiedad, que es inviolable, así como el debido proceso (**arts. 70⁴ y 139 Const.**), que constituye una prerrogativa transversal del orden jurídico nacional e internacional, para la defensa y protección de los derechos.” (GONZALES Y ÁLVAREZ; 2014; pp. 83)

Si bien el artículo 70 de la Constitución establece que la propiedad es inviolable, ello quiere decir que: en el caso concreto, la tercería de propiedad es uno de esos mecanismos de tutela de la propiedad que hacen al derecho **“inmune”** (o **“invulnerable”**, según el art. 70 de la Const.).

Así también, continúan agregando los autores citados, que:

Por su parte, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado con claridad, en diversas sentencias como la recaída en el Exp. N° 00043-2007-AA/TC, (6° fundamento jurídico), [...]. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que se refiere el artículo 70° de la Constitución debe interpretarse no solo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino

⁴ **Artículo 70 de la Const.-Inviolabilidad del derecho de propiedad:** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

también como garantía de indemnidad. (GONZALES Y ALVAREZ; 2014; pp. 79-80).

Del mismo modo según el doctor RIOJA BERMÚDEZ indica que:

“Al respecto debe precisarse que el sustento de esta figura está íntimamente vinculada con el derecho de propiedad, derecho real a través del cual determinado bien se encuentra sometido a la acción y voluntad de una persona. [...] Así, también lo entiende la norma procesal artículo 533° del Código en el cual se establece que la tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución; [...]” (2012; pp. 155-156)

Igualmente el maestro HINOSTROZA MÍNGUEZ sustenta que: “El fundamento de la tercería excluyente de dominio radica en la concepción misma del derecho de propiedad (...). En consecuencia, el proceso de tercería se basa en la protección del indicado derecho real, significando el ejercicio de la acción reivindicatoria cuando en alguna litis se afecten los derechos del titular.” (2017; pp.406)

De los argumentos anteriores se evidencia que tanto el código procesal civil, la constitución política vigente (al hacer referencia a la inviolabilidad como atributo de la propiedad); y aun el propio Tribunal Constitucional (al referirse a la indemnidad como atributo de la propiedad), reconocen a la propiedad como el fundamento jurídico de la tercería, otorgándosele así a la institución procesal materia de estudio una importancia jurídica significativa, razón por la que el proceso de tercería de propiedad es concebido como un mecanismo para defender la propiedad indebidamente embargada.

Por consiguiente podemos afirmar también, que en dicho proceso abreviado debe discutirse exclusivamente sobre la propiedad, que además es considerada la columna vertebral del derecho civil.

2.4. Oportunidad de la Tercería de Propiedad

Hablar de oportunidad en el ámbito del proceso de tercería de propiedad es aludir al momento o instante en que el actor (el tercerista) interpone la demanda respectiva, instante que precisamente debe significar una buena ocasión, a fin de que surta un efecto favorable para quien demanda la tercería de propiedad, el cual se traduce en la suspensión del remate.

El vigente Código Procesal Civil de 1993 en su artículo 534° nos indica cual es la oportunidad para interponer la demanda de tercería, prescribiendo:

“La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate de bien. (...)”

Del texto de la norma citada es importante que podamos comprender o interpretar cuándo es ese momento anterior al inicio del remate del bien, toda vez que la norma no lo indica con claridad.

Por consiguiente, cabe enfatizar que sobre este asunto existe controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia habiéndose señalado en consecuencia momentos distintos para la interposición de la demanda de tercería de propiedad.

❖ Para la doctrina

En consideración de la procesalista LEDESMA NARVÁEZ la tercería solo podría interponerse hasta antes que se inicien los actos procesales tendientes al remate o, por el contrario, se podría entender que la demanda se podría presentar hasta antes que el remate se haga efectivo (acto de expropiación). (2008; sp)

Al respecto el maestro RIOJA BERMÚDEZ agrega que: “(...) el inicio del acto de remate se da con la lectura de los bienes y condiciones en los que se va a realizar el citado acto, por lo que resulta pertinente plantear la tercería hasta dicho momento y no con posterioridad caso contrario no será la pretensión del tercerista.” (2012; pp.54)

De igual modo, compartiendo lo antes indicado el doctor CÁRDENAS MANRIQUE manifiesta que: “[...] la demanda de tercería puede interponerse incluso luego de emitido el auto de remate pero antes de haberse producido la adjudicación del bien.

El auto de remate –agrega- es la resolución que da inicio a una serie de procedimientos para su ejecución (como tasación del bien, inventario de bienes). El propietario del bien tiene expedito su derecho para interponer la tercería hasta antes del acto de adjudicación, pudiendo transcurrir un largo tiempo desde la fecha en que se emite el auto para el remate hasta su adjudicación.” (2016; pp.90)

Así, el verdadero propietario del bien puede interponer la demanda de tercería de propiedad, aun cuando el bien afectado haya sido convocado a remate, pero no adjudicado, logrando de esta forma la suspensión del remate y la correspondiente desafectación del bien. (RIOJA BERMÚDEZ; 2012; pp.53)

En conclusión, luego de dicho momento procesal resulta improcedente la demanda de tercería, restándole al propietario perjudicado, en salvaguarda de sus derechos, intentar la acción reivindicatoria o la indemnizatoria. (HINOSTROZA MÍNGUEZ; 2017: pp.410)

Es decir, luego de producido el remate, ya no cabe la tercería pues la finalidad de la ejecución se ha consumado mediante la liquidación de los bienes embargados, no obstante el propietario afectado no pierde la propiedad por un remate indebido, pues cuenta con otras vías de acción como el proceso plenario de reivindicación donde el juez emite una declaración de certeza sobre la propiedad. (GONZALES BARRON; 2014; pp. 86)

De los argumentos antes citados se evidencia que nuestra doctrina

nacional concurre en interpretar como ese instante anterior al remate a los actos procesales que inician la diligencia del mismo que abarcan la primera convocatoria y sucesivas, así como el auto del remate, puesto que consideran que el interponer la demanda de tercería de propiedad en la oportunidad indicada produce un efecto jurídico que favorece al demandante (el tercerista), el cual es la suspensión del remate, por ende la demanda será improcedente si el bien ya fue transferido.

❖ **Para la jurisprudencia**

Ahora bien existente diversos fallos judiciales de la Corte Suprema donde se puede advertir duda en la interpretación de este momento anterior al remate, consecuentemente encontramos fallos contradictorios. Sin embargo; al interpretar el momento anterior al remate que establece el artículo 543° del CPC se ha inclinado más por considerar hasta antes de hacerse efectivo el remate como el momento oportuno para interponer la tercería de propiedad; esto es con postores, buena pro y el acto de subasta.

Así en la Casación N° 181-2002-Lambayeque (citada en RIOJA BERMUDEZ; 2012) ha precisado lo siguiente:

“La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien, debiendo entenderse por inicio del remate, la lectura de relación de bienes a venderse, al acto mismo de la venta y posterior adjudicación en propiedad a favor de algún postor, que se produce en el mismo acto.”

Nos parece interesante el comentario que sobre este extremo realiza LEDESMA NARVAEZ, al afirmar que:

[...] La jurisprudencia mayoritaria se ha inclinado por esta última orientación, señalando que la norma se refiere al momento en que se materializa el remate, ya sea con la entrega del bien al postor favorecido

[...] mas no alude al comienzo de las diligencias del remate, que abarca tanto la primera convocatoria como las sucesivas. (2009; pp. 236)

2.5. Vía Procedimental.

Como sabemos la tercería de propiedad es un proceso contencioso autónomo que se tramita en la vía procedimental abreviada, de acuerdo a lo establecido en el inciso 5 del artículo 486° del CPC.

No obstante suele confundírsela con otras vías de acción del tercero que cubren supuestos distintos a los dos amparados por la tercería.

En este sentido, en forma clara el renombrado procesalista HINOSTROZA MINGUEZ señala:

“(...) se suele confundir al proceso de tercería como un trámite incidental cuando en realidad es autónomo, es decir, se ventila en forma independiente al proceso en el cual se produjo la afectación del bien. Como se dijera anteriormente, la tercería se tramita en vía de proceso abreviado (arts. 100 y 486 –inc. 5)-del C.P.C). Este era conocido antes como juicio de menor cuantía [...]” (2017; pp.400)

Concordamos con lo dicho por el jurista en mención, pues de ninguna manera se puede adoptar a la tercería de propiedad como un mero trámite ocasional que se genera durante el proceso de ejecución y por ende cabe reducirla a una incidencia procesal, siendo que la misma ley (el CPC) desde ya le ha otorgado una importancia jurídica al regularla como un proceso a parte y distinto al de ejecución y con normas especiales en su ámbito de tramitación, precisamente porque como ya se ha mencionado la tercería de propiedad tiene su fundamento jurídico en la propiedad, reconocido por nuestra constitución y por el Tribunal Constitucional .

2.6. Legitimidad activa y pasiva.

Al respecto, el maestro RIOJA BERMUDEZ sustenta claramente que:

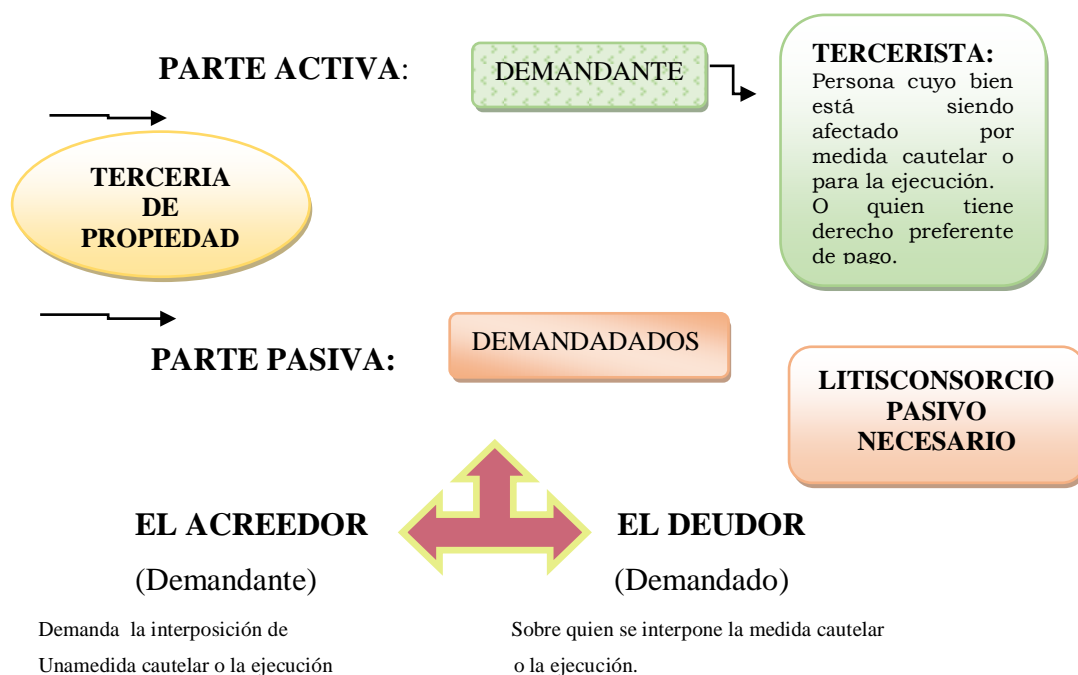
❖ **Legitimación Activa.-** El demandante en el proceso de tercería debe

tener necesariamente la calidad de tercero con relación al procedimiento cautelar o al proceso de ejecución. Quien interviene en este procedimiento debe acreditar tener la calidad de propietario materia del bien objeto de medida cautelar.

- ❖ **Legitimación Pasiva.-** La demanda de tercería debe estar dirigida con el demandante –ejecutante- y demandado –ejecutado- del proceso donde se ordenó la medida de embargo o el proceso en el cual se pretende ejecutar la garantía. Al emplazar a los sujetos intervinientes del proceso en mención se advierte la existencia de la figura del Litis consorcio necesario. (2012; pp.151-152)

En efecto, la demanda de tercería de propiedad es interpuesta por quien acredite preliminarmente ser propietario del bien afectado y debe interponerla contra dos sujetos procesales, que son el acreedor y el deudor del proceso ejecutivo, por consiguiente en dicho proceso tendremos dos demandados construyéndose la figura procesal del litisconsorcio necesario de conformidad con lo prescrito expresamente por el artículo 533° del CPC.

(Tabla 1)



2.7. Competencia del Juez.

Cabe señalar que en nuestro vigente Código Procesal Civil (1993) existía una evidente problemática en cuanto a la competencia del proceso de tercería.

❖ La antigua problemática.

Tal como lo menciona la profesora ARIANO DEHO, en las siguientes líneas:

“El CPC de 1993(...) terminó enredando y oscureciendo una materia que estaba por demás clara en la legislación derogada. Y lo primero que oscureció fue la competencia para conocer las tercerías [...]” (2008; pp.26)

Del párrafo anterior se entiende que en un inicio nuestro CPC de 1993 no reguló expresamente sobre qué juez debía conocer los asuntos en materia de tercería de propiedad, razón por la que se ventilaron dos posturas doctrinarias:

La primera avaló la aplicación de las reglas generales de la competencia territorial reguladas en la norma procesal civil (artículo 15 del CPC) al no estar determinado –en aquel entonces- el órgano jurisdiccional competente para conocer los procesos de tercería. (HINOSTROZA MINGUEZ; 2008; pp.326)

Mientras que la segunda postura, en su mayoría sostenía que:

“su trámite corresponde que lo conozca el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, o el juez que ordenó la medida cautelar que afecta el bien (artículo 100 del CPC)”. (RIOJA BERMÚDEZ 2012; pp.154)

Las dudas que antes existían en nuestro orden procesal respecto ante qué juez interponer la demanda de tercería de propiedad; fueron disipadas el año 2014, mediante una norma que modificó diversos artículos del Código Procesal Civil.

❖ La Solución

Nos referimos a la **Ley N° 30293**, publicada el día 28 diciembre de 2014, modificando distintos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal. Entrando en vigencia el 10 de febrero de 2015.

Precisamente en su **artículo 2** encontramos que modifica el artículo **534°** del Código Procesal Civil esclareciendo así finalmente la competencia en el proceso de tercería.

Estableciendo en el segundo párrafo del artículo 534° lo siguiente: **“El juez competente es el juez del proceso en el que se interviene”**.

Es decir: “Resulta competente para conocer del proceso de tercería (...) el Juez del proceso en el que se afectó un bien o bienes mediante medida cautelar o para la ejecución, lo que funda el pedido de tercería [...]” (HINOSTROZA MÍNGUEZ; 2017; pp.401).

En este sentido de acuerdo al segundo párrafo de la norma citada, la demanda de tercería de propiedad hoy en día, es factible de ser interpuesta ante el juez que conoció el proceso de ejecución, pudiendo ser un Juez de paz letrado o Juez civil de primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 488 del CPC; así como también son competentes para conocer sobre tercería de propiedad un Juez de Familia, comercial, laboral⁵ o penal⁶, pues en dichos procesos también cabe la posibilidad de solicitar medidas cautelares como el embargo de bienes.

Por consiguiente, en nuestra realidad jurídica bien podemos encontrar un juez laboral especialista en conocer asuntos laborales de carácter privado, resolviendo casos de tercería de propiedad donde se ventilan asuntos exclusivos a la propiedad; lo mismo sucede si el embargo del bien se

⁵ En la Casación N° 648-2016-Huaura, se ventila un proceso de tercería de propiedad cuya demanda fue interpuesta ante un juez que conoció sobre créditos laborales, proceso en el que se dictó un embargo sobre un inmueble del deudor cuya cónyuge es la tercerista.

⁶ En la sentencia de Casación N° 2981-2015-Junin, encontramos un caso donde se solicitó dentro de un proceso penal sobre hurto agravado, embargo en forma de depósito sobre un bien inmueble no inscrito.

produjo en un proceso de familia donde el juez especializado en asuntos familiares tendrá que conocer una demanda de tercería cuyo fundamento y tema jurídico principal es la propiedad.

Al respecto, nosotros nos cuestionamos si un conflicto jurídico con una pretensión un tanto compleja como la de tercería de propiedad al ser conocida y resuelta por los juzgados antes mencionados, podría realmente garantizar a las partes de dicho proceso la mejor solución, tomando en cuenta que un juez laboral, de familia, o comercial no son especialistas en conocer pretensiones netamente de carácter civil, de asuntos exclusivos sobre propiedad, lo que consideramos no es la lógica más adecuada por no tomarse en cuenta la complejidad de la pretensión de tercería de propiedad.

Cabe indicar que si bien, la ley en materia de tercería ha tratado sin lugar a dudas de brindar la mejor solución a esta problemática respecto a la competencia, disponiendo que el juez capacitado para conocer los asuntos de tercería de propiedad sea el mismo que conoció la pretensión principal siendo que éste ya tiene pleno conocimiento sobre dicho conflicto jurídico y por ende tiene todo para resolver, lo cual es una lógica correcta. Sin embargo; nosotros consideramos que la solución legal plasmada en el segundo párrafo del artículo 534 del CPC, es cuestionable y de ser analizada (como lo haremos más adelante) nos permitirá responder reflexivamente ¿a qué juez se le está atribuyendo el conocimiento de una pretensión exclusivamente civil que tiene que ver sobre propiedad?

2.8. Presupuestos esenciales y la admisibilidad de la demanda.

A manera de introducción el renombrado procesalista RIOJA BERMUDEZ nos indica que:

La calificación de la demanda es la potestad que la norma concede al Juez a fin de que examine el cumplimiento de los requisitos que esta señala con la finalidad

de admitirla dándole trámite, declarar su improcedencia (por la ausencia de un requisito de fondo) o declarar su inadmisibilidad (por la ausencia de un requisito de forma), constituyéndose como el examen previo para habilitar el inicio del proceso. (Abril 2012; 116)

En este sentido el autor antes mencionado, hace referencia al **auto de calificación de la demanda**, definiéndola como la resolución a través de la cual el juez advierte si la demanda satisface o no las exigencias de orden formal. De no cumplirlas indica en dicha resolución las omisiones existentes que han impedido sea admitida a trámite, concediendo un plazo a fin de que subsane las deficiencias señaladas por el juez, por lo que tiene carácter temporal.

Si vencido el plazo no se cumple con el mandato contenido se dispone el rechazo de la demanda. (...) la demanda de tercería debe ser calificada por el juez del proceso en el que el tercero es perjudicado con la medida cautelar, quien debe tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia, como cualquier otra demanda, por lo que se genera un expediente independiente al ser un proceso principal y no un incidente. (Abril 2012; 117)

En este sentido, es el artículo 424° del CPC la norma que señala cuales son esos requisitos (de forma) que debe tener la demanda de tercería de propiedad. No obstante, recordemos que la tercería de propiedad es una clase de tercería, por consiguiente además de ello se exigen los mismos cinco presupuestos o **requisitos esenciales** que la ley (artículos 534° y 535°⁷ del CPC) ha establecido para tal institución y que deben ser considerados para que la tercería de propiedad tenga éxito, los cuales se detallan a continuación:

- a) El bien materia de tercería debe estar afectado por una medida cautelar o para la ejecución, y esta (tercería) procede para cualquier bien sea mueble o inmueble⁸.

⁷ El artículo 535 del CPC establece que: "La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424, y además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta, en su defecto, si no da garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pueda irrogar".

⁸ En el presente trabajo de investigación nos vamos avocar al estudio de la tercería de propiedad en bienes inmuebles.

- b) Debe interponerse en tiempo oportuno (antes que se inicie el remate)
- c) La persona que acciona debe ser realmente un tercero ajeno a la ejecución; es decir, no sea parte en el proceso y no haya sido citado con la demanda.
- d) Se debe acreditar la propiedad del bien afectado, por lo menos con un documento público o privado de fecha cierta, o en su defecto dar la garantía suficiente para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera acarrear. (GAVANCHO LEON; 2014;pp. 4 y 5)
- e) El tercerista debe ser propietario antes del embargo. (GONZALES Y ALVAREZ; 2014; pp.92)

Así también de modo interesante el procesalista RIOJA BERMUDEZ agrupa los requisitos antes indicados, en dos tipos de presupuestos como son:

Presupuestos relativos a la admisibilidad de la demanda.- Al entender del citado autor es necesario que, con carácter previo al pronunciamiento del juez sobre el derecho del tercerista concurren los siguientes requisitos para la admisibilidad de la demanda de tercería de propiedad:

- ❖ Un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.
- ❖ La existencia del embargo sobre bienes y derechos.
- ❖ Prestación de caución.

Presupuestos relativos al fondo de la pretensión.- Tomando en cuenta lo establecido por el artículo 533° del CPC se puede hablar de tres requisitos relativos al fondo de la pretensión:

- ❖ No tener la condición de parte en la ejecución.
- ❖ Tener la calidad de propietario o titular del bien o derecho materia de embargo.
- ❖ Adquisición del bien o derecho con anterioridad a la afectación del embargo. (RIOJA BERMUDEZ; 2012)

Es importante enfatizar que el CPC de 1993 es claro al requerir que el tercerista debe acreditar ser titular o propietario del bien afectado, por lo tanto el embargo

no puede alzarse si el demandante de la tercería no es propietario; sea porque su título es de compraventa con reserva de propiedad, sin haber cancelado el precio; o por tratarse de un optante en contrato preparatorio, sin que se hubiese consumado el contrato definitivo.

Al respecto, los maestros GONZALES Y ALVAREZ remarcan que si bien es imprescindible que el tercerista acredite la propiedad de los bienes embargados, no es relevante la inscripción de los mismos, por ser el registro declarativo. No obstante si es necesario que el demandante-tercerista acredite las siguientes condiciones:

- La propiedad del inmueble antes de la práctica del embargo, pues si lo adquiere después entonces debe sufrir la traba del gravamen.
- La propiedad del tercerista debe constar en instrumento público o privado de fecha cierta, pues se trata de un proceso de cognición rápida para remediar el error del juez al trabar un embargo de modo superficial. La falta de esta prueba determina que el actor no está habilitado para recurrir a la tercería, pero si a un proceso plenario de cognición, como la reivindicatoria o mejor derecho.
- Un problema adicional será determinar el carácter público o privado del documento, o cuando existe certeza sobre la fecha. (2014; pp.89)

De este interesante aporte podemos interpretar con claridad que el tercero no necesariamente debe acreditar la propiedad del bien inmueble materia de embargo con su inscripción en el registro de propiedad inmueble (presentando una copia literal de dominio), ya que por el artículo 949⁹ de nuestro CC las transferencias de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico se realizan en minutas, documentos privados con firmas legalizadas por notario y en escrituras públicas. En consecuencia, el tercero puede acreditar su propiedad con cualquiera de los documentos antes mencionados.

⁹ El artículo 949 del Código Civil prescribe lo siguiente: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario."

Así también cabe hacer mención que para los casos en los que el tercero tenga un título de propiedad en el que los requisitos antes descritos se encuentren ausentes, la parte final de la norma examinada (artículo 535° del CPC) permite apreciar una excepción en la presentación de los tales (documento público o privado de fecha cierta), siempre que el demandante otorgue: “**garantía suficiente** a criterio del juez para responder por los daños o perjuicios que pudiera irrogar”.

Si bien es cierto como podemos apreciar la norma no menciona expresamente la cantidad de esta garantía, ni tampoco establece que clase de garantía es la ideal, dejando ello a la discrecionalidad del juzgador, por ende será lo que el juez considere prudente. No obstante, al respecto se aclara que:

“(…) al no poder distinguir donde la norma no lo hace, debemos entender que pueden ser tanto garantías personales como la fianza, y garantías reales como la prenda (ahora garantía mobiliaria) y la hipoteca”. (LEDESMA NARVAEZ; 2009, pp. 239)

“(…) Si el actor no puede otorgar la garantía que evite que la demanda pueda reputarse como maliciosa, entonces la tercería deberá rechazarse de plano, sin perjuicio que el afectado pueda acudir al proceso plenario, con amplio debate de cognición y probatorio.” (GONZALES Y ALVAREZ; 2014, pp. 110)

2.9. El Rol de la Fecha Cierta en el proceso de tercería de propiedad.

A efectos de una mejor comprensión de lo dispuesto por la norma 535° del CPC es sustancial que analicemos previamente: ¿qué significa el término fecha cierta? ¿qué es un documento público? y ¿a qué se denomina documento privado?

En relación al término “**fecha cierta**” el profesor FERRERO COSTA (Citado por CASTILLO Y OSTERLING) acota lo siguiente:

“¿Pero que debemos entender por documento de fecha cierta? El Código guarda silencio y entre los autores nacionales y extranjeros no existe acuerdo a este respecto. Por otro lado, la jurisprudencia no es uniforme al señalar cuales son los

documentos que detentan fecha cierta [...]

Fecha cierta es la fecha indudable respecto de terceros, puesto que entre las partes otorgantes de un documento la fecha que en el se señala siempre es cierta.” (1994; pp.334 y 335)

De lo expuesto por el autor citado, tenemos claro que la fecha cierta es un término que carece de una acepción doctrinal y jurisprudencial clara, aun nuestro vigente Código Civil de 1984 no ha definido lo que debe entenderse por este concepto, no obstante se puede entender como la fecha que no puede ser puesta en duda.

Por su parte la Corte Suprema a través de la Casación N° 3812-2014-Lima ha expresado que:

“**SETIMO.-** [...] la fecha cierta es la constancia autentica del momento en que un acto jurídico se verificó [...]”

Asimismo, respecto al concepto de **documento público y privado**, en forma sucinta y acertada explica la jurista LEDESMA NARVAEZ lo siguiente:

“(...) la norma es clara al exigir como mínimo para admitir la demanda, el documento público¹⁰ o privado¹¹ de fecha cierta. El primero es expedido por funcionario público o notario en el ejercicio de sus funciones, mientras el segundo es el constituido por particulares, pero siempre que tenga fecha cierta (...)” (2009; pp.239)

Para los renombrados juristas CASTILLO Y OSTERLING, sobre los

¹⁰ El artículo 235 del CPC establece que: Es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; 2. La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y 3. Todo aquel al que las leyes especiales les otorgue dicha condición. La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda.

¹¹ De acuerdo con el artículo 245° del CPC un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica en el proceso; desde: 1. La muerte del otorgante; 2. La presentación del documento ante funcionario público; 3. La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas; 4. La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y 5. Otros casos análogos. Excepcionalmente el Juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.”

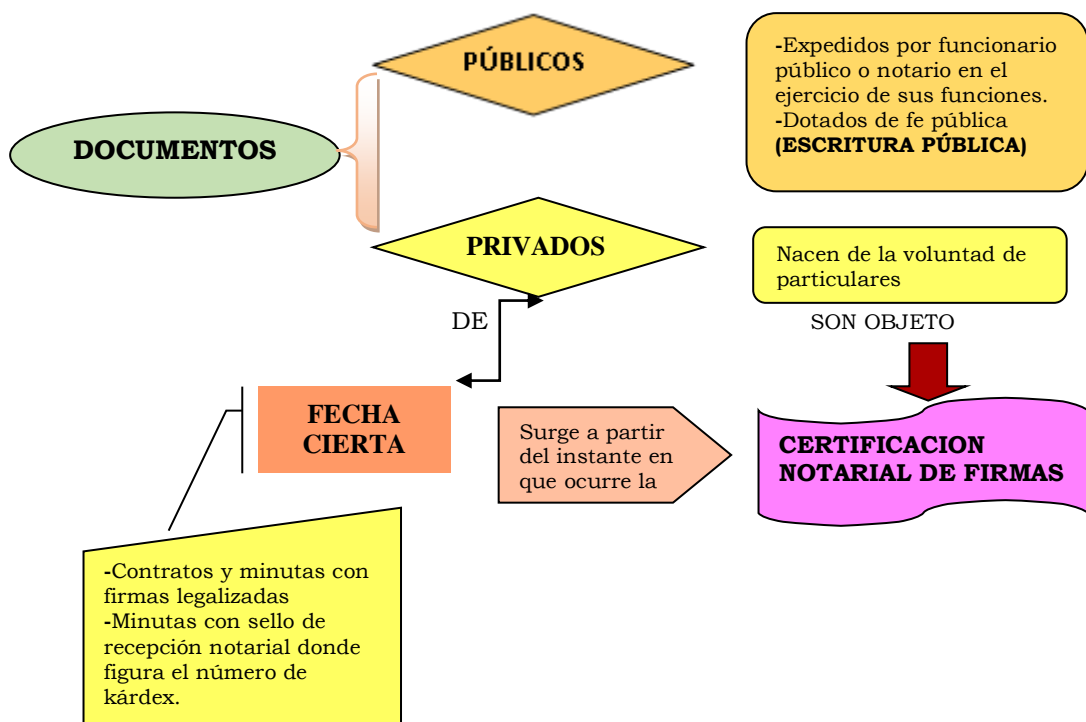
documentos de fecha cierta precisan que:

“[...] son documentos de fecha cierta aquellos en los que haya intervenido el Notario Público dando fe de la misma, tales como las Escrituras Públicas, las minutas con fecha o firma legalizadas y los contratos privados (que no revisten la forma de minutas) con fecha o firmas legalizadas, además de aquellos en los cuales ha sobrevenido la muerte o incapacidad física d uno de los otorgantes.” (CASTILLO Y OSTERLING; 1994; pp.339)

Al respecto, también cabe destacar que la Corte Suprema mediante Casación N° 3434-2012-Lima ,ha considerado dentro del supuesto del inciso 5 del artículo 245 del CPC, que una minuta con sello de recepción de notario constituye un documento de fecha cierta.

A continuación, un resumen esquematizado e lo antes explicado:

(Tabla 2)



Ahora bien, respecto a la **vinculación de la fecha cierta con el proceso de**

tercería de propiedad, existe la exigencia establecida por el artículo 535° del CPC de que: el tercerista debe acreditar la propiedad con documento público, privado de fecha cierta u otra que produzca convicción.

Lo cual nos indica claramente que la llamada fecha cierta es un presupuesto importante y vinculado directamente con la admisibilidad de la demanda de tercería y el efecto jurídico que ésta admisión produce.

Asimismo cabe señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han reconocido tal importancia, pues la admisión de la demanda de tercería de propiedad produce la suspensión de la ejecución del bien afectado (lo cual estudiaremos posteriormente al analizar el artículo 536° del CPC).

Por tanto este requisito encuentra una justificación lógica en que antes de suspender la ejecución de una medida cautelar, el tercerista debe acreditar con prueba escrita desde cuándo es propietario del bien materia de embargo, solo así se puede tener un fundamento lógico para suspender el proceso de ejecución.

Haciendo referencia a la fecha cierta y su vinculación con la tercería de propiedad, el doctor RIOJA BERMUDEZ precisa que:

“En efecto se trata de un requisito de admisibilidad, no siendo necesario que el documento acredite de manera incontrovertible el derecho invocado del tercerista, pues el Juez deliberara sobre esto en la etapa procesal correspondiente”. (RIOJA BERMUDEZ; 2012; pp. 181)

De este concepto se colige entonces que la fecha cierta con relación al proceso de tercería de propiedad, es una exigencia necesaria para que la demanda de tercería sea admitida, por lo que el Juez estando en la etapa de calificación de la demanda, para admitir la demanda de tercería es suficiente que solo verifique si el título de propiedad presentado por el tercerista cumple con el requisito de la fecha cierta, ya que después de haber admitido la demanda podrá valorar y escudriñar a fondo si detrás de dicho título, de ser el caso, no se esconde algún acto simulado realizado por el tercerista en contubernio con el deudor en perjuicio del crédito;

pero esto lo hará obviamente en la respectiva etapa probatoria.

Seguidamente, según lo indicado por el autor CARDENAS MANRIQUE la importancia de la fecha cierta en relación con la tercería de propiedad ha sido advertida en reiteradas sentencias emitidas por la Corte Suprema y también por el séptimo pleno casatorio civil, citando: Por ejemplo, la Casación N° 3908-2001-La Libertad:

“la fecha cierta (de la adquisición) no solo constituye un requisito de admisibilidad, sino que resulta indispensable para resolver la tercería, pues en ésta se debe acreditar la adquisición del tercerista con anterioridad al gravamen que pesa sobre el bien que está siendo cuestionado” (2016; pp.90 y 91)

De este pronunciamiento de la Corte Suprema podemos destacar que la fecha cierta del título de dominio es decisiva y por ende en materia de tercería de propiedad cumple un rol importante, en la medida que indica la fecha en que el tercero adquirió el bien materia de embargo, por tanto permite identificar si se hizo propietario antes de la traba del embargo, este último será inválido; caso contrario, tendrá que soportarlo. No obstante, nosotros creemos que el juzgador al conocer una causa sobre tercería de propiedad debería ir más allá de la fecha cierta del título del tercerista y desentrañar la verdad en el proceso, dado las distintas actuaciones fraudulentas que detrás de un documento de fecha cierta se pueden esconder.

Como por ejemplo, un caso interesante se presentó en la Casación N° 484-2016-Lima, en el caso de autos, el juez de primera instancia declaró liminarmente improcedente la demanda de tercería de propiedad, por considerar que la copia legalizada de la minuta de compra venta de acciones y derechos presentada por el actor, no reunía el grado de certeza y confiabilidad, siendo que el contrato fue celebrado en la ciudad de Lima, pero la legalización de las firmas pese a señalarse que ha sido efectuado el mismo día que, aparece realizado por notario de una localidad de Huánuco, un lugar sumamente distante de la capital, por lo que

resulta imposible que un documento suscrito en Lima sea legalizado el mismo día por un notario de una provincia tan distante, por esta razón el *a quo* considero que el demandante no cumplió con el requisito de admisibilidad establecido en el artículo 535 del CPC. Dicha resolución es posteriormente confirmada por la Corte Superior.

Es en este sentido, que la Corte Suprema al examinar el presente caso en el quinto fundamento de la presente sentencia, señala en forma trascendente lo siguiente:

“QUINTO.- De lo expuesto se advierte *prima facie*, que [...] no obstante encontrarse en la etapa de calificación de la demanda, respecto a la omisión o defecto del cumplimiento de los requisitos formales lo que, en su caso, acarrearía su inadmisibilidad, **las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda en forma liminar**, con fundamentos de hecho y de derecho que corresponden a una resolución final, sin que se hubiere discutido el derecho de la recurrente dentro de un proceso judicial, **afectándose con ello el derecho de ésta al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva”**.

Asimismo, debe indicarse que una minuta de transferencia con la firma legalizada solo de uno de los contratantes, es suficiente para que le dé la calidad de fecha cierta al documento, según lo indicado por la Corte Suprema en la Casación N° 1083-2015-Lima.

Otro caso curioso se presentó en la Casación N° 765-2004 (...) cuando el demandante no acreditó la fecha cierta de la compraventa y por ende el juez declaró infundada la tercería, empero, realmente lo que había ocurrido es que el actor solo presentó una minuta suscrita por los compradores, pero no por los vendedores, por lo que el problema no era la fecha cierta del acto de transferencia, sino la inexistencia del contrato, por lo que la tercería debió ser rechazada de plano, sin la posibilidad siquiera de remediar la ausencia de certeza con la prestación de garantía, pues ello presupone que existe acto jurídico. (GONZALES Y ALVAREZ; 2014; pp. 110)

2.10. “Lo oscuro” en su tramitación procesal.

En el desarrollo del estudio de la tercería sin lugar a dudas hemos podido advertir algunas falencias en su regulación procesal, algunas de estas han sido mencionadas en las líneas que anteceden a este trabajo. Sin embargo en el presente rubro vamos a enfatizar las cuestiones problemáticas específicas que han surgido en torno al trámite realizado en el proceso de tercería de propiedad.

2.10.1. Efectos de la admisión de la demanda.

En el artículo 536^{o12} del CPC la norma procesal establece que el efecto automático del auto admisorio de la demanda de tercería de propiedad es suspender el proceso si estuviera en etapa de ejecución sin indicar expresamente qué del proceso en la etapa de ejecución se suspende, aunque se entiende que hace referencia a la suspensión del acto del remate, ya que la presente norma añade: “(...) aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordene la venta de los bienes”.

Al respecto el doctor CARDENAS MANRIQUE, expresa que:

Lo ideal sería que se suspenda el proceso con la sola interposición de la demanda, puesto que existe el peligro de que se remate el bien; sin embargo (...) las únicas excepciones serían que los bienes estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En esos casos el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería. (Enero 2016; pp. 92)

En sede jurisprudencial también se ha considerado que la tercería surte efectos desde el momento de la presentación de la demanda y no desde el auto que la admite, conforme lo señalado por la Corte Suprema en la

¹² El artículo 536° del CPC, establece que: “Admitida la tercería de propiedad, se suspenderá el proceso si estuviera en la etapa de ejecución, aunque esté consentida o ejecutoriada la resolución que ordene la venta de los bienes, salvo que estén sujetos a deterioro, corrupción o desaparición o que su conservación resulte excesivamente onerosa. En esos casos el producto de la venta queda afectado al resultado de la tercería (...)”

sentencia¹³ de Casación N° 349-2014- Arequipa.

2.10.2. La Contestación de la demanda.

Se ha precisado anteriormente que en el proceso de tercería de propiedad se contempla la figura del litis consorcio pasivo, ya que el interés del tercerista demandante enfrenta al interés de los demandados; que para el caso de la tercería son el deudor ejecutado y acreedor ejecutante que actúan en el proceso de ejecución.

Sin embargo; según se indica: “(...) En la práctica, el deudor no tiene interés en la tercería, pues si el bien es suyo, y encontrándose ya afectado, entonces tendrá que sufrir el embargo; y si el bien le pertenece a un tercero, entonces el perjuicio no es suyo. Por tanto el interés prevaleciente en la defensa del embargo recae en el acreedor.” (GONZALES Y ALVAREZ; 2014; pp. 117)

Nosotros compartimos lo indicado en el párrafo anterior, siendo que de los dos demandados en un proceso de tercería de propiedad quien resulta tener un interés más fuerte en la defensa del embargo es el acreedor, pues desde nuestra perspectiva en la práctica judicial el otro demandado, como en muchos procesos, resulta ser un deudor malicioso que tiene el oculto interés de defender un bien inmueble que en documentos es propietario aparente el tercerista, pero en la realidad es de propiedad del deudor ejecutado; no obstante encubre dicho interés actuando simuladamente con fraude y en connivencia con el mismo tercerista que interpone la demanda para perjudicar a su codemandado acreedor.

Sin embargo cabe resaltar, que si bien en la práctica el interés más fuerte en la defensa lo tiene el acreedor afectante -por encontrarse en riesgo su derecho de crédito-; el ejercicio de su derecho de contradicción en la

¹³ La Corte Suprema resolvió: “los efectos de la tercería no se pueden considerar desde el auto que admite la demanda, por cuanto no es imputable al litigante cualquier demora en el trámite del proceso por culpa inimputable al órgano jurisdiccional”.

contestación de la demanda de tercería de propiedad se encuentre limitado pues se reduce a objetar únicamente lo alegado por el tercerista demandante, sin poder cuestionar idóneamente el actuar malicioso del tercerista a fin de que el juez examine la presencia de simulación o fraude detrás del título en que sustenta la propiedad del bien embargado, a efectos de obtener un pronunciamiento motivado sobre este punto.

En consecuencia, desde nuestra particular opinión el derecho del acreedor afectante en el escenario judicial de la tercería de propiedad no tiene garantizada una tutela jurisdiccional efectiva adecuada.

2.10.3. ¿Por qué es improcedente la reconvención en el proceso de tercería de propiedad?

La respuesta a esta interrogante se encuentra en una prohibición legal expresamente establecida en el artículo 490° del CPC; norma que incluye al proceso de tercería dentro de los procesos abreviados en los que no se puede usar la reconvención.

Al respecto nos parece interesante el punto de vista de la jurista ARIANO DEHO quien dice:

“Lo más curioso de la regulación de la tercería en el CPC de 1993 es que pese a exigirse que el derecho alegado por el tercerista quede “probado” *in limine* (con documento público o privado de fecha cierta) se le haya dado el cause del proceso abreviado.” (ARIANO DEHO; 2008, pp. 32)

Como podemos advertir la autora no concibe que por un lado el vigente CPC haya normado la exigencia de que, al inicio del trámite de la demanda el tercerista desde ya presente una prueba escrita lo cual indirectamente presupone una vía procedimental de trámite más amplia; no obstante, por otro lado en el mismo cuerpo adjetivo se ha regulado que el proceso de tercería de propiedad se tramita en vía abreviada, lo que

considera una incoherencia.

Asimismo ARIANO DEHO (2008) continúa agregando en opinión crítica que:

El tramitar la tercería de propiedad como proceso “abreviado” resulta un ingrediente pernicioso adicional por lo dispuesto en el artículo 490 del CPC, siendo que no es posible reconvenir, por consiguiente el acreedor (ejecutante o embargante) demandado en la tercería, no puede reconvenir ante cualquier enajenación fraudulenta que tenga que ver con el tercerista. (pp.33)

Nosotros compartimos el mismo pensamiento que la autora, siendo que también consideramos desfavorable y negativo este otro lado “oscuro” (la no reconvencción) en el trámite del proceso de tercería de propiedad, puesto que el acreedor demandado desde ya está obligado a recurrir a procesos distintos al de tercería(tramitados en vía de conocimiento), los que suelen iniciar en forma simultánea al proceso de tercería de propiedad a fin de buscar amparo sobre dicha pretensión conexa (una enajenación fraudulenta) tras advertir algún acto malicioso en el tercerista demandante.

Sin embargo; la realidad jurídica nos indica que el ejercicio de la tutela jurisdiccional por parte del acreedor afectante para discutir y probar el actuar malicioso y fraudulento del tercerista en un proceso distinto al de tercería (proceso de conocimiento), le resulta a éste más engorroso y complicado dada las argucias del supuesto tercerista que de ser favorecido en el proceso de tercería, podría transferir el inmueble desafectado a otro tercero, por ende para protegerse de dichas situaciones es que el acreedor afectante al recurrir a una vía procedimental más lata para defenderse sobre la pretensión ya indicada, suele solicitar medidas cautelares al Juez (como la anotación de la demanda) y así, de algún modo se ve perjudicado por el

tiempo y los gastos económicos que le demandaran este proceso a parte, perjudicándose entonces el derecho de crédito del acreedor afectante, el que desde nuestra perspectiva bajo este mecanismo de defensa establecido en nuestro ordenamiento procesal no se le garantiza a su derecho de crédito una adecuada tutela jurisdiccional.

En consecuencia, es menester que reflexionemos y evaluemos que tan coherente, justo y beneficioso le resulta al acreedor demandado ejercer su defensa fuera del escenario jurídico del proceso de tercería de propiedad contra las actuaciones ilegales del tercerista, tema que será analizado a mayor detalle en el siguiente capítulo.

2.11. La sentencia y sus efectos.

En términos claros el maestro RIOJA BERMUDEZ precisa los efectos diferenciados que puede generar una sentencia declarada fundada de una infundada.

❖ Sentencia que declara fundada la demanda de tercería de propiedad.

- El Juez decreta el levantamiento de la medida cautelar dispuesta.
- Cesa la suspensión del proceso principal.

La parte ejecutante debe solicitar al juez la afectación de otros bienes para proseguir con la ejecución forzada.

❖ Sentencia que declara infundada la demanda de tercería de propiedad.

- Cesa la suspensión del proceso principal, continuándose con la ejecución forzada de los bienes que fueron objeto de tercería.
- Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que hubiere lugar por parte del tercerista, procede el pago de costas y costos del proceso.
- Pago de multa.
- Ejecución de la garantía, si con la demanda de tercería se incurrió en

daños y perjuicios para el acreedor ejecutante. (RIOJA BERMUDEZ; Abril 2012)

En síntesis podemos señalar que, de estimar el juez la demanda de tercería de propiedad la sentencia ordenara el levantamiento del embargo, por lo cual se entiende que el proceso principal había afectado un bien cuyo propietario no era un deudor sino un tercero.

Por otro lado, si la decisión del juez es rechazar la tercería de propiedad entonces la sentencia dispone que el embargo se mantiene vigente.

Una característica importante de las sentencias de tercería es que la decisión del juez no produce efecto de cosa juzgada, por ende el propietario está posibilitado para recurrir a un proceso posterior si ha fracasado en la tercería.

En síntesis, la tercería de propiedad según el vigente Código procesal civil peruano, -desde nuestro punto de vista- no es más que una figura jurídica defectuosa llena de deficiencias técnicas en su redacción legal, cuyas normas oscurecidas carecen de coherencia. Definitivamente nos urge a todas luces, retornar a una redacción legal inteligente en cuanto a tercería de propiedad.

SUB CAPITULO II

FUNDAMENTOS POS PLENO PARA CONTROLAR EL USO FRAUDULENTO DEL PROCESO DE TERCERIA DE PROPIEDAD.

En el capítulo anterior se ha cumplido con desarrollar la naturaleza jurídica de la tercería de propiedad como institución procesal, tal como aparece regulada en su contexto actual en nuestra legislación procesal civil (de *lege lata*).

En el presente capítulo, nuestro objetivo es examinar el aspecto negativo y sombrío que presenta el proceso de tercería de propiedad en la práctica judicial, toda vez que el tercerista no está exento de realizar distintas conductas maliciosas en este proceso, el cual puede ser usado por las partes (conjuntamente por el tercerista demandante y el deudor codemandado) incluso con fines fraudulentos.

Por consiguiente además de ello, nos proponemos indagar cuáles son los principales fundamentos que han sido desarrollados por nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, con posterioridad a la emisión del VII Pleno Casatorio Civil, a fin de lograr discutir y probar el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad.

3.1. Cuando el mal se disfraza ¡qué Dios se lo pague! : El uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad.

Cabe destacar en primer lugar, que el inicio de todo este escenario oscuro tiene su fuente en los **derechos obligacionales**, llamado también **de crédito o personales**, los cuales tienen características específicas, que la doctrina a lo largo de los años ha desarrollado, así como también la legislación pertinente.

Sin embargo; no es nuestra intención exponer detalladamente en el presente apartado cada una de estas características, pero si pretendemos someramente traer a colación con un ejemplo práctico, extraído de la doctrina lo que sería una relación jurídica de particulares originada por la celebración de un acto jurídico de

mutuo o préstamo de dinero entre dos sujetos que ostentan posiciones distintas, una activa y otra pasiva.

A continuación compartimos, el didáctico ejemplo diseñado por el Juez titular de la Corte Suprema LAMA MORE quien explica:

- b. Pedro celebra con José un contrato de mutuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1648 del CC, por el cual José recibe de Pedro la suma de mil soles, que deben ser pagados en un plazo de hasta seis meses. En este caso Pedro viene a ser el acreedor (sujeto activo) y José viene a ser el deudor (sujeto pasivo). Ahora, el derecho del acreedor es un derecho obligacional de crédito o personal, que para ser satisfecho requiere de la conducta colaborativa del deudor, esto es, en simples palabras, que José haga entrega y devolución de los mil soles a Pedro, por lo que este tipo de derechos es indirecto o mediato.

Asimismo, Pedro solo puede oponer el mismo a su deudor José, es decir solo puede cobrarle el capital mutuado a José (y no a la enamorada o a la mamá de éste, por ejemplo). Finalmente, el derecho de Pedro es de duración determinada o temporal, pues no entrego el dinero a su deudor eternamente sino pensando en el pago oportuno y más aún en el pago de intereses, si se pactaron.

Incluso, si Pedro no le cobra a su deudor Juan acarrearía la extinción de dicha obligación por operar la prescripción extintiva de la acción personal, según el artículo 2001.1 del CC (10 años para demandar el pago a partir del vencimiento de la obligación). (LAMA MORE; 2017; pp. 443 y 444)

De este ilustrativo ejemplo podemos sostener que los derechos de crédito o personales son aquellos que crean una relación jurídica que faculta al acreedor exigir al deudor (y no a otra persona distinta a éste) el pago cedido en préstamo, y asimismo obliga al deudor a cumplir con dicho pago.

En este sentido, debería ser una conducta normal que cada deudor que contrae una obligación crediticia quiera cumplir responsablemente con el pago del crédito.

No obstante, en nuestro entorno social se presentan conductas humanas que intentan a todo costo evadir las obligaciones crediticias contraídas en un inicio frente a algún acreedor, por tal razón posteriormente cuando los ciudadanos adquieren bienes raíces lo hacen por lo general, sin la voluntad de ingresarlos al registro de bienes inmuebles a fin de no ponerlos en riesgo frente a dicho acreedor quien ante cualquier incumplimiento de la obligación podría embargar tales bienes; sin embargo, es de advertirse también que los deudores optan mucho por poner dichas adquisiciones a nombre de algún familiar o personas que consideran de su confianza ante futuros conflictos judiciales entre su propiedad que no inscribió y el crédito del acreedor.

Para mayor claridad, citamos un ejemplo práctico brindado por otro juez, el doctor CARREÓN ROMERO, quien comenta:

A Justo Seguro se le acercó un amigo y le pidió prestado la suma de sesenta mil soles, recordando le comportamiento correcto de su amigo decidió prestarle los ahorros de toda su vida, siendo que además su amigo contaba con buenos ingresos y una casa de segundo nivel inscrita en los Registros Públicos a su nombre, inmueble que tenía un valor superior al préstamo.

El amigo tuvo un tropiezo en su negocio, sabía que al no pagar, Justo Seguro se iba a cobrar el crédito con el inmueble de su propiedad; demodo que decide transferirlo a favor de un primo suyo, por el supuesto caso de que ocurriera un juicio. En efecto asisten al notario el deudor de Justo Seguro y su primo y realizan la transferencia de su propiedad; sin embargo no realizaron la inscripción en los Registros Públicos.

Como era previsible, el amigo no cumplió con devolver el préstamo al año de vencido el plazo, lo que ocasiono que el confiado y ahora mortificado acreedor

inicie una demanda de cobro, con el embargo del inmueble de propiedad de su deudor, anotado en su partida registral.

Es así que hubo un proceso judicial para el amigo deudor iniciado por Justo Seguro en su contra, en la cual se dictó sentencia firme.

Es en ese momento que el primo de este presenta el contrato de compraventa antes celebrado por ambos, e interpone demanda de tercería de propiedad alegando ser el propietario del inmueble, negándose a responder por una deuda ajena y exigiendo al juez el levantamiento del embargo en los Registros Públicos. (CARREON ROMERO; 2016; pp. 54 y 55)

Tal como lo refiere el autor antes citado a través del ejemplo anterior, en la realidad existen muchos deudores que deciden transferir sus bienes pero sin registrar esas adquisiciones; por ende siguen figurando como titulares de dominio en la partida registral correspondiente. Ahora bien, pero **¿por qué no inscriben algo que es suyo?**

La respuesta la encontramos en el siguiente argumento del profesor RUBIO BERNUY (2016):

“Todas las personas que van a adquirir un bien registrado, ni bien culmina el proceso de otorgamiento de escritura pública de transferencia de inmueble, requieren que de inmediato se inscriba dicha adquisición en el registro. Sin embargo, existe un uno por ciento (1%) de adquirentes que no desean la inscripción del derecho adquirido, en la mayoría de los casos alegan tener obligaciones pendientes de pago frente a proveedores, clientes, amigos, o ante entidades del sistema financiero, etc.” (RUBIO BERNUY; 2016; pp.310)

Son muy certeras las palabras del Notario de la provincia de Trujillo y ex registrador, al enfatizar que la verdadera razón por la que los contratantes se niegan a inscribir el inmueble que adquirieron esta en las deudas pendientes

frente a sus acreedores; algo innegable y recurrente, siendo esto incluso tema de muchas consultas por los usuarios en sede notarial, toda vez que en dicho fuero suelen iniciarse estos negocios con propósito fraudulento que más tarde les permite usar el proceso de tercería de propiedad con fines perversos .

En este sentido, siendo que esta acción de tercería de propiedad la emplea el tercerista, cabe absolver a la interrogante **¿Quién es el tercerista?** nosotros entendemos que es un sujeto procesal que en su condición de parte demandante en el proceso de tercería de propiedad, pretende que el juez le reconozca como propietario del bien materia de embargo, teniendo así el interés directo de liberar dicho bien de la ejecución.

Seguidamente también cabe preguntarnos, **¿Quién es un tercerista malicioso o defraudante?** de manera clara y sencilla nosotros consideramos que, es quien apartado de la buena fe, emplea con fines fraudulentos el proceso de tercería de propiedad para perjudicar principalmente a una de las partes demandadas; como es el acreedor embargante, puesto que el deudor demandado por lo general, es su aliado.

Ahora bien en consecuencia, cabe meditar en los motivos que pueden impulsar a un tercerista a realizar actuaciones ilegales y maliciosas en un proceso judicial en el que solo la ley para favorecer su pretensión, se le exige probar por escrito su derecho de propiedad con un documento público o privado de fecha cierta anterior a la fecha de inscripción del embargo trabado; pero sin poder ser en si tal título de propiedad tema de fondo en el proceso, por tal razón no puede ser cuestionado por el acreedor afectante dentro del mismo proceso de tercería (vía abreviada), pues según el vigente CPC solo puede hacerlo en un proceso distinto de vía más lata, como el proceso de conocimiento , puesto que la prueba escrita que ofrece el tercerista en el proceso no da garantía de una plena confianza que hace del tercerista un indubitable propietario del bien afectado.

Por consiguiente, compartimos lo expresado por el maestro ALVAREZ CAPEROCHIPÍ quien señala que:

“El documento privado en la tercería de dominio plantea serias dudas en

cuanto a su autenticidad y fehaciencia. [...] Pero no solo la fecha es cuestionable, las dudas provienen de que pueden fácilmente preconstituirse y utilizarse documentos privados con fines fraudulentos o en daños de terceros, carece de coste alguno, y su realidad misma es comprometida en cuanto su voluntad negocial efectiva”. (ALVAREZ CAPEROCHIPI; 1995; pp.303)

Y en efecto, podemos entonces afirmar que la sola exigencia de un documento público o privado con fecha cierta en materia de tercería de propiedad no resulta una medida suficiente y fuerte cuando en el escenario procesal la malicia se disfraza y el fraude se instala.

Asimismo la realidad práctica ha decretado que el interés normal de un tercerista puede también tornarse en malicioso cuando este principalmente actúa en connivencia con el deudor demandado simulando actos jurídicos de transferencia de propiedades que se suelen encubrir detrás de un título formal de fecha cierta, falsificando documentos públicos o privados como se ha mencionado, entre otras actuaciones que desarrollaremos en el presente rubro.

Respecto a lo expuesto en líneas arriba, se indica lo siguiente:

“[...] La impresión que tiene el profano de la tercería de propiedad es que ella constituye una táctica dilatoria empleada como medio de defensa para evitar el remate de los bienes del deudor. Quizá esa haya sido la idea que nutrió a los autores del CPC de 1993, de allí que para (solo) “admitir” la tercería haya establecido el “requisito” de la prueba in limine del derecho invocado por el tercero con documento público o privado de fecha cierta o, en su defecto, el otorgamiento de una garantía, pensando que así se evitaran tercerías maliciosas.

Sin embargo, tal exigencia, por un lado, no ha evitado las tercerías maliciosas, ni por el otro, le ha dado mayor racionalidad al mecanismo, en cuanto, 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 (o futuro ejecutante)”. (ARIANO DEHO; 2008; pp. 25)

Tal como lo manifiesta la autora precitada, el actual CPC peruano si bien, al exigir una prueba escrita (documento público o privado de fecha cierta) fehaciente para acreditar el derecho de propiedad el tercerista, desde ya ha pretendido sin lugar a dudas, brindar un marco de protección a la tercería de propiedad frente a las distintas actuaciones maliciosas, así como el uso indebido que el tercerista defraudante puede hacer de dicho proceso. Sin embargo; esta norma no ha sido suficiente para evitar su uso malicioso, puesto que el proceso mismo no está legalmente encauzado a discutir o cuestionar aquella prueba que sustenta el derecho invocado por el tercerista. Porque el CPC ha interpretado superficialmente que la finalidad del proceso de tercería de propiedad se reduce únicamente a levantar un embargo.

Ahora bien, cabe preguntarnos entonces **¿quién es el más malo en este conflicto jurídico denominado tercería de propiedad cuando la mala fe incursiona en el proceso?** definitivamente el mal se disfraza y esconde muchas veces en aquel documento de fecha cierta presentado como título de propiedad por el supuesto “tercerista” que impetuosamente aparece en escena justo antes de efectuarse el remate del bien afectado, que reclama como suyo.

No obstante, el deudor demandado y hasta el mismo acreedor afectante también pueden proceder con malicia en este proceso; tal como se afirma a continuación:

“La mala fe, sea que provenga de parte del tercerista (por actuar en contubernio con el deudor) o del acreedor embargante (por afectar el bien pese a tener conocimiento de la inexactitud de la información registral, es decir de que el mismo ya no le pertenecía a su deudor), es determinante en la suerte de los conflictos que se suscitan en las tercerías de propiedad”. (RONQUILLO PASCUAL; 2017; pp.75)

De lo anterior claramente podemos afirmar que la mala fe en el proceso de

tercería de propiedad, si bien puede prevenir también del acreedor embargante, es mucho más frecuente que venga del tercerista, por la sencilla razón que éste demanda la tercería luego de haber acordado maliciosamente con el deudor defraudante.

3.1.1. Un previo vistazo al acto jurídico simulado y el acto jurídico fraudulento.

Tomando en cuenta el escenario de nuestra problemática ya expuesta, es menester hacer referencia específica a las figuras de la simulación y el fraude, dado que son “las estrategias” a las que suelen recurrir el deudor (sujeto pasivo de la relación jurídica obligacional) quien al no querer cumplir con responsabilidad la obligación personal contraída, actúa conjuntamente con terceras personas para lesionar el derecho de crédito del acreedor (sujeto activo de la relación jurídica obligacional).

Por ello hoy en día, todavía en nuestra sociedad se puede advertir que hay deudores irresponsables que después de celebrar un acto simulado (según el caso) o luego de realizar actuaciones fraudulentas, posiblemente se vean tentados a ejecutar la brillante y corriente idea de actuar en conjunto con una tercera persona con el propósito de usar maliciosamente el proceso de tercería de propiedad y evitar la ejecución del inmueble materia de afectación.

3.1.1.1. Acto jurídico simulado.

❖ **Definición:** El renombrado civilista TORRES VASQUEZ, ofrece la siguiente definición:

“En el ámbito de los actos jurídicos, la simulación es muy frecuente. Se usa para engañar a terceros con los más diversos fines: [...] defraudar a los acreedores [...].

El acto jurídico es simulado cuando las partes, con el fin de engañar a terceros, se han puesto de acuerdo (acuerdo simulatorio) para crearlo (o modificarlo o extinguirlo) con un

valor exterior aparente, destinado a no producir efectos entre ellas, ya porque no quieren realizar acto jurídico real alguno [...] Veamos algunos efectos: A, para evitar que sus acreedores rematen su casa , simula venderla o donarla a B, creando la apariencia de que ahora el inmueble ya no le pertenece. [...] Algunos de estos actos jurídicos son lícitos, otros son ilícitos. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 727-728)

Asimismo el civilista VIDAL RAMIREZ entiende que: [...] negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. La simulación como figura jurídica, es abstracta y compleja. [...] Así, se finge [...] una transferencia de propiedad que no existe porque la cosa aparentemente enajenada sigue en el patrimonio del enajenante [...], todo lo cual se ha hecho creer a los terceros. (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.538 y 539)

De las definiciones anteriores nosotros entendemos que cuando la simulación se presente en un acto jurídico, estaremos en términos claros y sencillos ante una mentira; es decir una realidad aparente que dista mucho de lo que en si quieren hacer las partes, quienes suelen manifestar que quieren hacer tal acto pero en realidad no quieren eso; por tanto, consienten en hacer aparecer una mentira como verdadera. Sin embargo; ello queda en oculto o privado como un acuerdo simulatorio entre éstas; cuya intención se resume en engañar a terceros.

❖ Caracteres del acto jurídico simulado:

La doctrina concuerda en señalar tres características puntuales al respecto:

a) La disconformidad entre la voluntad interna y la voluntad manifestada.

En opinión del doctor VIDAL RAMIREZ (2016) quien se declara a favor de la teoría del autor italiano Ferrara¹⁴, concuerda en mencionar que lo más característico de la simulación es la divergencia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada.

Precisando que, la **voluntad interna** es lo que quieren las partes (no quieren el negocio sino quieren solamente aparentarlo); mientras que la **voluntad manifestada**, es lo que las partes han exteriorizado, encontrándose entonces ambos aspectos de la voluntad en oposición conciente. Dado que, las partes terminan emitiendo una declaración disconforme con su voluntad interna, que predetermina la nulidad del acto jurídico. (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.541 y 542)

b) El acuerdo simulatorio.

El convenio o acuerdo simulatorio, verbal o escrito, es mantenido en secreto por las partes. Hacia el exterior solamente declaran la apariencia como si se tratara de una autentica verdad a fin de engañar a terceros. [...] (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 728)

El autor antes mencionado continua explicando que; el acuerdo simulatorio , al que denomina también declaración interna o contradecларación, es el resultado del consentimiento de todos los que son partes del acto

¹⁴ Citado por: RAMIREZ VIDAL, Fernando, "EL ACTO JURIDICO"

jurídico simulado.

Por consiguiente, no existe acto simulado sin dicho convenio (verbal o escrito) entre las partes para producir una apariencia. En este sentido, el acuerdo simulatorio o contradecларación tiene una importancia decisiva para probar el acto jurídico simulado. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 732 y 733)

c) El fin de engañar a terceros.

Como se ha mencionado en líneas arriba, la simulación puede tener un fin lícito o un fin ilícito; según lo advertido por el doctor TORRES VASQUEZ (2015):

Los que realizan un acto simulado no lo hacen por simple capricho o pasatiempo, tampoco está en su mira engañarse el uno al otro, sino que todos están de acuerdo en provocar el engaño a terceros. [...] ya que solamente engañándolos podrán obtener los fines prácticos que persiguen alcanzar con la simulación. [...]El engaño puede ser inocuo, sin daño, o en perjuicio de terceros. (pp. 734)

“El engaño puede ser malicioso como puede no serlo [...] no debe confundirse la intención de engañar con la intención de dañar [...].”(VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.544)

❖ La simulación absoluta y la simulación ilícita:

a) Simulación absoluta.- Nuestro vigente Código Civil ha regulado este tipo de simulación en el artículo 190° ,

norma de cuyo texto¹⁵ se puede afirmar que en la simulación absoluta no existe un acto jurídico verdadero sino solo uno aparente, ya que tampoco existe una voluntad real de las partes para celebrarlo.

Para el autor TORRES VASQUEZ hay simulación absoluta cuando las partes realizan un acto fingido que no corresponden a ningún acto real. Por ejemplo:

Cuando el deudor, ante una inminente ejecución de sus bienes por su acreedor, se pone de acuerdo con otra persona para venderlos fingidamente, disminuyendo así aparentemente su patrimonio para impedir que aquel pueda cobrar su crédito, pero en realidad no se transfiere la propiedad del bien ni se paga el precio. Aquí no hay venta ni ningún otro acto jurídico; lo que hay es únicamente una apariencia de venta. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 752)

El acto jurídico con simulación absoluta es nulo.

b) Simulación Ilícita.- El autor antes citado, al respecto agrega lo que sigue:

La simulación es ilícita y maliciosa cuando tiene por fin perjudicar a terceros u ocultar la transgresión de normas imperativas. Ejemplo: el deudor simula enajenar sus bienes para sustraerlos a la acción ejecutiva de su acreedor; con donaciones disimuladas dentro de la apariencia inatacable de compraventas se puede defraudar el derecho de los herederos forzosos sobre

¹⁵ Artículo 190 del C.C.- “Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.”

la cuota a ellos reservada. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp.758)

❖ **Efectos del acto jurídico simulado:**

Respecto a los efectos del acto jurídico simulado entre simulantes y terceros, el doctor VIDAL RAMIREZ acota que:

“[...] En el caso de la simulación son los que toman conocimiento del acto aparente sin saber que se trata de un acto simulado, pues a ellos va dirigido el engaño y por eso son terceros relativos.” (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.561)

De lo anterior se puede colegir que bien el acreedor puede ser un tercero respecto de su deudor, que desconoce que este último simula o finge la venta de sus bienes a fin de no pagarle el crédito.

En este caso, como otros, el acreedor del enajenante simulante tiene interés en hacer prevalecer la verdad sobre la apariencia; por tanto, puede demandar la nulidad del acto por simulación a los fines de la ejecución forzosa del bien aparentemente salido del patrimonio del deudor. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp.778)

3.1.1.2. Acto jurídico fraudulento.

En palabras del maestro VIDAL RAMIREZ:

“El tratamiento del acto jurídico fraudulento requiere detenerse previamente en la figura del fraude [...] por su indesligable vinculación a una relación jurídica de carácter obligacional o creditoria [...], lo que se justifica en razón de que el fraude legitima al acreedor a impugnar el acto jurídico, que califica de fraudulento, por cuanto su deudor dispone de bienes o derechos con los que perjudica su derecho a ser pagado.

[...], el Código Civil le franquea al acreedor el ejercicio de una acción- la llamada acción pauliana- para que el acto jurídico que ha calificado de fraudulento sea declarado ineficaz y se le permita hacer efectivo su crédito.”(VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.573)

Del párrafo anterior, nosotros podemos resaltar la existencia de tres presupuestos específicos para calificar de fraudulento a un acto jurídico, como son:

- La existencia de una obligación creditoria.
- La existencia de un deudor que asume conductas como enajenar sus bienes o derechos, con la finalidad de eludir el cumplimiento de la obligación creditoria que contrajo.
- La existencia de un daño al derecho de crédito del acreedor.

❖ **Concepto de Fraude:**

Según lo indicado por el doctor VIDAL RAMIREZ:

“El vocablo fraude viene de las locuciones latinas *fraus*, *fraudis*, que significan falsedad, engaño, malicia, abuso de confianza que produce un daño, por lo que es indicativo de mala fe, de conducta ilícita. [...]” (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.573)

Ahora bien, tomando en cuenta la noción de fraude, entendida como una conducta desleal que perjudica a la apersona contra quien se comete. **¿Qué se entiende por conducta fraudulenta?**

“[...] . Una conducta fraudulenta persigue frustrar los fines de la ley o perjudicar los derechos de un tercero, especialmente, de un acreedor a quien se le deja sin los medios para poder cobrar lo que se le debe.” (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 797)

❖ **Fraude a los acreedores:**

Para el autor TORRES VASQUEZ, esta figura hace referencia a los actos celebrados por el deudor con los cuales renuncie a derechos o disminuya su patrimonio conocido, provocando o agravando el estado de insolvencia, en perjuicio de sus acreedores presentes o futuros, que se ven impedidos de obtener la satisfacción total o parcial de sus créditos. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 801)

Igualmente el profesor VIDAL RAMIREZ entiende lo siguiente: “La figura del fraude se presenta así, cuando una persona enajena sus bienes a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores, pero con una voluntad real, lo que distingue el acto jurídico fraudulento del acto jurídico simulado.” (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.576)

Ahora bien, **¿cuáles son las formas de expresión de la conducta fraudulenta de un deudor que quiere evitar cumplir con sus obligaciones personales?**

El doctor TORRES VASQUEZ (2015) indica tres supuestos específicos:

- El deudor utiliza el acto simulado para impedir que su acreedor cobre. El remedio es la acción de simulación.
- El deudor, siendo acreedor de un tercero, se torna inactivo y negligente en el ejercicio o defensa de sus derechos, evitando adquirir nuevos bienes o que su patrimonio se mantenga integro, a fin de no contar con bienes que puedan ser ejecutados por su acreedor. El remedio es la acción subrogatoria.
- El deudor puede enajenar o gravar realmente sus bienes (vendiéndolos, hipotecándolos, etc) o renunciar a derechos (constituyendo patrimonio familiar, renuncia a

herencias, etc), frustrando la posibilidad de que su acreedor pueda cobrar el crédito. El remedio en este supuesto es la acción pauliana. (pp. 802 y 803)

Sobre los tres remedios que combaten estas conductas fraudulentas haremos mención detallada más adelante.

❖ **Diferencias esenciales entre el acto jurídico fraudulento y el acto jurídico simulado:**

Al respecto, el renombrado maestro VIDAL RAMIREZ precisa que:

“[...] el **acto simulado**, como hemos visto, es un acto aparente en el que los simulantes no se engañan entre si pues el engaño está dirigido a los terceros. Por el contrario, el **acto fraudulento** es un acto verdadero y realmente querido por el *fraudator*, quien puede o no actuar en concilio con el sujeto en cuyo favor dispone de sus bienes; no se trata de un engaño a su acreedor o acreedores sino de un perjuicio a su derecho a ser pagados.” (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp.557 y 558)

3.2. La Connivencia y Malicia del Tercerista a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional.

❖ **En la Doctrina.**

Para el maestro ANAYA CASTILLO (2017):

“[...]Estas transferencias, en cualquiera de sus modalidades, tienen la particularidad de ser en su mayoría negocios jurídicos *simulados*, ya sea porque no existen en absoluto o ya sea porque son distintos de como realmente aparecen.[...] en una *tercería de propiedad*. En efecto, el juez que conoce este tipo de oposición por parte de un tercero no deudor, no cuenta

con los medios procedimentales adecuados para determinar, con convicción plena, si el título adquisitivo del tercerista se encuentra o no sustentado en un acto fraudulento. [...]. (ANAYA CASTILLO; 2017; pp. 79)

El doctor NINAMANCCO CORDOVA (2013) resalta que:

“Hay que dejar de ver al acreedor embargante como el “malo de la película” y al propietario [no] inscrito como “el bueno”. No existe razón de ningún tipo para ello. Aquí no se trata de “malos” y “buenos”, sino de la determinación de una solución más apropiada a las exigencias de un mercado evolucionado y dinámico”. (NINAMANCCO CORDOVA; 2013; pp.113)

Coincidimos con lo expresado por el autor , puesto que sus palabras tienen mucha verdad en nuestra realidad jurídica judicial, y solo el reconocerla podrá evitar que las tercerías recurrentemente sean empleadas de mala fe por deudores que con el fin de burlar las obligaciones por ellos contraídas, simulan la celebración de contratos de transferencia de dominio, pudiendo ser una compraventa, donación, permuta o dación en pago, con apariencia de fecha cierta anterior a la inscripción del embargo, para que luego un tercero (el aparente adquirente) al interponer una demanda de tercería pueda truncar la satisfacción del interés del acreedor embargante.

En el mismo sentido, el profesor GONZALES BARRON (Enero 2008) resalta lo siguiente:

“La práctica enseña que los deudores utilizan infinidad de artificios para frustrar la medida (...). En suma, se protege al moroso, pero se castiga al que confió en el sistema legal otorgando un crédito. Desde una perspectiva global se termina desincentivando una economía basada en la seguridad y la confianza, pilares del crédito.”(pp. 308-310)

En palabras del citado autor al protegerse en la práctica al deudor malicioso puede innegablemente desvirtuar nuestra vida económica contemporánea, la

misma que tiene al crédito como primacía. Así, el propio maestro Gonzales Barrón –flamante defensor y expositor del derecho de propiedad- reconoce que también es importante tutelar y hacer prevalecer el derecho del acreedor embargante ante los actos fraudulentos de sus deudores, quienes con frecuencia usan el artificio de la connivencia con terceros, para frustrar el cobro por sus obligaciones contraídas.

Con un caso práctico de manera interesante el doctor CARREON ROMERO, expone cómo la connivencia se presenta en un proceso de tercería de propiedad, a partir del ejemplo antes citado (sobre Justo Seguro) agrega:

“En ese proceso, Justo Seguro actuando con el sentido común, la buena fe y diligencia, verifico que el tercerista no ocupaba el inmueble, sino el deudor; tampoco tenía a su nombre el autoevalúo, sino estaba a nombre del deudor [...], los recibos de agua y luz seguían a nombre del deudor; incluso mantenía la dirección del inmueble como domicilio en su DNI; [...].

Con esos datos [...] la contestación de la demanda estaba sustentada en que el tercerista no acreditaba ejercer los atributos de la propiedad. [...] Alegó además, que el tercerista era un falso y malicioso propietario aparente, conforme lo prescribe el artículo 538 del Código Procesal Civil [...]” (CARREON ROMERO; 2016; pp. 55)

Del párrafo anterior se puede advertir que los supuestos de connivencia en nuestra realidad presuponen la existencia de un acto jurídico simulado entre el deudor demandado y el tercerista demandante (quien es primo del deudor); el deudor suele transferir sus bienes pero sigue comportándose como propietario, lo que obviamente evidencia su malicia y fraude.

Asimismo encontramos argumentos interesantes a propósito de la emisión de la sentencia del VII PCC, así el autor precitado agrega lo siguiente:

“[...] ¿Cómo podía demostrar el actuar fraudulento y malicioso del

tercerista?; si era probable que el juez, siguiendo el criterio del Séptimo Pleno Casatorio, “no iba a considerar ese hecho como punto controvertido y, por ende, tampoco admitir la prueba documental ofrecida bajo el argumento de que es un error de perspectiva pretender incluir el análisis probatorio sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema”⁸ num. 3.1, p.7339, parte central del segundo párrafo de la columna izquierda de la casación). (CARREÓN ROMERO; 2016; pp. 56)

Como podemos apreciar en el párrafo anterior el autor hace hincapié en el aspecto probatoria de la connivencia y malicia del tercerista, la misma que sin lugar a dudas es un poco difícil de ser demostrada, pero no imposible. No obstante, el punto criticable es el hecho de que la Corte Suprema a través de la sentencia del VII PCC haya limitado expresamente el análisis probatorio respecto a estas actuaciones de fraude sobre actos simulados, que son los más recurrentes de la realidad, cuando la posesión precisamente podría ser una prueba efectiva para desenmascarar al tercerista malicioso y fraudulento.

❖ En la Jurisprudencia

Tal como expresan los maestros GONZALES BARRON y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (2018):

“En efecto, una revisión del catálogo jurisprudencial en nuestro país confirma la frecuencia de transferencias gratuitas, por lo cual el demandante no debería triunfar en este caso, pues si el acto de disposición es ineficaz frente al acreedor, lo que ocurre en las disposiciones gratuitas que frustran el cobro del crédito (art. 195 CC)¹⁶, entonces la tercería sería infundada”. (GONZALES Y ALVAREZ; 2018; pp. 152)

Creemos que es importante resaltar que la casuística abordada por nuestra jurisprudencia nacional -según lo manifestado por los autores antes citados-

¹⁶ El artículo 119 del Código Civil hace referencia a los requisitos de la acción revocatoria o pauliana.

refleja que las transferencias de propiedad a título gratuito (sea donación o anticipo de legítima) que celebran los deudores ejecutados, constituyen el principal indicador para detectar la malicia de terceristas que usan el proceso de tercería de propiedad solo para defraudar el cobro del crédito por el acreedor afectante.

Ahora bien, nos interesa conocer cómo ha resuelto la Corte Suprema sobre estos casos donde el tercerista anexo a su demanda de tercería una escritura pública de donación o anticipo de legítima, que son los típicos casos de títulos gratuitos, donde el tercerista resulta siendo hijo o hermano del deudor.

Al respecto podemos citar la **Casación N° 2971-2006-Arequipa**, en cuyo Décimo considerando la Corte Suprema expresa:

“**Décimo:** Que, habiéndose acreditado el derecho de propiedad del tercerista con la escritura pública de anticipo de legítima de fecha anterior a la medida cautelar de embargo y siendo los derechos que se discuten de distinta naturaleza, el de propiedad que reclama el tercerista que es un derecho real, en tanto que el del acreedor es personal”. (Citada en GONZALES Y ALVAREZ; 2018; pp. 152)

Podemos advertir claramente como la Corte Suprema en esta sentencia casatoria considera que una transferencia gratuita como un anticipo de legítima al parecer es suficiente para acreditar el derecho de propiedad del tercerista demandante, y por tanto como es de evidenciarse funda la demanda favoreciendo a un “supuesto propietario no inscrito” y ordena levantar el embargo trabado por el acreedor.

Caso contrario, podemos indicar un caso interesante contenido en la **Casación N° 1553-99-Ica**, sentencia en la que la Corte Suprema, declara infundada la demanda de tercería por la mala fe del propietario de fecha anterior, siendo que los deudores titulares originarios del bien, luego

transfieren dicho inmueble a su hijo, cuyo pedido de desafectación inmediata del inmueble fue rechazado; por consiguiente el hijo transfirió el inmueble a favor de un sucesivo adquirente, por tanto es este último quien solicita la desafectación planteando tercería de propiedad; sin embargo su pedido también fue rechazado.

Finalmente la Corte advierte que todos estos terceros eran patrocinados por el mismo abogado que los deudores; por lo que el juez llega a la convicción que son transferencias fraudulentas. (Citada en GONZALES Y ALVAREZ; 2018; pp. 152)

3.3. “El remedio” contra la connivencia según lo establecido en el artículo 538 del CPC.

Nosotros entendemos que la norma¹⁷ 538° del CPC, materia de comentario e interpretación, es el remedio legal que el legislador ha previsto para dar cobertura contra la connivencia en el proceso de tercería de propiedad - la cual exige expresamente debe estar probada – ahora bien, si es una solución adecuada o no, lo veremos a continuación; por ende tiene un carácter sancionador puesto que establece principalmente una sanción de naturaleza dineraria en dos supuestos: primero; cuando el acreedor es afectado por el actuar del tercero que interpone una demanda de tercería con el fin de usar dicho proceso para dilatar el proceso de ejecución, y por ende obstruye el remate del bien materia de embargo, valiéndose de actuaciones maliciosas y simuladas (en connivencia con el deudor, la que se exige ser probada), causándole así un evidente perjuicio al acreedor afectante quien se ve imposibilitado de cobrar el crédito.

Asimismo, el segundo caso abordado por la norma en mención, se configura cuando el afectado sea el tercerista porque el acreedor ha solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar, por tanto aquí no se exige probar la connivencia.

¹⁷ Texto del artículo 538 del C.P.C.- “Si se prueba la connivencia entre tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente. Las mismas sanciones se le impondrá a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar.”

A consideración del profesor MERINO ACUÑA (Citado en LEDESMA NARVAEZ; 2008):

“El supuesto de hecho es la connivencia y no la mera mala fe del tercerista. Ello quiere decir que es fundamental acreditar que existió un acuerdo malicioso, una maquinación, entre el demandado y el tercerista. Si la actuación de mala fe fue solo del tercerista no podría establecer la sanción de acuerdo a este artículo”. (pp.824)

Por otro lado, el jurista ANAYA CASTILLO en sentido contrario a la autora antes señalada, es de remarcar que en la realidad practica el acuerdo malicioso entre tercerista y deudor no es la única forma de actuar fraudulento que se pueda presentar en un proceso de tercería de propiedad, advirtiéndolo indirectamente que sin existir dicho acuerdo, el tercerista solo también podría defraudar, así acota que:

(...)Si bien a nivel legislativo el artículo 538 del CPC peruano ha previsto penalizar las acciones de *connivencia* entre el tercerista y el deudor demandado, es posible comprobar que, en el plano de la realidad, las situaciones de fraude en perjuicio de la recuperación rápida del crédito, no se reducen a la sola existencia de un acuerdo malicioso entre el demandado y el tercerista. (ANAYA CASTILLO; 2017; pp. 86)

Así también según lo acotado por el comentarista MERINO ACUÑA (Citado en LEDESMA NARVAEZ; 2008):

Del texto de la norma indicada destaca que tanto el tercerista, el demandado (deudor o acreedor) y sus abogados que han cumplido con asesorarlos, son responsables solidaria y pasivamente (es necesario acreditar la connivencia, es decir el dolo, nexo causal y daño; elementos de la responsabilidad civil) respecto a dos conceptos: el pago de una indemnización por daños y perjuicios, y el pago de costas y costos. Por consiguiente el afectado podrá demandar el pago a cualquiera de los sujetos indicados (ya sea el tercerista,

demandado o cualquiera de los abogados), los cuales al pagar tendrán luego la acción de regreso por la parte proporcional de la deuda. Los efectos de la acreditación de la connivencia, es que la demanda de tercería deviene en infundada. (pp. 824 - 825)

Cabe también advertir que el pago de la multa, es una sanción que el juez que conoce el proceso de tercería de propiedad está en la obligación de imponer –de modo discrecional- cuando las partes procesales y sus abogados actúen con dolo y fraude en el proceso de tercería, y por tanto esta sanción no es exigida de ninguna manera por la parte afectada con la malicia y connivencia del tercerista y el deudor demandado.

Un claro ejemplo de la aplicación del artículo 538 del CPC lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema, recaída en la **Casación N° 2570-2000**, la que en su **noveno fundamento** el órgano jurisdiccional resalta que si se llega a acreditar la connivencia y malicia entre el tercerista y el demandado la demanda de tercería deviene en infundada; por lo que declararon infundado el recurso de casación y condenaron a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de una unidad de referencia procesal.

Finalmente nosotros consideramos que nuestra legislación procesal al penalizar la connivencia entre el tercerista y el deudor demandado a través de lo expuesto en el artículo 538 del CPC, de alguna manera se interesa por controlar los actos ilícitos y fraudulentos que pueden incursionar en el escenario de un proceso de tercería de propiedad, pero desde ya creemos que dichas sanciones - las que quedan a discreción del juez (como multas de una unidad de referencia procesal) y las ya detalladas - no son un remedio suficiente para nuestra problemática, pues realmente no brindan un mecanismo de control efectivo que permita prevenir un acuerdo malicioso y connivente entre el tercerista y el deudor; razón por la que opinamos es necesario fortalecer el proceso de tercería en este aspecto implementando mecanismos procesales innovadores .

3.4. Los mecanismos legales que tutelan el derecho de crédito del acreedor afectante.

Si bien como se ha señalado en términos generales, los derechos de crédito o personales le otorgan al acreedor el poder para exigirle a su deudor (y no a otra persona indiferente a dicha relación crediticia) el pago del crédito en el plazo pactado; sin embargo este concepto tradicional ha evolucionado al cuestionarse si ¿es posible que un tercero lesione un derecho de crédito ajeno? ; admitiéndose actualmente por un gran sector de la doctrina, que excepcionalmente los terceros si pueden dañar un derecho de crédito ajeno por lo tanto deben responder ante el acreedor por los daños y perjuicios que le han ocasionado. En esto consiste lo que la doctrina española ha denominado: la tutela aquiliana del Crédito.

En nuestro orden jurídico haciendo referencia a la lesión que sufre el derecho de crédito como resultado de la connivencia del deudor y el tercerista, el maestro ANAYA CASTILLO declara lo siguiente:

“[...] solo habría lesión al crédito si es que hubo una colaboración conjunta – connivencia-entre el tercerista y el deudor ejecutado a fin de evitar la ejecución del embargo. Es decir, la adquisición inmobiliaria se realizó con el propósito de provocar el estado de insolvencia del deudor ejecutado y así defraudar el pago del crédito debido.

Pero de ocurrir esto último, el acreedor encontraría –aunque tarde lamentablemente-tutela en el régimen normativo que regula el fraude a los acreedores (acción pauliana o subrogatoria). Salvo que, como ocurre en el derecho español, se permita plantear como excepción en la tercería, la nulidad del título de propiedad del tercerista.” (ANAYA CASTILLO; 2017; pp. 296)

Como lo indica el autor precitado, la connivencia del deudor y el tercerista se manifiesta en las distintas actuaciones fraudulentas que configuran el fraude a los acreedores, supuestos ya abordados en el presente trabajo.

En este sentido, podemos afirmar que el acreedor afectante en nuestro ordenamiento jurídico peruano, cuenta con protección legal frente al actuar malicioso y fraudulento de sus deudores quienes suelen actuar en connivencia con terceros; así tenemos que cuenta con tres mecanismos de acción para demandar - fuera del proceso de tercería- al deudor y al tercerista, los que pasamos a mencionar y desarrollar:

“La acción pauliana y la de simulación, conjuntamente con la subrogatoria, tienen carácter conservatorio, desde que están dirigidas a defender y conservar la *garantía general* que para los acreedores constituye el patrimonio del deudor.

En las tres acciones, se requiere la existencia del perjuicio que determina un interés legítimo de los acreedores para obrar.” (TORRES VASQUEZ; 2015; 846)

Una vez más resaltamos que estos mecanismos legales son usados por los acreedores para defender su derecho de crédito en vías de acción distintas al proceso de tercería de propiedad ya que en la tercería actualmente está prohibida la reconvencción; y por ende el acreedor afectante lamentablemente se ve limitado de ejercer una defensa inmediata y efectiva de su derecho de crédito lesionado dentro del mismo proceso de tercería. Asimismo ello, a todas luces ocasiona que la vigente tutela jurídica pro acreedor en el Perú, se haga efectiva tardíamente (como lo dice el autor antes mencionado) – es decir el acreedor afectante por hoy solo puede ejercer la defensa de su derecho menoscabado por el deudor y su colaborador el tercerista, recurriendo en simultaneo –según el caso- a procesos más extensos que el de tercería de propiedad.

Sin más, pasamos a dar alcances generales de cada mecanismo legal indicado:

3.4.1. La Acción de Nulidad contra el acto jurídico simulado.

El jurista VIDAL RAMIREZ precisa que:

Si el acto jurídico es inexistente; porque ha mediado una simulación absoluta, la acción de nulidad es innecesaria. Sin embargo; se debe considerar que si

los simulantes frente a los terceros pretenden que el acto simulado sea un acto real y verdadero; entonces en este supuesto la acción de nulidad por simulación si es necesaria y debe ser declarada por el órgano jurisdiccional. (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp. 562)

De lo anterior se puede colegir lo que ya se ha indicado en líneas anteriores; siempre y cuando el acto simulado perjudique el derecho del tercero frente a quien se le presenta como verdadero, este tercero podrá defenderse solicitando la nulidad de dicho acto, vía acción en un proceso judicial.

Razón por la que nuestro vigente C.C en el artículo 193° prescribe lo siguiente:

“La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso”

Pero ahora bien; ¿quiénes resultan ser esos terceros legitimados para demandar la nulidad por simulación?

Obviamente la norma es clara en su texto y apunta a los terceros a quienes se les está causando un perjuicio a sus derechos con la apariencia, son ellos los verdaderos interesados en hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia. En consecuencia los terceros serán los demandantes y ambos simulantes serán los demandados.

Así también el autor TORRES VÁSQUEZ comenta que:

“ (...). La legitimación de los terceros se funda en el interés de desmentir el acto simulado, en cuanto perjudica sus derechos.

Son terceros interesados en demandar la nulidad del acto simulado, los adquirentes del simulado transferente (verdadero titular del derecho) y los acreedores de este.” (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 785)

Podemos decir que en el supuesto de una tercería de propiedad cuando el acreedor afectante advierte que el deudor codemandado vendió en apariencia el bien inmueble objeto de embargo al tercerista, dado que corrobora con autovaluos que el tercerista en la realidad no se encuentra en posesión de dicho inmueble, sino el deudor, tendrá claro que este último simuló vender con el fin de sustraer de su acción dicho bien.

Por consiguiente, al no existir venta, su deudor sigue siendo el propietario, es el acreedor afectante quien tiene el interés de desmentir la apariencia de la venta celebrada entre el deudor y el tercerista, pues precisamente le impide rematar el bien con el fin de recuperar su crédito.

En este sentido el acreedor afectante, toma interés en hacer primar la realidad sobre la apariencia porque lo favorece, es así que amparándose en los artículos 193 y en el inciso 5) del artículo 219 del C.C.¹⁸, decide usar como mecanismo legal de defensa la acción de nulidad por simulación absoluta, en otra vía paralela a la vía abreviada del proceso de tercería de propiedad, demandando entonces a ambos simulantes, su deudor (el transferente que aún conserva en su patrimonio el inmueble objeto de simulación) y el tercerista (quien en connivencia con el deudor demandó dolosamente planteó la tercería solo para estropear el cobro del crédito con el remate de dicho inmueble materia del acto simulado), éstos serán en dicho proceso judicial la parte demandada.

En cuanto a **la vía procedimental** para ejercer la acción de nulidad del acto simulado, el jurista VIDAL RAMIREZ indica que:

La acción de nulidad por simulación se tramita, por lo general, en proceso de conocimiento, aunque en circunstancias especiales puede ser tramitada en vía procesal distinta. [...] las partes también pueden ejercitar una acción

¹⁸ inciso 5) del artículo 219 del C.C.- El acto jurídico es nulo cuando: 5) adolezca de simulación absoluta.

indemnizatoria por los daños y perjuicios. (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp. 563-565)

Asimismo se precisa lo siguiente:

“La pretensión para que se declare judicialmente la nulidad del acto jurídico por simulación puede hacerse valer en vía de acción, de excepción o de reconvención” (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 782)

Con referencia a **¿cómo debe probar el demandante el acto simulado?** la doctrina ha enfatizado que hoy en día el famoso “contradocumento” el cual es un escrito que contiene el misterioso acuerdo simulatorio entre las partes, si bien sirve para probar la simulación no obstante es imposible para un tercero interesado tener acceso al mismo; por consiguiente exigirles a estos que prueben la simulación absoluta (para nuestro caso) sería imponerles una carga imposible.

De igual modo se ha resaltado que el exigir al tercero demandante probar que las partes simulantes actuaron con ánimo doloso, es también una carga imposible para este.

Según el doctor TORRES VASQUEZ expresa que:

Cuando no existe el contradocumento o cuando la acción es ejercitada por terceros, la prueba de la simulación se torna difícil. En tales casos, el accionante puede recurrir a la prueba indiciaria que conduzca al juez a la certeza sobre la insinceridad del acto [...], es decir la razón o motivo que determinó a las partes a realizar el acto simulado, eludir el pago de las deudas, el vínculo de parentesco entre las partes simulantes, la amistad, la relación de concubinato, [...] el vendedor continua viviendo en el bien [...]. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 786 y 787)

Finalmente respecto a los **efectos de la sentencia** que declara la nulidad por simulación depende del tipo de simulación, mas considerando que en las

líneas anteriores hemos abordado casos de simulación absoluta, nos vamos a limitar a señalar los efectos de dicha sentencia.

Como toda acción de nulidad, la de simulación es declarativa en cuanto está orientada a obtener el reconocimiento de la falsa apariencia del acto, [...].

[...] determinara la desaparición del acto. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 782 y 788)

Es decir, la sentencia que declare la simulación (cuando esta es absoluta) verifica que se haya celebrado dicho acto simulado y a la vez reconoce la inexistencia del mismo.

3.4.2. La Acción Pauliana o de Ineficacia.

Para definirla podemos citar lo indicado en el fallo de la Corte Suprema contenido en la sentencia de casación N° 1364-2003-Lima:

“La acción pauliana tiene por objeto proteger el crédito de un determinado acreedor, declarando la ineficacia del acto por el cual su deudor disponga de su patrimonio, de manera que lo disminuya, o no acepte que ingresen en el bienes o derechos que lo incrementen , buscando perjudicar el cobro eventual que con ellos se pudiera hacer aquel (...)”

Como podemos apreciar la acción pauliana es otro de los mecanismos legales que tienen por finalidad proteger el crédito del acreedor de toda acción fraudulenta que el deudor pueda realizar, consistente en renunciar a sus derechos (renuncia a herencias o legados), o disponer de su patrimonio (donar, vender), así como también puede gravarlo (lo da en hipoteca, garantía mobiliaria), de tal forma que quede imposibilitado para cumplir con sus obligaciones crediticias, causándole un perjuicio a su acreedor quien tendrá dificultades para recuperar su crédito.

Por consiguiente el acreedor tiene la potestad de solicitar judicialmente que dichos actos celebrados por su deudor sean declarados ineficaces respecto de él, es decir que le sean inoponibles.

Ahora bien, sobre la **legitimación activa y pasiva**, el maestro TORRES VASQUEZ precisa que:

Son titulares de la acción pauliana (legitimación activa) cualquier acreedor perjudicado por no poder recuperar su crédito [...] compete tanto a acreedores quirografarios (no cuentan con garantías específicas) como los privilegiados (la ley establece que su crédito tiene prioridad sobre otros, por ejemplo el pago de remuneraciones), y a los garantizados (cuentan con garantías específicas, hipoteca) [...]

Pasivamente legitimados son el deudor que ha realizado el acto de disposición o gravamen en perjuicio de su acreedor y el tercero adquirente. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 822)

De lo anterior podemos señalar que el acreedor accionante demanda acción pauliana cuando exista un riesgo con la garantía que le permitirá la satisfacción de su crédito, causándole así un daño; por ende interpone acción pauliana con el propósito de conservar el patrimonio del deudor, siendo que esto es necesario para que luego pueda recuperar su crédito.

Existen **requisitos para ejercer la acción pauliana** que nuestra legislación civil a través del artículo 195° ha establecido como son:

- Que el deudor renuncie a derechos, desaparezca o disminuya su patrimonio conocido; y
- Que dichos actos de renuncia o disminución perjudiquen el cobro del crédito por el acreedor.

Para la doctrina, encontramos algunas opiniones en las que se considera la concurrencia de dos requisitos tradicionales como son: el perjuicio al acreedor y el designio fraudulento, así lo precisa por ejemplo el maestro VIDAL RAMIREZ:

“[...], lo que requiere el acreedor para accionar con el remedio pauliano frente a los actos fraudulentos celebrados onerosamente, o considerados onerosos, es del *eventos damni* al que debe concurrir el designio fraudulento, [...]” (VIDAL RAMIREZ; 2016; pp. 601)

Por otro lado, en contraposición a lo antes indicado el profesor TORRES VASQUEZ opina que:

“El perjuicio (*el eventos damni*) es imprescindible para el ejercicio de la acción, independientemente de que el deudor enajenante haya actuado o no con *animus nocendi* (intención de causar daño). El Código civil peruano establece como única exigencia el perjuicio, elimina el requisito de que el deudor se encuentre en estado de insolvencia y no exige que el comportamiento del deudor sea fraudulento.” (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 823)

Así también cabe mencionar que el primer párrafo del artículo 200° del C.C ha regulado la **vía procesal** para tramitar la acción en referencia, prescribiendo que:

“La ineficacia de los actos gratuitos se tramitan como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. [...]”

Respecto a la **carga de la prueba** en este proceso judicial vía acción pauliana, el doctor TORRES VASQUEZ agrega lo siguiente:

“No está en la obligación del demandante probar el perjuicio, sino solamente los actos por los cuales el deudor ha disminuido o desaparecido su patrimonio conocido. El art. 195 dispone que se presume la existencia del perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro.” (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 831)

Como punto concluyente es menester que hagamos alusión a los **efectos o resultados de la acción pauliana** que ha sido ejercida exitosamente por el acreedor demandante, nuestro C.C ha reglado los efectos de ésta distinguiendo a los sujetos demandados por el acreedor; en consecuencia tenemos los siguientes resultados:

- ❖ Según lo dispuesto en el artículo 199° del C.C, entre el accionante y el adquirente del bien. El acreedor vencedor en la acción pauliana puede embargar al adquirente el bien o bienes objeto de la acción pauliana.
- ❖ Según lo dispuesto en el artículo 197 del C.C, la acción pauliana no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

Con relación a ello el doctor TORRES VASQUEZ destaca y aclara lo siguiente:

Entre el adquirente del bien y el deudor enajenante. Entre esas personas el acto es eficaz. [...]

Recalcamos que si prospera la acción pauliana, el acto queda subsistente, es válido y eficaz, entre las partes y frente a terceros e ineficaz solo frente al tercero acreedor accionante víctima del daño. [...] La acción pauliana no va directamente al pago del crédito, sino que constituye una vía auxiliar que prepara a los fines de que ulteriormente el crédito se haga efectivo mediante la acción principal. [...]. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 830)

De lo anterior podemos advertir que en un proceso vía acción pauliana no corresponde al acreedor demandar también dentro del mismo proceso el cobro del crédito, pues de por sí son acciones procesalmente diferentes. En la acción pauliana el acreedor dirige su poder contra el deudor y el tercero que adquirió el bien o bienes; en tanto que cuando quiere cobrar el crédito, para lo cual solicita la traba de embargo o hipoteca, esta acción la dirige solo contra su deudor o deudores.

3.4.3. La Acción Subrogatoria, Oblicua o Indirecta.

En palabras del profesor TORRES VASQUEZ este medio legal de conservación de la garantía patrimonial, le concede al acreedor el poder de ejercer los derechos del deudor, cuando este último descuide ejercitar una acción que le pertenezca (acción reivindicatoria, pago de un crédito, resarcimiento de daños, etc). Asimismo el acreedor está facultado mediante esta acción, para asumir la defensa de su deudor cuando contra este se ha iniciado una acción con la cual podría disminuir o perder su patrimonio, perjudicándolo.

El acreedor no procede en nombre propio, sino de modo indirecto, oblicuamente, en nombre de su deudor; es decir se subroga, el acreedor remplacea al deudor en el ejercicio de sus derechos frente a terceros para poder satisfacer su crédito mediante la ejecución.

Esta acción tiene por finalidad proteger al acreedor ante la insolvencia del deudor. (TORRES VASQUEZ; 2015; pp. 842)

Como síntesis del presente apartado podemos concluir que actualmente nuestro ordenamiento civil no desampara al acreedor frente a las conductas ilícitas realizadas en connivencia entre su deudor y terceras personas, pues le confiere tres remedios o vías de acción para que éste pueda prever la conservación del patrimonio de su deudor a efectos de poder asegurarse el cobro del crédito, como son:

- Vía acción pauliana puede pedir que se declare la ineficacia de los actos del deudor con los cuales, este renuncie a derechos o disminuya su patrimonio causándole un perjuicio.
- Asimismo vía acción subrogatoria, puede ejercer los derechos de su deudor, cuando este se encuentre inactivo y no los ejerza.
- Y también podrá solicitar vía acción de nulidad que los actos simulados realizados por su deudor sean declarados nulos.

Esto quiere decir, que en el campo de acción de un proceso de tercería de propiedad donde el fraude se haga presente en perjuicio del acreedor, el

acreedor afectante para tutelar su derecho se ve obligado a recurrir vía acción a cualquiera de estos tres mecanismos legales antes expuestos, iniciando así procesos simultáneos al de tercería de propiedad los que por ser tramitados en la vía procesal de conocimiento resultan ser muy largos demandándoles más tiempo y gastos económicos teniendo que lidiar incluso en algunos casos, frente a los sujetos quienes adquirieron del tercerista, pues estratégica y dolosamente varios terceristas en la práctica judicial antes de ser demandados en vía de conocimiento traspasan el inmueble materia de afectación, complicándose entonces aún más el lograr una solución adecuada por parte del acreedor afectante, quien para evitar lo anterior inmediatamente debe solicitar la anotación preventiva de la demanda.

Por ello nos preguntamos, si es lo más adecuado que estos actos fraudulentos que perjudican al acreedor, manifestos en un proceso de tercería de propiedad deben seguir siendo combatidos en otros procesos más largos, existiendo la posibilidad de causarle- desde nuestro punto de vista- un perjuicio económico y temporal agregado al acreedor afectante quien ve mucho más complicado y tedioso el recuperar su crédito.

Definitivamente nosotros creemos que en nuestro orden jurídico este modo de proteger el derecho de crédito cuando resulte lesionado por la actuación en connivencia del deudor y el tercerista no viene siendo la manera más efectiva y adecuada de hacerlo, por consiguiente el presente trabajo de investigación busca sentar las bases de una solución adecuada y distinta.

3.5. Límites y Cuestionamientos del VII Pleno Casatorio Civil.

3.5.1. Antecedente Problemático: La propiedad no inscrita vs el embargo inscrito.

Esta antigua problemática del derecho civil patrimonial, propiedad no inscrita frente a embargo inscrito, fue fuertemente discutida en nuestra doctrina, ya que aun en la jurisprudencia existían decisiones judiciales contradictorias al respecto, en consecuencia algunos jueces hacían prevalecer el embargo

trabado por el acreedor embargante, por haberse encargado éste de inscribirlo en registros públicos, por tanto privilegiaban la seguridad jurídica y otros principios registrales como el de publicidad.

Mientras que por otro lado, otros magistrados favorecían el derecho de propiedad del tercerista que no inscribió en el registro el inmueble que adquirió; por considerar que no estaba en obligación de inscribirlo, ya que el registro de los bienes inmuebles no es obligatorio ni constitutivo, no obstante la propiedad si es un derecho fundamental frente al embargo, una débil medida cautelar dictada por el juez sin contradictorio.

Lo antes expuesto se puede resumir en el siguiente ejemplo expuesto por el autor LAMA MORE, quien agrega:

Supongamos que en el año 2014 Juan ha adquirido un inmueble (una casa) a través de un contrato de compraventa, a través del cual Juan es el propietario de tal bien, conforme lo establece el artículo 949 del CC, es decir con la sola celebración de un contrato de compraventa se hace al comprador propietario del referido bien.

Supongamos ahora que el vendedor de esta casa es José (el deudor de Pedro, del ejemplo anterior) la adquisición de Juan se formalizo por escritura pública, sin embargo Juan no ingresa a registros públicos dicha escritura de compraventa, lo que quiere decir que el bien sigue inscrito a nombre de José. Resulta que este mismo vendedor (José) es quien, en el ejemplo anterior, solicitó a Pedro (su acreedor) un préstamo de dinero por una cantidad específica la que se comprometió a devolver en un plazo señalado. [...] José no ha cumplido con pagar a Pedro, [...] ante ello Pedro ha decidido demandar a José ante el Poder Judicial. Previamente a la presentación de su demanda Pedro solicitara la concesión de una medida cautelar de embargo [...] que garantice [...] que José le pague. [...]

Ahora imaginemos que Juan decide inscribir su derecho de propiedad en RR.PP el 2016, dándose con la circunstancia que sobre el bien que adquirió a

través de la compraventa del 2014, pesa una medida cautelar concedida por el Poder Judicial a favor de Pedro, ante lo cual decide interponer una demanda de tercería excluyente de propiedad. [...]

El asunto está en determinar cuál de los dos derechos en cuestión debe primar o ser privilegiado. (LAMA MORE; 2017; pp. 445 y 446)

Dicho lo anterior, citamos a continuación a uno de los flamantes defensores de la propiedad no inscrita:

En palabras del maestro GONZALES BARRÓN (2014):

“(...) la propiedad no puede perderse por “causa extraña” o por el “solo querer de terceros”, y evidentemente una medida judicial dictada con un simple conocimiento preliminar de los hechos, sin contradictorio y sin certeza, (...) con la natural debilidad de la resolución judicial de embargo. (...) Pues bien, ¿qué principio fundamental autoriza a que un acreedor pueda ejecutar los bienes de terceros? La respuesta es muy simple: Ninguno. Por tal motivo, la inmunidad de la propiedad, que tiene carácter constitucional, no puede perderse por razones tan burdas y vacías de contenido, como “la seguridad jurídica” (¿de quién? Obviamente, la del propietario, no), “reducir los costos de transacción” (¿es un “principio”?), “la publicidad registral” (¿desde cuándo el registro es un fin constitucional, cuando en el mejor de los casos es un medio, una regla técnica y nada más?)”.(p.80).

En el mismo sentido, encontramos la postura del notario público de Chiclayo DELGADO PEREZ quien también optando por la defensa de la propiedad no inscrita, señala:

“El conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho de crédito garantizado por un embargo, conforme a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se resuelve aplicando las normas del derecho común. Esto

quiere decir, que en este conflicto no deben aplicarse las normas del Derecho Registral”.

La norma del derecho común aplicable a este conflicto es la contenida en el artículo 949 del Código Civil.

(DELGADO PEREZ Citado en NINAMANCCO CORDOVA; 2013; pp. 55)

Las posiciones esgrimidas anteriormente, se resumen en considerar que una obligación crediticia no puede ser pagada de ninguna manera con bienes ajenos que pertenecen a terceros y ya no al deudor que la contrajo, por haber este último dispuesto de tales bienes. Por tanto, en virtud de ello el embargo que inscribió el acreedor embargante no puede primar sobre la transferencia no inscrita del tercero que adquirió el inmueble del deudor, quien si bien no inscribió su adquisición resulta ser al amparo del artículo 949 del C.C el nuevo propietario.

Asimismo contrariamente, en defensa del crédito, opina NINAMANCCO CORDOVA (Agosto 2015):

“Guste o no, no es posible negar la supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. Desde una perspectiva un tanto más general, es correcto afirmar que el crédito ostenta la supremacía dentro del conjunto de derechos patrimoniales protegidos por el artículo 21 de la Convención y el artículo 70 de la Constitución. Y esto es así porque estos dispositivos deben interpretarse de acuerdo a nuestra realidad normativa y, sobre todo, económica.”. (pp. 66)

Sobre lo expresado por el profesor antes citado, acérrimo defensor de la postura del embargo inscrito, se puede interpretar que considera a la realidad económica como el factor que determina la manera de resolver este controversial conflicto subjetivo entre la propiedad y el crédito, no compartimos la idea por considerarla extremista.

Sin embargo reconocemos que tanto el crédito y la propiedad desarrollan un rol trascendente en nuestra realidad, siendo por ende también el crédito, un derecho con protección constitucional que merece ser tutelado adecuadamente, de ser el caso cuando el tercerista actué con malicia y en connivencia con el deudor fraudulento, para desvirtuarlo.

En el mismo sentido, concordamos con lo expresado por el doctor MEJORADA CHAUCA en las siguientes líneas:

“Así, tanto la propiedad como el crédito son piezas fundamentales del régimen económico y, como tales, ambos se encuentran protegidos por la Constitución.

Si la tutela constitucional no es exclusiva de uno de ellos sino común a ambos derechos, lo que, dicho sea de paso, no podía ser de otra manera, pues un derecho patrimonial que no logra su fin es exactamente igual a la propiedad de un predio del que no se permite uso o explotación, entonces, la tutela constitucional no puede ser criterio para hacer prevalecer a la propiedad no inscrita ya que el crédito también cuenta con dicha tutela (...) y creemos que el yerro reside en no reconocer que en determinadas circunstancias (...) resulta necesario establecer ciertas limitaciones a los derechos subjetivos, incluido el derecho de propiedad, y tutelar a los terceros adquirientes y acreedores de buena fe”. (MEJORADA CHAUCA; 2012; pp. 140)

3.5.2. Lo positivo y negativo del VII Pleno Casatorio Civil.

La solución al problema antes descrito –después de un extenso y trascendental debate- sobre el crédito y la propiedad (no inscrita) fue publicada el 7 de diciembre del 2015 en el diario oficial El Peruano y se encuentra plasmada en las tres normas vinculantes contenidas en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil (**Casación N° 3671-2014-Lima**), que a continuación se indican:

“[...] Las reglas que dictó el Pleno Casatorio son las siguientes:

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos debe considerarse, 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 se admita la demanda, deberá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido el documento, para que informe sobre su autenticidad o falsedad del mismo.
3. En caso de que en el informe no se reconozca, la autenticidad del documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada infundada debiéndose expedir las copias certificadas al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones.” (CARREON ROMERO; 2016; pp.54)

“Estas dos últimas reglas vinculantes buscan evitar la utilización de este criterio de interpretación para validar irregulares certificaciones de contratos de compraventa, por ejemplo, en perjuicio del acreedor, titular del derecho de crédito o personal; es por ello que el juez debe velar por la verificación de “la autenticidad o falsedad del documento con el que el tercerista (propietario) pretende acreditar su derecho; y de considerar la falsedad del documento, no solo debe desestimar la demanda, sino además poner este hecho en conocimiento del Ministerio Público.” (LAMA MORE; 2017; pp. 457)

Nosotros consideramos que, el control judicial al que alude las dos últimas reglas establecidas por el VII PCC, podrían de alguna manera brindar un amparo contra la falsificación de títulos de propiedad, pues cabe destacar que en la práctica pocas veces los terceristas de buena fe presentan títulos originales que más adelante serán examinados por los peritos, ya que en su mayoría proceden por anexar a su demanda una copia certificada –realizada por un notario “X”- de un contrato o minuta que ha sido redactado y

legalizado en sus firmas por un notario “Y” , lo cual es suficiente para interponer la demanda de tercería, pues obviamente es un documento de fecha cierta, y por ende se presume que el contrato o minuta que se redactó fue exhibido en original ante el notario “X” .

Mas el punto controversial es ¿por qué hacen eso? la respuesta es clara, ello da indicio de que quieren cometer fraude y por eso el accionante prefiere muchas veces presentar un contrato o minuta original adulterado, ante un notario que exhibirlo en vía judicial, pues los peritos grafo técnicos descubrirían el fraude.

Si profundizamos un poco más en el análisis del supuesto en mención, podrían presentarse múltiples circunstancias que favorecerían las acciones fraudulentas del tercerista, sobre todo porque el notario “Y” que redactó el documento en algún momento, puede darlo por perdido (pues no existe la obligación legal del notario de protocolizar los documentos privados). En consecuencia claro está, que el juez deberá oficiar al notario “X” quien legalizó la copia de tal documento extraviado.

Ahora bien, ¿qué respondería el notario que certificó la copia del título invocado por el tercerista?

Recordemos que lamentablemente existen notarios¹⁹ que también se prestan para realizar actos ilícitos como el fraguar la copia de títulos de terceros y a sabiendas certifican contratos o minutas de transferencia de inmuebles con fecha atrasada (a fin de cumplir con la primera regla del VII PCC “fecha cierta anterior a la inscripción del embargo”), y luego como es obvio, podrían contestar al juez que tal documento es auténtico en todo.

Visto de este modo, pensamos que la solución abordada por el Pleno en la regla 2) no es la más efectiva; sobre todo porque pensamos que así como el

¹⁹ En la Casación **N° 925-2015-Lima Este**; se ventila un caso interesante sobre tercería de propiedad en dicha sentencia la Corte Suprema expresamente advierte la intervención maliciosa de un reconocido Notario de la ciudad de La Oroya, ya que el tercerista presentó como título la copia legalizada del contrato de compraventa que celebro en la ciudad de Lima y que luego elevó a escritura pública en la ciudad de La Oroya, que terminó registrando en el año 2008. Al respecto, el Notario Octavio Delgado Guzmán acepta que dicha escritura de compraventa se realizó ante su despacho; es así que la Corte Suprema al considerar las distintas denuncias en su contra por delitos contra la fe pública (falsificación de documentos, falsedad ideológica) considera objetable tal minuta, razón por la que prioriza el embargo inscrito.

notario puede estar expuesto a mentir sobre la autenticidad, también podría abstenerse de contestar, si no tiene la convicción que la copia legalizada de tal contrato o minuta sea mismo que se redactó en el despacho, siendo que tal vez lo falsificaron, ya que el juez tampoco puede obligar al notario a pronunciarse; dando fe de una situación que considera no clara.

No obstante, desde nuestro punto de vista el notario emitirá un pronunciamiento siempre que el juez le notifique el contrato, minuta o escritura pública originales y no una copia certificada de los tales, a efectos de que pueda aplicarse correctamente el control judicial establecido por el VII PCC.

Como hemos podido apreciar del análisis realizado, existen vacíos que escapan de la norma vinculante. En consecuencia, con posterioridad a la emisión de la misma han surgido distintas críticas y comentarios brindados por la doctrina al respecto, de los que haremos mención los más importantes:

❖ **Lo negativo del VII Pleno.**

El doctor PASCO ARAUCO (Enero 2016) opina que:

[...], lo particular de este Pleno es que ha logrado el efecto inverso: en vez de crear predictibilidad y otorgar seguridad, se ha generado una incertidumbre absoluta: quien hoy adquiere un derecho, corre el riesgo de verse perjudicado por una situación constituida en la clandestinidad en un momento anterior.

De este modo, gracias al Pleno, nuestras tercerías de propiedad han terminado atrapadas entre dos dictaduras: entre la dictadura del crédito, cuando la tercería se plantea contra una hipoteca, y *la dictadura de la propiedad*, cuando la tercería es contra un embargo.

La tercería siempre le ganara al propietario, independientemente de aquello que el acreedor pueda sostener y acreditar. ¿Y si el acreedor embargante puede acreditar fehacientemente que no tuvo conocimiento

de esta transferencia previa? ¿Y si el acreedor embargante puede acreditar que no solo confió de la información registral, sino que incluso fue a ver quién poseía el inmueble y constato que en todo momento la posesión la ejercía su deudor y no el propietario tercerista? Nada de esto importara. Estamos, entonces ante, la dictadura de la propiedad: ésta siempre ganara; no importara las razones del acreedor embargante; bastara que alguien que nunca salió a la luz acredite haber adquirido un derecho en la clandestinidad-tener una escritura pública de transferencia no es salir a la luz, los derechos se publicitan o por el registro o por la posesión, y quien no se valga de ninguno de estos mecanismos sencillamente se mantiene en la clandestinidad- para que dicho acreedor vea frustrado su derecho. [...] el VII Pleno podría ser calificado como el **Pleno de las incoherencias y los vacíos** (...) los vacíos identificados en la sentencia no son poca cosa (...), la sentencia del VII Pleno Casatorio, que flaco favor le hace a la búsqueda de la tan ansiada justicia predecible. (...) Nuestros vocales supremos, seguramente, se han esforzado en redactar una sentencia digna del caso; lamentablemente, los argumentos no han estado a la altura del conflicto. (pp. 77-84.)

En efecto consideramos que, alcanzar una jurisprudencia predecible en este conflicto del derecho es muy importante, porque los justiciables y sus abogados ya tienen una idea sobre cómo se van a resolver los procesos de tercería de propiedad en los que puedan verse involucrados. No obstante, también es importante y necesario de que la misma posea solidez en sus fundamentos, pues es lo mismo que nada una jurisprudencia uniforme y constante pero carente de solido sustento.

Asimismo nos parece interesante el comentario que ofrece el maestro LAMA MORE:

“Consideramos que los esfuerzos de las Salas Civiles de la Corte Suprema reunidas en Pleno para establecer un precedente judicial [...] en materia de tercería de dominio, no han logrado consolidar una solución cabal al problema [...], toda vez que de una lectura de los puntos 2 y 3 del precedente establecido en la Cesación N° 3671-2014-Lima (donde el control judicial de la certificación notarial del título de propiedad se limitaría a oficiar al notario o funcionario certificante, a efectos de que estos informen sobre su autenticidad o falsedad) no se alcanzaría a advertir una alternativa en favor del juez para detectar la existencia de actos de simulación detrás del título de propiedad invocado.” (LAMA MORE; 2017; pp. 475)

En el párrafo anterior, claramente el doctor citado alude también a la solución insuficiente en torno a tercería de propiedad brindada por el VII PCC, siendo que en esta sentencia –como se ha precisado- la Corte no ofrece una solución adecuada al supuesto problemático de la connivencia entre el tercerista y el deudor, con el fin de afectar la ejecución del inmueble embargado causándole un daño al derecho de crédito del acreedor afectante.

Algo interesante que el autor resalta, es que la solución estimada en dicho Pleno-resumida en el control de la certificación del documento de fecha cierta- entendemos que esta direccionada a cubrir los supuestos de falsificación del título de propiedad del tercerista; sin embargo no es suficiente, porque los casos más recurrentes están en la connivencia entre el deudor y el tercerista, por ende aun realizando dicho control de la certificación de la fecha cierta, el juez no podría detectar si detrás del título de propiedad invocado por el tercerista, se esconden actos simulados, posición que compartimos.

En consecuencia, es necesario crear una solución adecuada para cubrir este aspecto problemático de la connivencia en el proceso de tercería de propiedad.

En la misma línea los autores VERA CACHO y TORRES MALDONADO también consideran que hay vacíos no cubiertos por el VII PCC en las siguientes palabras:

“[...]Pese a este avance, consideramos que el VII Pleno Casatorio pudo ir un paso adelante más planteando la existencia de una suerte de registro físico o de soporte magnético que debiera tener el notario (...) de los documentos extra protocolares que legaliza, suscribe o certifica; esto a efecto de permitir no solo una mayor certeza para que pueda informar acerca de la autenticidad o falsedad de la misma sino también para salvar aquellos casos de imposibilidad material ya sea temporal o permanente, de que el notario estuviera imposibilitado para hacerlo como pudiera ser ante una situación de enfermedad grave, muerte o ante la situación, siempre posible, de que ya no desempeñe dicha función y sea imposible ubicarlo”. (VERA CACHO Y TORRES MALDONADO; 2016; pp. 141 y 142)

Al respecto cabe resaltar que, indudablemente hablar de fecha cierta en materia de tercería de propiedad es direccionarnos al campo del derecho notarial, pues son los notarios públicos las personas dotadas -entre otras- para dar fe de la redacción o realización de estos documentos, los que en la realidad generalmente son adulterados por el tercerista demandante, por ello es correcto que el juez ejerza un control en este punto, oficiando -de ser el caso- al notario público.

Por tal razón creemos que es importante la observación que realizan los autores mencionados, en el extremo de considerar que la creación de un registro físico, sería un mecanismo óptimo para asumir más adelante algún impedimento material que se presente con el notario que certificó la fecha cierta de aquel contrato o minuta presentado por el supuesto tercerista, de esa manera si el juez oficia se asegura de todas maneras una respuesta al respecto.

Nosotros respaldamos y coincidimos con esta propuesta; aunque si bien, en la realidad práctica son pocos los notarios que optan por conservar una copia o duplicado de los documentos privados que se legalizan y redactan en sus respectivos despachos; y de hecho algunos lo hacen, porque aunque no hay una norma que les imponga el deber de hacerlo, se entiende que tampoco están prohibidos. No obstante, cabe destacar que en la práctica la gran mayoría de notarios no gusta de llenarse de documentos privados archivados.

Es en este sentido, que nosotros pensamos que la creación de un índice de documentos privados sería una medida favorable, puesto que en dicho cuaderno (registro físico) al especificarse los otorgantes, materia del acto, y la fecha del acto a celebrar, se reuniría los datos suficientes y necesarios para dar cuenta al juez, ante cualquier supuesto de muerte o enfermedad del notario que certifique el título del tercerista. Lo cual implicaría también, que cada año los notarios presenten dicho libro en las visitas notariales realizadas por el Colegio de Notarios, de este modo se llevaría también un control de los documentos de fecha cierta que no están protocolizados, y el juez podría solicitar al Colegio de Notarios que le de cuenta de la certificación de la fecha cierta de tal documento.

Así también la doctora GUERRA CERRON expresa:

“En este sentido, coincido con la posición general del *amicus curiae* Juan Monroy Gálvez²⁰, consideramos que no es conveniente que la Corte Suprema establezca una regla de primacía del embargo o de la propiedad, a manera de precedente [...]” (GUERRA CERRON; 2015;

²⁰ El maestro Juan Monroy opina que el caso discutido (propiedad no inscrita vs embargo inscrito) no debió ser tema de un Precedente pues: 1) Hoy en día la clasificación de derechos reales y personales ya se encuentra superada; 2) Se debe tomar en cuenta la finalidad de la tercería, la cual es liberar un bien afectado por una medida cautelar y no titular de propietario a nadie; y 3) Las grandes mayorías desconocen cómo está regulado nuestro sistema de transferencia de la propiedad. “(...) 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.”

pp. 7)

El doctor RUBIO BERNUY, comenta lo siguiente:

“El VII Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema ha establecido la procedencia de la tercería de propiedad, [...]. Sin embargo, precisa que 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 y culmina que no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o actuar fraudulento.” (RUBIO BERNUY; 2016; pp. 313)

En efecto uno de los aspectos considerado obscuro de la sentencia materia de comentario - según lo precisado por el autor citado y otros doctrinarios como el ya citado Carreón Romero – radica en que la Corte Suprema en el VII PCC solo se limitó a reconocer el riesgo de futuras tercerías fraudulentas en menoscabo del derecho de crédito siendo que en adelante el propietario no inscrito vencerá al embargante. Por lo que si bien, ha establecido medidas de seguridad cuando el tercerista presenta como título de propiedad un documento de fecha cierta falso, hecho ya no muy recurrente.

Sin embargo no ha tomado en cuenta los supuestos de fraude más frecuentes de la realidad como son los casos de malicia y connivencia entre el deudor y el tercerista. Es aquí donde se genera un nuevo problema, en el uso fraudulento de esta salida.

Finalmente, concluimos este apartado puntualizando que nuestra particular objeción que le hacemos al VII PCC -además de los puntos que compartimos con la doctrina-, radica en el hecho de haber desarrollado en teoría lo referente a fecha cierta y tercería, ignorando la intervención en calidad de *amicus curiae* del profesional del derecho

que precisamente dota de fecha cierta al título de propiedad de un tercero como es el notario público, habiéndose tomado en cuenta únicamente las aportaciones de civilistas, que si bien como maestros de renombre tienen mucho conocimiento teórico, pero carecen de la experiencia profesional que la práctica dota a un notario porque son éstos los conocedores directos de la labor, así como de diversos supuestos de la realidad, pues como hemos indicado el fraude se inicia muchas veces en los despachos notariales.

Y pues bien, creemos desde nuestra perspectiva que hubiera sido ideal que todo el conocimiento teórico brindado por los civilistas *amicus curiae* que intervinieron, se haya complementado con la participación de la voz de la experiencia de algún notario público, quizá de este modo la solución brindada por el presente pleno hubiera sido mejor para combatir la malicia y el fraude en la tercería.

❖ **Lo positivo del VII Pleno.**

Podemos afirmar que la doctrina nacional ha concurrido en considerar el aspecto bueno y luminoso de esta sentencia de la Corte Suprema, radica justamente en que después de tantos años de debate e incertidumbre jurídica para los operadores del derecho respecto a la problemática planteada, el VII PCC ofrece una respuesta privilegiando solo a uno de los derechos en conflicto (la propiedad) y por ende favorece desde ya en este asunto la uniformidad de la jurisprudencia; a pesar de que esta salida motive un nuevo problema como es el aumento de futuras tercerías fraudulentas, como ya se ha indicado en los comentarios anteriores. Opinión que nosotros también compartimos.

Al respecto se ha indicado:

“Consideramos que los precedentes vinculantes contenidos en la sentencia casatoria producto del VII Pleno Casatorio Civil constituyen un avance en el tema. [...]” (VERA CACHO Y TORRES

MALDONADO; 2016; pp. 143)

“No era tema para un pleno, pero [...] correspondía unificar la decisión judicial [...] Lamentablemente muchos jueces no resolvían en ese sentido. Conviene también destacar que, con relación al aspecto probatorio, no existe una obligación del juez en actuar conforme al precedente, sino que faculta al magistrado a tomar en consideración dicha prerrogativa, [...]”

(RIOJA BERMUDEZ; Enero 2016; pp. 32)

3.6. Teorías pos pleno que sustentan la posibilidad de cuestionar y probar el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad.

Definitivamente no es lícito que ningún proceso sea empleado con fines perversos y más aún si hablamos del proceso de tercería cuyo importante fundamento es la propiedad, por ende como ya lo hemos precisado anteriormente un tercerista que realiza actuaciones fraudulentas no merece ser protegido.

En este sentido, en el presente rubro vamos a desarrollar aquellas teorías que la doctrina nacional ha planteado con posterioridad a la vigencia del VII PCC (“el pleno de la dictadura de la propiedad”), con la finalidad de brindar soluciones efectivas que puedan contribuir a controlar el problema del fraude en el proceso de tercería de propiedad.

Cabe precisar también que, todas estas soluciones tienen un común denominador pues consideran que siendo la tercería un proceso plenario tramitado en vía abreviada entonces el acreedor demandado también podría cuestionar dentro del mismo proceso la validez o ineficacia del título de propiedad del tercerista, especialmente cuando éste adolezca de simulación o fraude.

Con el fin de hacer posible que, el acreedor demandado ejerza una efectiva tutela jurisdiccional respecto de su derecho perjudicado, con estas acciones ilegales del tercerista y el deudor, por lo que el acreedor afectante ya no tendría que iniciar procesos a parte (ejerciendo la acción pauliana o de simulación) en vías más latas

para defenderse y hacer prevalecer, pretensiones que derivan del mismo proceso de tercería en un proceso de conocimiento que demora años.

Aclarado lo anterior pasamos a explicar las teorías pos pleno que a continuación se indican:

3.6.1. La Formulación de Excepciones Extintivas.

Una solución al problema de la tercería empleada con fines perversos, radica en aceptar la formulación de excepciones materiales dentro de un proceso de tercería de propiedad.

Los autores que sustentan la presente teoría opinan lo siguiente:

VERA CACHO y TORRES MALDONADO expresan que:

La discusión si el tercerista en realidad es propietario o no, como ya lo dijimos, amerita un procedimiento de cognición amplia. [...] Desde nuestra perspectiva, la solución para evitar que se emplee la tercería de propiedad con fines fraudulentos por parte del tercerista, consiste en aceptar el planteamiento de excepciones materiales dentro del proceso. Así pues, el embargante podría plantear una **excepción extintiva** por ejemplo, alegar y probar que el tercerista adquirió simuladamente la propiedad. Ello, bastaría para que se declare infundada la demanda del tercerista. Sin embargo, siendo coherentes con el derecho de propiedad y el debido proceso, se debe aclarar que dicha sentencia no haría cosa juzgada respecto de a la propiedad del tercerista, quien podría acudir a un proceso de mayor amplitud (de conocimiento) para probar que es, efectivamente, el propietario. (VERA CACHO Y TORRES MALDONADO; 2016; pp. 135 y 137)

En la misma línea de pensamiento los juristas GONZALES BARRON y ALAVAREZ CAPEROCHIPÍ sostienen que:

La idea es equilibrar a las partes del proceso. Por tanto, las denuncias de fraude que se hace en contra de los terceristas, muchas veces adquirentes gratuitos o vinculados con el deudor, deberían ser objeto de controversia como **excepción de fondo** (argumento), y el juez deberá resolver si el título

de propiedad del demandante está afectado de fraude, simulación o mala fe, pues en tal caso un acto viciado no transfiere la propiedad, por lo que el embargo está bien trabado y la demanda es infundada. [...] (GONZALES BARRON y ALAVAREZ CAPEROCHIPÍ; 2014; pp. 118)

De igual modo la doctora ARIANO DEHO puntualiza lo siguiente:

“Cuando el demandado alega sus propios hechos, incluso admitiendo los del actor, excepciona. Cuando el demandado excepciona (o sea alega hechos impeditivos, modificativos o extintivos) la congruencia de la sentencia, en el sentido de que el juez no puede fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes [...]” (ARIANO DEHO, Citada en TORRES MALDONADO Y CASALLO TRAUCO; 2015; pp. 68)

Así también la misma autora es de opinar que:

[...] si los acreedores tienen el derecho (potestativo) de interponer la denominada “acción revocatoria” a fin de provocar la declaración judicial de ineficacia de los actos de disposición de su deudor que, disminuyendo su patrimonio, ponen en riesgo la “garantía general”, nada impide que cuando el tercero adquirente pretenda hacer valer su derecho sobre el bien (como en nuestro caso), el acreedor perjudicado pueda hacer valer *ese* derecho como **excepción (sustancial)**, con la única finalidad de que se desestime la demanda.

Ergo, de desestimarse la tercería, el embargo sobre el bien subsistirá y el acreedor que opuso el fraude podrá del todo legítimamente satisfacer su derecho de crédito con cargo a ese bien aunque ya no pertenezca al deudor sino a tercero.

[...] Lo que sí debe excluirse es el que el juez pueda de oficio (vale decir, sin que exista una expresa alegación de parte) apreciar la esencia fraudulenta del acto de disposición del deudor [...] En tal sentido la **“excepción de fraude”** se encuadra entre las que los italianos llaman “excepciones en sentido estricto” (o exceptio iuris), por lo que siempre se requiere de la alegación de

sus hechos configurantes por parte del demandado para que el juez pueda apreciarlos²¹.

El plantear excepciones materiales como mecanismo de defensa del acreedor afectante frente a la malicia del tercerista es uno de los fundamentos que han surgido posterior al Pleno a fin de ejercer control sobre el actuar ilícito del tercerista que por lo general obra en coordinación con el deudor, nosotros al respecto consideramos también que sería viable plantear excepciones de fondo dentro del proceso de tercería.

❖ **Observaciones:**

No obstante, si se alega en la práctica judicial la invalidez del título del tercerista vía excepción, lo más probable es que el juez conteste diciendo que la contraparte debe hacer valer su derecho en otra vía de acción (tal como lo señalan sus exponentes en los argumentos anteriores) no pudiéndose discutir dentro del proceso de tercería de propiedad dicha pretensión, ya que en la práctica por lo general los jueces solo suelen resolver excepciones procesales mas no materiales respecto al fondo.

Asimismo cabe destacar que la sentencia que resuelva aquella excepción de fondo -según lo indicado- no generará cosa juzgada; es decir aun oponiendo el acreedor demandado vía excepción al acto de disposición entre el deudor y el tercerista, de todas maneras éste igualmente tendría que ejercer la tutela jurisdiccional de su derecho afectado iniciando nuevos procesos en perjuicio de la celeridad procesal y economía procesal.

❖ **Apreciación Crítica:**

²¹ ARIANO DEHO, Eugenia (2004). "EMBARGO DE BIEN ENAJENADO FRAUDULENTAMENTE Y DIES A QUO EN LA TERCERIA DE POPIEDAD" (Recuperado de: <http://gacetajuridica.com.pe> (Verificado por última vez 25/07/ 2018.)

Por ende esta teoría sobre el planteamiento de las excepciones, a nuestra consideración no sería una solución del todo adecuada y suficiente para el problema abordado.

3.6.2. La Exigencia de la Acreditación de la Posesión del Tercerista.

Otro de los fundamentos pos pleno que han surgido a fin de combatir el uso fraudulento de la tercería consiste en exigirle al tercerista que acredite su derecho de propiedad sobre el bien embargado no solo con la presentación de un documento público o privado de fecha cierta, sino que además este debería estar obligado a probar la posesión del inmueble materia de embargo -del cual alega ser propietario- desde la fecha de su adquisición.

Esta solución es expuesta por el juez Ulises Salazar Laynes quien precisa:

“(…) la tendencia a favor de la propiedad no inscrita tiene que pulirse. Deberíamos pensar seriamente en exigir al tercerista que no solo acredite su derecho de propiedad con documento privado, o publico de fecha cierta, sino también haberse comportado como genuino dueño desde el acto de adquisición. Esta exigencia podría constituirse en un instrumento notable para combatir la mala fe en las demandas de tercería. No olvidemos que la tercería se tramita en un proceso abreviado, tal como ocurre con la prescripción adquisitiva de dominio, por ende no existe inconveniente procesal de ninguna clase para analizar la posesión del tercerista, para descartar los actos de mala fe que injustamente pueden perjudicar a los acreedores. Esta perspectiva, en mi opinión, puede contribuir de forma decisiva a que la tercería cumpla, de verdad, con su ratio legis: evitar que la propiedad de unos responda por las obligaciones de otros. Sin olvidar que la propiedad ya se adquiere con el solo acuerdo de las partes, sin tener que recurrir a los registros públicos, que no tienen carácter constitutivo [...] (SALAZAR LAYNES, Citado en NIAMANCCO CORDOVA; 2013; pp. 43,44)

Sobre esta teoría nos permitimos destacar el rol de la posesión como uno de

los medios de publicación de la propiedad más antiguo que existe, ya que desde Roma la posesión ha sido la forma de probar la propiedad.

En este sentido podemos afirmar que lo sustentado por el Juez precitado tiene un soporte histórico, pues como es sabido desde tiempos remotos cuando se presentaba un conflicto de títulos lo primero a tomarse en cuenta era la posesión del bien.

Así también hay que tener en cuenta desde nuestro punto de vista, que la propuesta de exigir al tercerista que además acredite la posesión del bien objeto de embargo, no es incoherente con nuestra legislación civil siendo que en el código vigente encontramos una norma especial que la respalda, como es la presunción legal contenida en el :

Artículo 912 del C.C.- “En poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario [...]”

Es decir, entendemos que en el Perú no es descabellado ver en la realidad a una persona poseer un inmueble y decirle yo creo que usted es el dueño, porque esa presunción está regulada en el C.C pero debemos reconocer que es relativa, y ¿que la relativiza? consideramos que principalmente es el tema del registro, pero al fin y al cabo no deja de ser una presunción legal y vigente.

Asimismo cabe hacer mención que la posesión tiene mucho valor, pues incluso sirve para que luego una persona se convierta en propietario por prescripción adquisitiva.

❖ **Observaciones:**

Una observación a esta propuesta la encontramos en las siguientes palabras del autor CALLE TAGUCHE:

“[...] Al respecto, considerando que estamos en el campo de los bienes inmuebles, me permito precisar que la posesión no implica transmisión de propiedad, justamente porque el contrato por sí solo, es capaz de

transmitirla. Traer a colación la posesión creo que se opone a nuestro sistema de transmisión de propiedad inmobiliaria, en donde ella (o sea la posesión) no cumple rol de ninguna clase. Tampoco la ley establece que la oponibilidad de un derecho dependa de la posesión del bien (...). Por desgracia hay malos funcionarios que no dudan en prestarse a malas artes que tienen como fin generar estos títulos fraudulentos. Ciertamente debe combatirse de algún modo esta práctica. [...]". (CALLE TAGUCHE; 2013; pp.118)

De conformidad con lo antes expuesto ¿si una persona tiene cinco casas tiene que acreditar posesión de las cinco? como bien lo señala el autor citado, la principal oposición a esta teoría consiste en que no sería viable exigir la prueba de la posesión para acreditar la propiedad de un bien inmueble, porque ello contradice a nuestro sistema de transferencia de propiedad el cual es consensual (el artículo 949 del C.C no exige la posesión para acreditar la propiedad) , y asimismo el registro en el Perú no es constitutivo, solo declarativo.

Por otro lado, es interesante tomar en cuenta lo expuesto por los autores TORRES MALDONADO Y CASALLO TRAUCO:

“Lo cierto es que el tercerista puede ostentar la tenencia del bien y el embargante (acreedor) ser de buena fe.

Un caso interesante fue el que se dio en ocasión de la Casación N° 909-2008, en la que un hijo haya estado en tenencia del bien (dependiente y tolerado por los propietarios, sus padres) desde hace años antes de plantearse el embargo. Previo a dicho embargo el hijo pasa de tenedor a poseedor (ya no es dependiente y tolerado) pues adquirió, según alega, la propiedad. Se evidencia que la distinción entre un mero tenedor y un poseedor puede ser muy complicado y exigir ello al embargante es abusivo, ¿cómo podría distinguir el acreedor si el hijo sigue siendo un

tenedor o poseedor al plantear el embargo?

Por ello, en ciertos casos el tercerista podría usar la posesión para demostrar la mala fe del embargante (demandando a su deudor sabiendo que el propietario del bien era otro). [...] dependerá de cada caso, no llegando a constituirse como una regla.” (TORRES MALDONADO Y CASALLO TRAUCO; 2015: pp. 68)

Según lo acotado en el párrafo anterior, es admisible considerar que en efecto la posesión puede funcionar como una prueba para acreditar la propiedad en determinados casos, pudiendo ser empleada ya sea por el tercerista o el acreedor embargante cuando se discuta la mala fe en la tercería de propiedad; sin embargo como bien se indica, no puede erigirse como una regla de exigencia general porque importa también considerar nuestro actual sistema de transferencia de propiedad.

❖ **Apreciación Crítica:**

Nosotros no negamos que la presente teoría resulta un aporte interesante al tema problemático; sin embargo creemos que esto se debe matizar, por lo que desde nuestra perspectiva la prueba de la posesión sería efectiva siempre que se le permita al acreedor afectante reconvenir en el proceso de tercería, pues al tener así la carga de probar los actos simulados celebrados entre el deudor y el tercerista, la posesión- según el caso concreto- sería una prueba óptima para desenmascarar la malicia del tercerista.

3.6.3. El levantamiento del Velo.

Esta teoría es sostenida por la jurista GUERRA CERRON quien asimismo es respaldada por otros autores; manifiesta al respecto que:

[...] En la búsqueda de la verdad material, ya es tiempo de que doctrinas como “el levantamiento del velo” sean aplicadas por los jueces nacionales. Hemos señalado que tanto la propiedad como el crédito son bienes que

merecen tutela, y si se cumple con el requisito de procedibilidad²² se debe optar por el derecho real; sin embargo, cuando no sea posible tal determinación, ya sea por el abuso del derecho o fraude a la ley (lo que implica transgresión al ordenamiento jurídico), debe buscarse la realidad y, de ser el caso, tutelar el derecho de crédito.

La legislación es clara en la preferencia al derecho real, pero nunca deberemos olvidar que un texto normativo es un supuesto, es algo en abstracto.

Entonces, es conveniente que se establezcan pautas para que excepcionalmente, en ejercicio de la función jurisdiccional, se puede llegar a la verdad material y no quedarse en la verdad procesal. (GUERRA CERRON; 2015; pp.7)

Al respecto- como se ha señalado- hay doctrinarios como el doctor POZO SANCHEZ, que coinciden con la presente postura considerándola mucho más sólida por pretender buscar la realidad, y que bien merece ser debatida. (POZO SANCHEZ, 2015; pp.72)

❖ **Apreciación Crítica:**

La presente postura no cuenta con observaciones en la doctrina, y nosotros compartimos también esta teoría en el sentido de considerar que, tanto el derecho de propiedad del tercerista como el derecho de crédito del acreedor afectante, ambos merecen ser protegidos adecuadamente dentro del escenario judicial de una tercería de propiedad, siendo la búsqueda de la realidad material un parámetro idóneo para direccionar cada controversia judicial por un sendero de verdadera justicia.

Pues si bien, existe un pleno que favorece el derecho de propiedad, ello no quiere decir que el juez por respetar dicha norma va a menospreciar

²² En referencia a los requisitos del artículo 533 del C.P.C

los hechos de la realidad que según el caso, bien podrían indicar que debe ser tutelado el crédito y no la propiedad de un tercerista defraudante.

3.6.4. La Implementación de la Reconvención.

Esta novedosa postura es expuesta por el renombrado maestro RONQUILLO PASCUAL, quien declara:

“Consideramos que la posibilidad de que dentro de un proceso de tercería de propiedad se pueda probar la mala fe del tercerista, incluso, cuenta con respaldo legal expreso: Basta ver el artículo 538 del código Procesal Civil que establece las sanciones que se desencadenaran “si [dentro del proceso de tercería] se prueba la connivencia entre el tercerista y el demandado” (...) Actualmente, el artículo 490 del Código Procesal Civil proscribe la posibilidad de formular reconvención, entre otros procesos, dentro del proceso de tercería de propiedad; no obstante, consideramos que sería saludable y acorde con los fines del proceso (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil) y con los principios de celeridad procesal y economía procesal (artículo V del referido Título Preliminar), la modificación de la precitada norma, excluyendo de la proscripción en cuestión, al proceso de tercería de propiedad, de manera que los cuestionamientos a los títulos del tercerista puedan realizarse vía reconvención”. (RONQUILLO PASCUAL; 2017; pp.78 y 79)

❖ Apreciación Crítica:

Coincidimos con la postura de que dentro de un proceso de tercería de propiedad se pueda probar el actuar malicioso o la mala fe del tercerista, puesto que tal como lo precisa el autor antes citado dicha posibilidad cuenta con un respaldo legal expreso: como es el artículo 538 del CPC, norma que establece sanciones que se aplicaran si dentro de dicho proceso se prueba la connivencia entre el tercerista y el demandado, o la mala fe del acreedor embargante.

Además de ello también cabe considerar que el habilitar la reconvención dentro del proceso de tercería posibilitaría mayor celeridad procesal y menos gastos de recursos económicos para las partes en conflicto; pero sobre todo haría posible una mejor manera de ejercer la tutela jurisdiccional por parte del acreedor afectante, siendo que reconvenir constituye un mecanismo procesal más efectivo y fuerte en comparación con las excepciones de fondo.

SUB CAPITULO III

FUNDAMENTOS POS PLENO PARA IMPLEMENTAR LA RECONVENCIÓN EN EL PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD.

En el presente apartado pasamos a desarrollar a mayor detalle cómo funciona la institución de la reconvencción en un proceso abreviado, y cuáles son las bases jurídicas, legales, doctrinarias y jurisprudenciales que justifican su uso específicamente dentro de un proceso de tercería de propiedad, para luego sustentar el cómo podría implementarse la reconvencción en tal proceso, a fin de hacer posible que el acreedor demandado logre una adecuada tutela jurisdiccional en la misma vía.

4.1. Bases doctrinales, legales y jurisprudenciales que justifican el uso de la reconvencción.

4.1.1. Bases en la Doctrina Nacional. - Primero es menester que partamos por señalar una definición completa de lo que se considera es una tercería de propiedad, para lo cual pasamos a citar el siguiente argumento antes citado:

“La tercería de propiedad es un mecanismo procesal de protección del derecho de propiedad, por medio del cual se busca evitar una “ejecución injusta por el objeto”, esto es, se busca que el bien de un determinado sujeto (el tercerista) no responda por una obligación en la cual este no ha intervenido o, en otras palabras, que por medio de un bien propio no se satisfaga una deuda ajena.” (RONQUILLO PASCUAL; 2015; pp. 141,142)

Si asumimos en primer lugar- conforme lo explicado por el jurista

citado- que el fin de un proceso de tercería de propiedad trasciende a un mero levantamiento de un embargo o desafectación de un bien inmueble (según ha interpretado el legislador), consideraremos que una institución procesal tan importante como una tercería de propiedad cuyo fundamento es precisamente un derecho tan esencial como la propiedad, debe usarse fundamentalmente para evitar las ejecuciones injustas.

En este sentido, nosotros entendemos que dentro de este fin (evitar ejecuciones injustas) donde la propiedad del tercerista será tema de discusión, podría entonces el acreedor embargante acreditar que dicho inmueble embargado si le pertenece a su deudor, aunque en apariencia se haya transferido la propiedad a un tercero a través de un título de fecha cierta obrante en una escritura pública, minuta o contrato con firmas legalizadas.

Seguidamente citamos al doctor LIÑAN ARANA (2017) quien brinda un aporte interesante sobre el actuar malicioso de las partes en el proceso, nos dice que:

“La actuación maliciosa de una parte en un proceso implica la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en sus diversas manifestaciones; es decir afecta directamente el derecho de defensa de la contra parte, por lo que se limita el derecho de contradecir los argumentos maliciosos de la parte contraria [...]”²³

De las líneas anteriores podemos colegir que cuando la mala fe no evidenciada (por actos simulados) del supuesto tercerista y propietario del bien afectado, que actúa en connivencia con el deudor demandado, –según lo indicado por el autor- perjudica directamente el

²³ LIÑAN ARANA, Luis Alberto (2017). “EL PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL”.

Recuperado de: <http://actualidadcivil.com.pe>. (Verificado por última vez 20 /07/ 2018.)

derecho de defensa del acreedor afectante porque dentro de un proceso de tercería de propiedad este último tiene limitado su derecho de discutir la malicia del tercerista, al verse impedido de usar la reconvención para cuestionar dichos actos fraudulentos vía acción en el mismo proceso abreviado.

Por tanto, podemos deducir que nuestra legislación al prohibir la reconvención dentro del proceso de tercería, le está negando desde ya al acreedor afectante ejercer una tutela jurisdiccional efectiva más adecuada y favorable para éste, dentro de la misma vía abreviada.

Asimismo encontramos lo manifestado por el juez CARREON ROMERO quien precisa que:

“Se debe admitir como punto controvertido el hecho de la malicia y connivencia del tercerista y admitir los medios probatorios tendientes a acreditarlo.”(CARREON ROMERO; 2016; pp. 56)

Según lo indicado por el jurista mencionado es necesario admitir que el acreedor afectante pueda discutir y probar la malicia del tercerista dentro del proceso de tercería de propiedad, dado que conforme a la legislación procesal vigente no puede discutirlo dentro del mismo proceso. Por consiguiente, si el acreedor afectante necesita discutir estas conductas ilícitas del tercerista dentro del mismo proceso abreviado, necesita también un mecanismo procesal vía acción para lograrlo y ese mecanismo constituye la reconvención.

Así también, en forma explícita la doctora ARIANO DEHO comenta lo siguiente:

“El tramitar la tercería de propiedad como proceso “abreviado” resulta un ingrediente pernicioso adicional por lo dispuesto en el artículo 490 del CPC, siendo que no es posible reconvenir [...]” (ARIANO DEHO;

2008; pp.33)

Podemos decir que según lo precisado por la autora, la prohibición de no reconvención en el proceso de tercería de propiedad constituye un aspecto negativo y hasta absurdo de este proceso especial tramitado en vía abreviada, siendo que el acreedor demandado por tal razón está obligado a recurrir a un proceso distinto al de tercería (proceso de conocimiento) para ejercer la tutela jurisdiccional efectiva empleando ya sea la acción de simulación o pauliana, cuando bien podría hacerlo dentro del mismo proceso de tercería vía reconvención, ya que es un proceso abreviado plenario.

En el mismo sentido el doctor ANAYA CASTILLO (2017) sustenta lo siguiente:

[...] Por otra parte, es muy común que este intento de fraude sea puesto de manifiesto aprovechando que la contraparte se encuentra imposibilitada de reconvenir su actuación fraudulenta, esto de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 490 del CPC peruano** [...] (ANAYA CASTILLO; 2017; pp.80)

Tal como se afirma en el párrafo anterior el tercerista demandante suele usar con fines fraudulentos el proceso de tercería de propiedad aprovechando la imposibilidad normativa que tiene el acreedor embargante para reconvenir, es decir para discutir y probar ese actuar malicioso que muchas veces no es evidente, ya que realiza actos simulados.

De este modo, continúa agregando el autor mencionado:

“El problema es que si bien nuestro ordenamiento, ha previsto una

serie de mecanismos o remedios para mitigar estas acciones fraudulentas sobre estos actos simulados, no se podría decir que estas mismas garantías se ofrezcan en una tercería de propiedad”. (ANAYA CASTILLO; 2017; pp.80)

Concordamos con lo expresado por el maestro antes citado, del mismo modo consideramos que si bien, existen mecanismos procesales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para desincentivar las actuaciones maliciosas y la connivencia del tercerista con el deudor, pero estos solo son garantía si se discuten en una vía procedimental lata como es el proceso de conocimiento ejerciendo la acción pauliana o de simulación (ya antes desarrolladas) que implican mayor pérdida de tiempo, complicaciones y gasto económico para el acreedor afectante ; debido a que la regulación actual del proceso de tercería carece de un mecanismo procesal adecuado que garantice el discutir estos actos fraudulentos del tercerista dentro del mismo proceso, el cual sería la reconvención.

Finalmente el doctor ANAYA CASTILLO concluye en afirmar que: (...) es indispensable que se puedan establecer instituciones que permitan equilibrar la protección de los distintos intereses que concurren en la ejecución civil. Por ese motivo, incluso algunos autores nacionales vienen proponiendo, pese a sacrificar con ello la esencia misma del proceso de tercería, la posibilidad de que el acreedor ejecutante pueda interponer una reconvención [...] dentro del proceso de tercería. (ANAYA CASTILLO; 2017; pp.87)

Cabe destacar que habilitar el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad implicaría si bien es cierto, de alguna manera alterar la esencia de este proceso pero, sería para lograr algo sustancial como es posibilitar una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del

acreedor afectante.

4.1.2. Bases en la Legislación.- Conforme a lo señalado anteriormente por la doctrina, nosotros también entendemos que el artículo 538 del C.P.C en su texto normativo favorece la postura de implementar la reconvencción en la tercería, al establecer que dentro del proceso de tercería se desencadenaran sanciones “si se prueba la connivencia entre el tercerista y el demandado”; expresando entonces en forma indirecta que el acreedor afectante si podría discutir y acreditar la malicia del tercerista dentro del mismo proceso de tercería, mas necesita una vía de acción para hacerlo, en consecuencia tendría que reconvenir.

4.1.3. Bases en la Jurisprudencia.- Al respecto podemos citar lo indicado por la Corte Suprema en la sentencia del VII PCC:

“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 que se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, [...]. De hecho, este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos [...].” (num. 7.7; pp. 7356, parte primera del tercer párrafo de la columna de la izquierda d la Casación N° 3671-2014-Lima)

Asimismo en nuestra jurisprudencia nacional encontramos casuística interesante que pasamos a sustentar, cabe hacer mención que las presentes sentencias también han sido dispuestas en una tabla matriz a efectos de ser analizadas, por lo que se puede remitir para su verificación detallada al Capítulo III:.

a. Casación N° 909-2008-Arequipa:

Lima, 24 de julio de 2008

a.1 Antecedentes y Principales Hechos: Wilber Ángel Segundo Carbajal Ramírez como parte demandante alega tener derecho de propiedad sobre un inmueble urbano y dos predios rústicos ubicados en el departamento de Arequipa, ambos materia de embargo, por haberlos adquirido en compraventa y en anticipo de legitima de sus anteriores propietarios don Ángel Carbajal Valdivia y doña Juana Leonor Maldonado Pastrana de Carbajal, con fecha 19 de enero del 2000, antes de la inscripción de las medidas cautelares de embargo en forma de inscripción, cuando dichos bienes estaban libres de gravámenes. Dichas medidas son derivadas del expediente sobre obligación de dar suma de dinero que siguiera la codemandada Hilda Tomasa Mendoza Cervantes viuda de Valenzuela contra Juana Leonor Maldonado Pastrana de Carbajal.

En la **contestación de la demanda**, doña Hilda Tomasa Mendoza Cervantes viuda de Valenzuela reconoce en dicho escrito que los títulos que contenían las medidas cautelares dispuestas por el Juzgado, se presentaron ante los Registros Públicos de Arequipa el 20 de enero de 2000, y que posteriormente quedaron inscritas el día 24 de enero de 2000. La **sentencia de primera instancia** de fecha veintidós de junio de dos mil siete, declara FUNDADA la demanda de tercería de propiedad. **(Favorece al tercerista)**

Luego la **sentencia de vista** con fecha diez de diciembre del mismo año, REVOCA la sentencia apelada y reformándola la declara infundada. **(No favorece al tercerista)**

a.2 Recurso de Casación: Interpuesto por el tercerista contra la sentencia de segunda instancia, denunciando en su escrito que la Sala ha realizado una interpretación errónea del artículo 2022 del Código Civil.

a.3 Fundamentos de la Corte Suprema: “(...) DUODÉCIMO.-

Que, por esta razón y habiéndose acreditado el derecho de propiedad del tercerista con Documentos Públicos celebrados con anterioridad a la inscripción de la medida cautelar de embargo [...] la pretensión del actor debe ser amparada en todos sus extremos [...]. (...) **DÉCIMO TERCERO.-** Que, en suma, de acuerdo con lo previsto en la última parte del artículo 2022 del Código Civil, para resolver la presente causa hay que recurrir a las disposiciones del derecho común y en tal sentido, el predio adquirido por el demandante con fecha anterior a la inscripción de la medida cautelar no puede responder frente al gravamen anotado, [...] hace impertinente la aplicación de la prioridad registral.

(...) **DÉCIMO QUINTO.-** Que finalmente, conviene hacer notar, que **no pasa inadvertido para este Colegiado que el tercerista viene a ser hijo de los demandados deudores** don Ángel Carbajal Valdivia y doña Juana Leonor Maldonado Pastrana de Carbajal, y que los actos de disposición del patrimonio de los deudores se han realizado con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda de obligación de dar suma de dinero y cuando ya se había dictado la medida cautelar de embargo en forma de inscripción; no obstante **al haberse establecido en las instancias de mérito que no se ha acreditado la connivencia entre el demandado tercerista y sus padres demandados, este Colegiado no puede pronunciarse sobre este extremo del proceso ni sobre la validez de los documentos, en virtud de los cuales, se ha promovido la tercería de propiedad;** por lo que se deja a salvo el derecho de la demanda acreedora doña Hilda Tomasa Mendoza Cervantes viuda de Valenzuela, para que pueda hacer valer la acción que corresponda en contra de sus deudores y el hijo adquirente de los bienes que fueron objeto de la medida cautelar.

a.4) Resolución: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Wilber Ángel Segundo Carbajal Ramírez; NULA

la sentencia de vista de fecha diez de diciembre del dos mil siete; y actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia de primera instancia, de fecha veintidós de junio del dos mil siete, que declara FUNDADA la demanda de tercería de propiedad promovida por don Wilber Ángel Segundo Carbajal Ramírez, con lo demás que contiene (...)

a.5) Observaciones: Para nosotros este pronunciamiento de la Corte Suprema es acertado en el extremo de haber interpretado correctamente el segundo párrafo del tan rebatido artículo 2022 del C.C, estableciendo que en casos de propiedad no inscrita contra un embargo ya inscrito no puede aplicarse principios registrales, contradiciendo así, el modo equivocado de interpretación que hiciera la segunda instancia. Sin embargo, la parte negativa de este fallo se encuentra en el análisis poco profundo de los hechos que realiza la Corte Suprema, centrándose superfluamente en verificar si la fecha de adquisición del título presentado por el tercerista era de fecha cierta anterior a la fecha de inscripción del embargo, conduciendo la solución –como es de apreciarse- a un mero conflicto de normas y por ende solo debe limitarse a decidir que norma debe prevalecer, no obstante, reconoce ese “lado oscuro” del presente proceso de tercería por los hechos que ha advertido; pero aun así al resolver termina ignorándolos porque los jueces inferiores han señalado que no está acreditada la connivencia entre el tercerista y sus padres demandados, lo cual nos parece una justificación sin sentido, para dar la razón y amparar a un tercerista fraudulento que con dicho fallo logro trancar la satisfacción del crédito de la acreedora ejecutante.

Ya que, en el caso antes expuesto podemos apreciar claramente la típica artimaña de cuando los terceristas transfieren simuladamente y en connivencia sus inmuebles embargados a un heredero forzoso (un

hijo), con el único propósito de truncar el cobro del crédito por el acreedor.

Por tanto, esta sentencia de **la Corte Suprema favorece al tercerista fraudulento, y no se pronuncia sobre la connivencia en el actuar de éste y los demandados** por lo que carece de ser un fallo orientado a lograr un verdadero sentido de justicia.

En el mismo sentido, la doctrina ha brindado las siguientes críticas al respecto:

“Como puede verse, en este caso no se tuvo en cuenta la evidente mala fe del tercerista y se terminó frustrando la satisfacción del derecho de crédito de la acreedora embargante, (...). La mala fe del tercerista- y la de los deudores codemandados- se evidencia porque respalda su derecho en un contrato celebrado a título gratuito con los propios demandados (los deudores) quienes eran sus padres, y, principalmente por el hecho de que dicho contrato se celebró con posterioridad a la interposición de la demanda de obligación de dar suma de dinero y cuando ya se había dictado la medida cautelar de embargo (pero todavía no se había inscrito), lo que denota que nos encontramos frente a un acto fraudulento o simulado, llevado a cabo para burlar a la acreedora que ya había iniciado el proceso correspondiente para alcanzar la satisfacción de su crédito. Y nótese que el presente caso no es uno de falsificación de documentos, situación esta última que – además de no ser poco frecuente en nuestra sociedad - incrementa considerablemente la posibilidad de que los terceristas actúen de mala fe.(cuando esto sucede existe connivencia con el deudor o los deudores)” (RONQUILLO PASCUAL; 2015)

b. Casación N° 2120-2013-Lima

Lima, 14 de abril de 2015

b.1) Antecedentes y Principales Hechos: Los actores son tres hermanos (Fernando, Luis y Paul Reyes Osorio) que interponen tercería de propiedad respecto al embargo inscrito sobre un inmueble ubicado en Lima, que alegan haber adquirido mediante escritura pública de anticipo de legítima otorgada por sus padres con fecha 31 de octubre de 1994. No obstante, en registros públicos dicho inmueble aún está inscrito a nombre de estos últimos. El embargo en forma de inscripción fue dictado sobre el 50% de las acciones y derechos del inmueble en mención, que le corresponde al padre de los terceristas, en el proceso ejecutivo de obligación de dar suma de dinero seguido por la acreedora Bertha Escalante en su contra. En la **contestación de la demanda**, la codemandada Bertha Escalante argumenta que es falso que los terceristas ostenten el derecho de propiedad con anterioridad a la ejecución del embargo, ya que dicho acto no gozaba de formalidad, razón por la que incluso registros públicos observo dicha escritura elaborada por Notario Público de la provincia de Maynas, al ser presentada por adolecer de varios requisitos, la misma que recién quedó inscrita once años después de su otorgamiento, el 06 de mayo del 2005. Asimismo alega que los padres de los actores con posterioridad al anticipo de legítima hicieron distintas transferencias a favor de terceros como obra inscrita, cuando ya estos no tenían el derecho de hacerlo. **Sentencia de primera instancia**, el Juez Civil Comercial de Lima sustenta su decisión **en cuanto al cuestionamiento de la escritura de anticipo de legítima, que la demandada no ha presentado tacha contra dicho documento y no formulo nulidad en vía de acción, y que por ende debe cuestionarlo a través de los mecanismos legales pertinentes**, por tanto estableció que los demandantes son dueños del predio materia de embargo, por lo que declara FUNDADA la demanda y dispuso el levantamiento del embargo. **(Favorece a los terceristas)**

Sentencia de vista, mediante recurso de apelación la acreedora embargante expone que el juez de primera instancia no ha valorado correctamente los documentos que acreditan que los padres de los terceristas habiendo otorgado el anticipo de legítima del inmueble embargado, seguían disponiendo de este. Entre otras razones, la Sala Superior indica que : “ [...] **no es obligación del Juez en un proceso de tercería examinar la validez y/o eficacia del título que sustenta el derecho de la parte demandante [...]**”(Casación N° 1207-2008) ;asimismo respecto a las transferencias realizadas por los padres de los terceristas después de celebrado el anticipo de legítima, considera que **ello no es suficiente para considerar que dicho acto jurídico es fraudulento o inexistente, aun cuando el actual Notario de Maynas mediante carta ha informado que en archivos notariales del cesado notario, que otorgo la escritura de anticipo de legítima, no existe la minuta que dio origen a dicho acto jurídico, pues el hecho de que no haya sido ubicado en el año dos mil siete, no determinada que no haya existido en su momento, pudiendo haber sido extraviado.** En este sentido, considera que resulta de aplicación el artículo 2022 del C.C y por tanto los actores habiendo adquirido la propiedad del inmueble mediante anticipo de legítima con anterioridad a la medida cautelar, no deben asumir el gravamen, por tanto CONFIRMÓ la sentencia apelada. **(Favorece a los terceristas)**

b.2) Recurso de Casación: La demandada interpone recurso de casación argumentando que los Jueces Superiores infringieron el derecho al debido proceso y la motivación de las resoluciones, al emitir una sentencia incongruente y analizar en forma diminuta y arbitraria las pruebas, específicamente, el proceso que sobre tercería interpuso la madre de los demandantes, así como el tráfico inmobiliario realizado por los padres de los terceristas, luego de otorgar el anticipo de herencia a favor de sus hijos.

b.3) Fundamentos de la Corte Suprema: “SETIMO.-[...]los jueces de mérito solo se han limitado a verificar la fecha del derecho de propiedad de los terceristas y de la inscripción del embargo sobre el inmueble en litigio, sin haber analizado los principales argumentos de defensa de la demandada, que son los siguientes: a) las sucesivas transferencias [...] posteriores a la celebración del anticipo de legitima; b) cuestiona la intervención del notario que protocolizó la minuta de anticipo de legitima, [...] tuvo su despacho notarial en la ciudad de Maynas y otorgó una escritura sobre un inmueble ubicado en la ciudad de Lima [...]; c) la escritura pública aclaratoria del anticipo de legitima fue otorgada por un notario [...] con despacho en la provincia de Canta; y d) después de once años de celebrado el anticipo de legitima recién inscribió”. **“OCTAVO.-** En el caso concreto, [...] **la Sala Superior** [...] se refiere [...] a las sucesivas transferencias [...], posteriores a la celebración del anticipo de legitima, sin embargo **no analiza si dichas transferencias configuran el supuesto de connivencia contemplada en el artículo 538 del Código Procesal Civil**, teniendo en consideración que el derecho de propiedad de los terceristas se sustenta en la escritura pública de legitima [...], otorgada por [...], el padre de los demandantes, para posteriormente transferir el inmueble [...]; **más aún si se tiene en cuenta que la madre de los actores [...] también interpuso demanda de tercería de propiedad [...]; proceso que no ha sido objeto de análisis.”**

“NOVENO.- Lo antes expuesto, permite concluir que **el error advertido configura el supuesto de motivación aparente**, el cual se presenta cuando el juzgador pretende cumplir con el mandato de motivación, alegando frases que no tienen validez fáctica ni jurídica y que **en realidad no dicen nada respecto a la controversia.”**

b.4) Resolución: Declara **FUNDADO** el recurso de casación [...] **NULA** la sentencia de vista que confirma la sentencia apelada [...]. **ORDENARON** que la Sala Superior expida nuevo fallo [...].

b.5) Observaciones:

Cabe destacar que el presente caso presenta un contexto semejante al descrito en la sentencia precedente; sin embargo en esta cuestión como es de verse, la Sala Permanente de **la Corte Suprema** emite un fallo contrario y esta vez **decide no favorecer a los terceristas maliciosos y en esta sentencia si se pronuncia sobre la connivencia entre el tercerista y los codemandados** tras advertir analíticamente el latente actuar fraudulento de éstos con el objeto de frustrar la ejecución de la sentencia de obligación de dar suma de dinero ; razón por la que nosotros consideramos que la presente sentencia casatoria representa una decisión justa y bien fundamentada; no así, las resoluciones de los jueces de mérito que lamentablemente –como ya se ha indicado en el presente trabajo- a pesar de que la tercería es un proceso plenario solo se limitan a solucionar sus conflictos contra el embargo, tomando en cuenta el factor temporal sin realizar un análisis más completo de los hechos obrantes tanto en la demanda como en la contestación de esta , sin valorar muchas veces la pruebas introducidas por el acreedor afectante; siendo que los jueces que conocen tercerías de propiedad optan por rechazar la pretensión del acreedor demandado que cuestiona el actuar malicioso y fraudulento del tercerista, enviándolo a demandar la nulidad a la vía pertinente, antes que realizar una sentencia debidamente motivada; tal como lo demuestra el presente supuesto contenido en esta sentencia casatoria.

c. Casación N° 4823-2015-Lima

Lima, 14 de noviembre de 2016.

c.1) Antecedentes y Principales Hechos: Quien demanda tercería de propiedad en el presente caso es la Municipalidad Metropolitana de

Lima, sobre los dos embargos en forma de inscripción dictados en el proceso de obligación de dar suma de dinero, cuyas partes procesales son ICCGASA-CICSA-OTEGASA ASOCIADOS como acreedor, e INVERMET (Fondo Metropolitano de la Municipalidad de Lima) como deudor. Los embargos fueron trabados sobre dos inmuebles inscritos en los registros públicos mediante dos escrituras públicas otorgadas antes notario de Lima, una de “Declaración de Verdadero Propietario” en el año 2003 y posteriormente INVERMET y la tercerista convinieron en revertir a su favor la propiedad del terreno, mediante escritura pública del año 2004; instrumentos públicos que recién quedaron registradas en el año 2006.

Cabe precisarse que los embargos fueron inscritos en el año 2005.

Las **Sentencias de primera instancia y de vista**, declararon INFUNDADA la demanda, tras advertir la conducta de INVERMET de no comunicar al Juez que tramitaba el proceso de obligación de dar suma de dinero, las transferencias de los inmuebles a favor de la Municipalidad Metropolitana de Lima, por lo que la actuación de esta última carece de buena fe, dado que el juicio de obligación de dar suma de dinero no le resultaba ajeno, precisamente por la estrecha vinculación que guarda con el INVERMET, uno de los codemandados. Por ende, el derecho del tercerista no puede ser oponible a los embargos trabados. **(no favorece al tercerista)**

c.2) Recurso de Casación: la parte demandante (la Municipalidad Metropolitana de Lima) interpone recurso de casación contra la sentencia de vista, señalando que la Sala no ha reparado la condición de propietario que tiene, con anterioridad a los embargos trabados, habiendo infringido el derecho a la debida motivación.

c.3) Fundamentos de la Corte Suprema: “SEXTO.- [...] esta tesis que propugna la protección al derecho de propiedad no inscrito del tercerista frente al embargo, **no puede ser aplicado cuando el análisis de las cuestiones fácticas que se han establecido a la luz de**

las pruebas aportadas surjan fundadas razones que permitan sostener que se está utilizando la herramienta jurídica de la tercería de propiedad para perjudicar los intereses de un acreedor. **SÉTIMO.-** [...] dada la trilogía de partes que convergen en [...] los procesos de tercería, [...], podría acontecer que el deudor actué en connivencia con el tercero que vendría a ser el tercerista para eludir la obligación asumida por el deudor en favor del acreedor; [...] **no debe dejarse de lado, en determinados casos, la conducta desplegada por el deudor y tercerista en aras de evitar la consumación de un actuar fraudulento, tal y conforme lo ha recogido el VII Pleno Casatorio Civil [...]**

DECIMO.- [...], no solo de que derecho de propiedad emergió a favor de un tercero con anterioridad a la orden de embargo, sino además de que no se esté concertando actos fraudulentos para evitar el pago de una acreencia. **DECIMO PRIMERO.-** Al respecto, en autos ha quedado determinado que no se vislumbra la buena fe con que habría actuado la tercerista [...] ha quedado evidenciado que [...] buscan perjudicar los intereses del acreedor [...].

c.4) Resolución: Por tales consideraciones, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación [...]; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista; [...].

c.5) Observaciones:

En la presente sentencia se puede apreciar que el Tribunal Supremo desde nuestra opinión, expide un fallo justo y bien fundamentado tras establecer expresamente las conductas maliciosas y fraudulentas de la tercerista con el deudor codemandado, quienes en contubernio querían claramente perjudicar al acreedor afectante, razón por la cual la **Corte Suprema no favorece a la tercerista que actuó con malicia y si se pronuncia respecto a la connivencia entre el actor y el co-demandado.** Asimismo es importante resaltar lo establecido en esta casación, respecto a que no se debe amparar la propiedad no inscrita,

cuando el tercerista con sus hechos evidencia que solo está usando el proceso de tercería de propiedad para lesionar el derecho de crédito del acreedor.

d. Casación N° 841-2015-Lima

Lima, 02 de octubre de 2017.

d.1) Antecedentes y Principales Hechos: El demandante Eduardo Jolay Acuña solicita el levantamiento del embargo en forma de inscripción dictada en el año 2007 por el octavo juzgado civil comercial de la Corte Superior de Lima, el embargo recayó sobre el 48% de las acciones que el ejecutado Pedro Jolay Argandoña, ostenta como propietario en una sociedad anónima.

El tercerista alega haber sido titular de 20 acciones, así como el deudor demandado era titular de 480 acciones dentro de la misma sociedad anónima, tal como figuraba en el libro matricula de acciones de dicha empresa. Posteriormente, el deudor demandado Pedro Jolay Argandoña y su esposa en el año 2005 le venden las 480 acciones de las que el señor Pedro era propietario en la sociedad anónima, obligándose los vendedores en el presente contrato, a comunicar al gerente general de la sociedad sobre la venta realizada para su registro en el libro matricula de acciones; sin embargo el gerente, así como Enrique Jolay Argandoña, quien tenía en su poder el presente libro, no cumplió con inscribir la transferencia a favor del demandante. Precizando además que el Libro Matricula de Acciones donde se ha anotado el embargo es falsificado, siendo otro el verdadero.

Los **demandados no contestan la demanda** y son declarados rebeldes, luego el juez de la causa en la **Sentencia de Primera instancia** declara FUNDADA la demanda, por lo que (**favorece al tercerista**) considerándolo propietario de las acciones sobre las cuales recayó el embargo, al ser el contrato de compra venta con

firmas legalizadas de fecha anterior a la medida cautelar; a pesar de que dicha transferencia no aparece inscrita a favor del tercerista en el libro matricula de acciones.

Al ser apelada la presente decisión, la Sala Superior en **la sentencia de vista**, CONFIRMA la recurrida (**favorece al tercerista**).

En consecuencia, el acreedor en una primera oportunidad interpone **recurso de casación** contra la primera sentencia de segunda instancia alegando falta de motivación y la connivencia entre el tercerista y el codemandado deudor, disponiendo la **Corte Suprema** que la **Sala Superior expida nueva resolución, debiendo pronunciarse sobre la relación de parentesco existente entre el actor y el co-demandado Pedro Jalay Argandoña y la alegada connivencia entre los mismos.**

Seguidamente, **devueltos los autos**, la **Sala Superior** en su nueva sentencia de vista, por segunda vez CONFIRMA la recurrida, indica entre otros fundamentos que: **no existe prueba ni indicio alguno que llegue a determinar que exista un contubernio, entre el actor y el co-demandado para levantar la medida cautelar**, asimismo considera vigente el derecho de propiedad del tercerista emanado del contrato de compraventa realizado el año 2005, toda vez que no se ha solicitado judicialmente su declaración de nulidad.

Es así que, el acreedor nuevamente hace uso del **recurso de casación contra dicha sentencia de vista** y la **Corte Suprema ordena** en esta segunda oportunidad a la Sala Superior tras advertir algunas contradicciones emita **un nuevo pronunciamiento**.

Devuelto el expediente, en su tercera decisión la **Sala Superior**, REVOCA la sentencia apelada y reformándola declara INFUNDADA la demanda de tercería, tras concluir que **el tercerista no puede ser considerado propietario de las acciones** que pretende desafectar, ya que **su derecho** contenido en el contrato de compraventa del año 2005 **no se encuentra inscrito en el Libro de Matricula de Acciones** de la

sociedad anónima, por ende el 48% de acciones corresponde solamente al co-demandado.

(No favorece al tercerista)

d.2) Recurso de Casación: Ahora bien, tras la sentencia de vista que antecede, el tercerista Eduardo Jolay Acuña apela ante la Corte Suprema, alegando falta de motivación y valoración de las pruebas.

d.3) Fundamentos de la Corte Suprema: “[...] **DECIMO NOVENO.-** Que, este Supremo Tribunal coincide con lo expuesto por la Sala Superior, cuando concluye que el primer párrafo del artículo 91 de la Ley General de Sociedades, referido a la “propiedad” de la acción tiene como destinatario la “sociedad”, mientras que el segundo párrafo tiene como destinatario a “terceros”; y que únicamente mediante resolución judicial se puede ordenar a la sociedad que considere “propietario” de la acción a una persona distinta a la que tiene su derecho inscrito en la matrícula de acciones.”

d.4) Resolución: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Eduardo Jolay Acuña, [...] en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista.

d.5) Observaciones:

Como es de apreciarse estamos ante un caso que en ocasión fue complejo resolver para los órganos jurisdiccionales sobre todo por la falta de una adecuada interpretación sobre el contenido de la Ley General de Sociedades respecto a la transferencia de acciones en una sociedad anónima, al respecto consideramos correcta la interpretación que la Corte Suprema hace sobre dicha norma; sin embargo a nosotros nos interesa remarcar –desde nuestra perspectiva- que las instancias de mérito no analizaron con diligencia el hecho sospechoso de que el tercerista al ser pariente del ejecutado esté actuando en conjunto con éste, haciendo uso malicioso del proceso de tercería solo para salvar las acciones del ejecutado del embargo trabado, circunstancia que si es advertida por la Sala Suprema.

No obstante en la sentencia de vista queda expuesto que lo anterior en el presente caso no está probado y no existiendo indicio de connivencia entre el tercerista y el co-demandado deudor, no compartimos este argumento de la segunda instancia dado que la realidad y la jurisprudencia misma nos demuestra en recurrentes casos que en el escenario de la tercería de propiedad, existe connivencia sobre todo cuando el tercerista y el ejecutado resultan ser familiares, como es el caso materia de análisis.

Por consiguiente, aunque en la presente sentencia **la Corte suprema no favorece al tercerista, no ha tenido en cuenta el actuar malicioso de la parte demandante al tener parentesco con el co-demandado deudor**, emitiéndose un fallo que contradice en este extremo a sus anteriores decisiones.

e. Casación N° 4592-2015-Lima Sur

Lima, 19 de mayo de 2016

e.1) Antecedentes y Principales Hechos: El demandante Luis Romero Mego interpuso demanda de tercería de propiedad contra Juan López Sanchez y una sociedad conyugal, quienes fueran los ejecutados. El tercerista alega que el embargo dictado afecta al inmueble de su propiedad inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble de Lima, ya que la sociedad conyugal (parte co-demandada) le vendió dicho inmueble el año 2007 mediante contrato privado que adquirió fecha cierta el año 2008 cuando fue presentado ante una notaria de Lima, quien le asignó un número de kardex y solicitó el bloqueo registral que quedó inscrito en la partida del inmueble. Sin embargo, la medida cautelar de embargo ha sido inscrita el año 2011 en la partida del inmueble de su propiedad, por ende el embargo es de fecha posterior a la fecha de adquisición de su derecho de propiedad. En **la contestación de demanda**, la sociedad conyugal co-demandada acepta en su totalidad los hechos y el petitorio del actor; caso contrario

el otro co-demandado Juan López Sánchez, la contradice argumentando que el tercerista nunca inscribió su derecho de propiedad tal como lo alega, solo ingreso al registro un bloqueo que caduco automáticamente a los dos meses de su inscripción. Señalando también que luego del bloqueo registral obra inscrita en el año 2008 una escritura de separación de patrimonios, acto por el cual el cónyuge co-demandado adjudica el inmueble materia de embargo a nombre de su esposa, la otra co-demandada. Hecho que no ha sido impugnado por el tercerista, de lo que se evidencia que éste y la sociedad conyugal co-demandada actúan en contubernio para lograr suspender el proceso de ejecución.

Posteriormente la **sentencia de primera de instancia**, en el año 2014 declara FUNDADA la demanda, tomando en consideración que el actor adquirió con anterioridad el inmueble (la minuta adquirió fecha cierta el año 2008), a la fecha de inscripción del embargo. (**Favorece al tercerista**) Seguidamente se interpone **recurso de apelación** por parte de Juan López Sánchez, quien **alega que el juez no tomo atención al contubernio existente entre sus codemandados y el ahora accionante, siendo que actúa como testaferro del codemandado**, con el propósito de evadir sus obligaciones con entidades financieras. Es así que, mediante **sentencia de vista** REVOCA la sentencia apelada y reformándola declara INFUNDADA la demanda de tercería de propiedad. (**No favorece al tercerista**), tras indicar que en el caso concreto existen circunstancias que en conjunto evidencian que la conducta del tercerista con los codemandados (la sociedad conyugal) es contraria a la buena fe, **a pesar de que el actor ha presentado en autos una minuta de fecha cierta anterior al embargo pero la conducta del actor es incompatible con el comportamiento normal que tendría un verdadero propietario, por ende no existe justificación para dejar sin efecto la medida cautelar dictada.**

e.2) Recurso de Casación: Es interpuesto por el demandante Luis Romero Mego alegando que el demandado Juan López Sánchez obró de mala fe, al afectar un bien de propiedad de tercero, al mantenerse registrado el bloqueo a favor del recurrente.

e.3) Fundamentos de la Corte Suprema: “[...] **QUINTO.-** No obstante, es necesario tener en cuenta que esta regla de prioridad no impone al órgano jurisdiccional una actitud mecánica o irreflexiva sobre el caso sometido a su conocimiento, ni lo exime de todo análisis de la controversia, pues [...]. En efecto, la regla de preferencia establecida en el VII Pleno Casatorio Civil tiene como presupuesto lógico que tanto el derecho de propiedad del demandante como el embargo inscrito a favor del emplazado se encuentren probados en el proceso, no solo en su existencia sino también en su data (certeza sobre la existencia y data de la propiedad y el embargo afectados), pues solo sobre la base de esta premisa fáctica procesal que podría aplicarse dicha regla de prioridad.”

e.4) Resolución: [...] Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por el demandante Luis Romero Mego [...], en consecuencia NO CASARON la resolución de vista [...].

e.5) Observaciones: En este fallo indudablemente el supremo Colegiado adopta una decisión acertada y valiosa porque como es de apreciarse analiza con lógica y coherencia cada uno de los hechos que le permiten evidenciar la conducta fraudulenta del tercerista en confabulación con los cónyuges co-demandados; por consiguiente en esta sentencia **la Corte Suprema no favorece al tercerista malicioso y si se pronuncia sobre la connivencia de éste**, estableciendo además una justificación interesante al sustentar su decisión indicando que las partes y el juez en el proceso de tercería, no tienen límites en materia de actuaciones judiciales para poder cuestionar la fecha cierta del título, la cual compartimos. Pues así como es relevante y necesario

que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un medio idóneo, también es importante y necesario que los jueces realicen un adecuado y profundo análisis de los hechos que rodean al caso concreto que conocen, así como una correcta verificación también de las pruebas ofrecidas por la parte demandada más afectada con la interposición de la demanda de tercería, siendo que como está demostrado el tercerista suele obrar con malicia celebrando transferencias simuladas con la parte ejecutada, a fin de perjudicar el derecho de crédito del acreedor embargante.

f) Casación N° 2755-2017

Lima, 10 de Mayo de 2018.

f.1) Antecedentes y Principales Hechos

Los demandantes solicitan el levantamiento del embargo en forma de inscripción recaído el año 2014, sobre una embarcación pesquera “JK”, de la que alegan ser propietarios, tras haberla adquirido mediante contrato de compraventa de fecha cierta celebrado el año 2011, entre la Empresa pesquera Camila Fernanda EIRL, representada por Víctor Salas Pastor (uno de los ejecutados) a favor de los demandantes, por tanto adquirieron el dominio del bien con fecha anterior al embargo. Ahora bien, cabe hacer mención que el embargo se dictó el año 2009 en un proceso de indemnización de daños y perjuicios seguido por Mariano Apaza Quispe contra la Empresa Pesquera Sherly EIRL y otros, el embargo recayó sobre el 100% de las acciones y derechos que el señor Víctor Salas Pastor y su cónyuge poseen como propietarios en la Empresa Pesquera Sherly EIRL, por consiguiente el embargo se inscribió tanto en la partida de la empresa, así como en la partida de la embarcación pesquera “JK” que registralmente figura también a título de la Empresa Pesquera Sherly EIRL .

En **la contestación de demanda**; el demandado Víctor Salas Pastor en representación de la Empresa pesquera Camila Fernanda EIRL acepta haber realizado la transferencia de la embarcación pesquera a favor de los demandantes, el año 2011.

Por su lado, **el co-demandado Mariano Apaza Quispe** contradice la demanda argumentando que la Empresa pesquera Camila Fernanda EIRL, persona jurídica que transfirió la propiedad, no es propietario sino la ejecutada Empresa Pesquera Sherly EIRL, dado el aumento de capital inscrito en la partida de dicha empresa. Asimismo, **alega la nulidad de la compraventa fraudulenta realizada a favor de los terceristas**, ya que quien vendió no es propietario y carece de buena fe.

La **sentencia de primera instancia**, declara FUNDADA la demanda de tercería de propiedad (**favorece al tercerista**), por considerar que los actores han demostrado su derecho de dominio con el documento de fecha cierta celebrado el año 2011, que obra inscrito en el registro de embarcaciones el año 2016.

Asimismo cabe precisar que **el juez de la causa trae a colación el resultado favorable del proceso de ineficacia que el demandado Mariano Apaza Quispe demandó el año 2009** (fecha en la que en el proceso de ejecución el juez dictó el embargo) contra el co-demandado Víctor Salas Pastor y su hija Katherine Salas Mollinedo, por la transferencia que hiciera el co-demandado Víctor de su derecho de titular de la Empresa Pesquera Sherly EIRL a favor de su hija, razón por la que solicito en ocasión la ineficacia de dicha transferencia de derechos de titularidad de la citada empresa, al ser fundada su demanda, se ordenó la cancelación del asiento. Entonces el co-demandado Salas Pastor seguiría siendo el titular de la Empresa Pesquera Sherly EIRL.

Del mismo modo, **el Juez advierte que no obstante la ineficacia de dicha transferencia de titularidad**, el demandado Victor Salas Pastor procede a transferir la embarcación a favor de **la Empresa Pesquera Camila Fernanda EIRL**, cuya titular es la propia Katerine Salas Mollinedo, y finalmente teniendo como apoderado al señor Victor Salas Pastor, la empresa ya mencionada **transfiere la embarcación “JK” a favor de los terceristas el año 2011**. Por tanto, **esto determinaría la ineficacia de la transferencia de la embarcación pesquera “JK”, pues ha sido efectuada por quien no era titular ni representante de la Empresa Pesquera Camila Fernanda EIRL, pero ello debería ser declarado en el proceso correspondiente.**

Posteriormente por recurso de apelación interpuesto, se emite **sentencia de vista**, la Sala Superior CONFIRMA la sentencia apelada (**favorece a los terceristas**) por considerar que en efecto, si bien el embargo se dictó el año 2009, se inscribió el año 2014, pero el derecho de propiedad de los terceristas data desde el año 2011, habiéndose inscrito el año 2016. Es así que, **deja a salvo el derecho del recurrente respecto a la compra venta fraudulenta que alega se habría efectuado a favor de los terceristas.**

f.2) Recurso de Casación: Es interpuesto por el codemandado Mariano Apaza Quispe, alegando entre otras cosas infracción al debido proceso por **no haberse evaluado en la sentencia de vista la legalidad de la escritura pública de compraventa, título de propiedad de los terceristas y no se ha esclarecido todos los puntos controvertidos**, deviniendo esto también en una **infracción normativa del VII P.C.C** , ya que el juez de primera instancia inaplico de velar por la legalidad de legalidad de la certificación de fecha cierta del contrato presentado por los terceristas, faltando motivar al respecto, perjudicando claramente al acreedor embargante.

f.3) Fundamentos de la Corte Suprema: “QUINTO.- [...]está inscrito con fecha nueve de abril de dos mil diez la anotación de demanda a la “medida cautelar de demanda de acción revocatoria [...] los demandante stuvieron conocimiento de la anotación de demanda- sobre ineficacia del acto jurídico [...] ya que la inscripción [...] es anterior a la adquisición del bien que alegan [...] dos mil once ; por lo que lo resuelto en el proceso de ineficacia del acto jurídico debería ser evaluado por el juez para efectos de determinar que incidencia tiene en relación al presente proceso. En este sentido, **correspondía al A quo y el Ad quem advertir que los demandantes habrían tenido conocimiento sobre la anotación de demanda mencionada, y consecuentemente evaluar si los efectos de la ineficacia del acto jurídico de transferencia produce algún efecto jurídico en la compraventa de la embarcación pesquera JK [...] toda vez que con dicho documento los demandantes pretenden acreditar su derecho de propiedad sobre el bien.**

SEXTO.- La omisión por parte del *A quo* y del Colegiado Superior ha dado lugar a que se expida la sentencia de primera instancia y la sentencia de vista con un pronunciamiento *infra patita* , **pues no se pronuncia sobre todos los puntos controvertidos, [...]** **DECIMO PRIMERO.-** [...] no se evidencia en la partida [...] de la Empresa Pesquera Camila Fernanda EIRL ni de la documentación acompañada en autos que esta haya pasado a ser propietaria de la embarcación pesquera ante descrita; por lo que corresponde al Juez realizar los actos necesarios para el esclarecimiento de este hecho controvertido [...] **a fin de desvirtuar una posible connivencia y mala fe que se habría producido en la compraventa del bien, la cual viene siendo argumentado por la parte demandada (artículo 538° del Código Adjetivo) [...]**

DECIMO SEGUNDO.- [...] se incurre en manifiesto vicio procesal, porque el Juez de Primera instancia no emitió un pronunciamiento sobre cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia, así también la Sala Superior debió emitir pronunciamiento sobre cada uno de los extremos materia de apelación, en observancia del principio de congruencia procesal, [...]; **asimismo se ha afectado el derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad publica al no haberse revisado y/o evaluado el acervo documentario adjuntado en autos,** esto es sobre que no se evidencia que la embarcación pesquera materia de sublitis se haya encontrado inscrita [...] en propiedad de la Empresa Pesquera Camila Fernanda EIRL. **DECIMO TERCERO.-** [...] En este sentido, se concluye que, [...] es nula la sentencia de vista e insubsistente [...] **emita nuevo pronunciamiento con mayor solvencia al caso y con la mayor objetividad posible, evitando el abuso del derecho y del proceso y desviar el debate procesal [...]**”

f.4) Resolución: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación [...]; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista [...] e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada [...] **ORDENARON** que el juez emita nuevo fallo. [...]

f.5) Observaciones:

En esta reciente jurisprudencia **la Corte Suprema se pronuncia sobre la actuación confabulada de los terceristas** con los cónyuges codemandados, y una vez más realizando un análisis coherente y detenido del caso en cuestión establece **que el análisis de que si el tercerista adquirió el bien materia de embargo, de buena o mala fe; así como la validez y eficacia de sus actos en que basa su adquisición, aun siendo cuestionada en la contestación de la demanda por el acreedor afectante, no se toma en cuenta como punto controvertido por las instancias judiciales , es decir los**

jueces no le prestan atención a estos hechos que suelen ser materia de controversia en un proceso de tercería de propiedad, razón por la cual al emitir sentencia, en sus fundamentos no se pronuncian sobre aquello que fue alegado por la parte demandada más perjudicada, quedando entonces este extremo malicioso sin resolver ni motivar adecuadamente dentro del proceso de tercería.

De la exposición de la casuística citada, se evidencia que generalmente ante nuestros órganos jurisdiccionales pasa inadvertida la connivencia del tercerista, dado que no siempre hay un pronunciamiento motivado y coherente al respecto, siendo que los órganos jurisdiccionales por lo general deciden desviar dichas pretensiones del acreedor codemandado a la otra vía procesal (proceso de conocimiento), porque a pesar de encontrarse legislado que la tercería es un proceso abreviado, nuestra legislación procesal ha prohibido que el acreedor afectante pueda cuestionar mediante una reconvencción el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad, pudiendo emplear solamente su derecho de contradicción al contestar la demanda; sin embargo como lo acreditan los casos materia de análisis, este mecanismo de defensa no le es muy favorable, ni suficiente para que su derecho goce de una adecuada tutela jurisdiccional efectiva, por ende ello justifica la necesidad de innovar el proceso de tercería de propiedad con la implementación de un mecanismo procesal que pueda garantizarle al acreedor afectante lo ya mencionado en una mejor manera.

4.2. La Reconvencción como institución procesal en el CPC de 1993.

A continuación vamos a indagar sobre la institución procesal de la reconvencción, para proponer su implementación, de admitirse su uso en el proceso de tercería de propiedad.

A. Etimología y Concepto.

Conforme a lo señalado por el procesalista GONZALES LINARES:

“La palabra reconvención deriva de la latina *reconventio*, que a su vez deriva de *conventio* (demanda) y del prefijo *re*, que denota repetición, o de *rei* y *conventio* (la demanda del demandado) [...]”
(GONZALES LINARES; 2014; pp.279)

Para otros autores como HURTADO REYES, la palabra reconvención deriva:

“Del latín *reconventio*, que significa rechazar algo, simplifica la forma como el demandado contrataca lo peticionado por el demandante.”
(HURTADO REYES; 2014; pp.650)

Ahora bien, teniendo en cuenta lo antes expuesto se puede advertir que en nuestra doctrina nacional se ha conceptuado a la reconvención desarrollándose dos posturas distintas al respecto:

El maestro HURTADO REYES, acota que:

“[...] [la reconvención]. Es una forma de enfrentar la pretensión del actor, por ello es que la reconvención forma parte del derecho de defensa del demandado.

Con la reconvención el demandado ejercita dos derechos a la vez, el derecho de contradicción (contestar la demanda) y conjuntamente el derecho de acción (postular una nueva pretensión).” (HURTADO REYES; 2014; pp.650)

En palabras del autor mencionado la reconvención no es una institución independiente, sino que forma parte del derecho de defensa del demandado contra la demanda, quien al formularla plantea una nueva pretensión al contestar la demanda, en contra del demandante.

Por otro lado, hay un sector doctrinario que contradice lo anterior, sustentando lo siguiente:

Según entiende el doctor GONZALES LINARES:

“[...] La reconvención es toda una nueva demanda que contiene nuevas pretensiones o conexas a las del actor y toma la denominación de reconvención solo por estar interpuesta en la oportunidad procesal de la contestación de la demanda ,dando cumplimiento a los requisitos exigidos, como para cualquier otra demanda, previstos en los artículos 424,425 y 426 del Código procesal Civil.

La reconvención o la “demanda del demandado” introducida en el proceso se dirige contra el demandante, con pretensión(es) que gozan de autonomía frente a las pretensiones del actor. De lo que resulta que las partes dentro del proceso, [...] toman el *status* procesal: de demandante-demandado y de demandado-demandante. ”

(GONZALES LINARES; 2014; pp.280 a 283)

En el mismo sentido, la doctora LEDESMA NARVÁEZ (citada en LOVÓN SANCHEZ; 2016) puntualiza que; la reconvención no debe ser considerada como un medio de defensa frente la acción, sino como una nueva demanda que formula el demandado en el proceso ya iniciado.

De igual modo, el procesalista ZUMAETA MUÑOZ, sostiene que:

“La reconvención es la demanda del demandado, aprovechando la oportunidad del proceso iniciado por el actor. Es autónomo e independiente y como repito tiene que tener conexión jurídica con la primera pretensión. Se trata de dos pretensiones pero desarrolladas en un mismo proceso.” (ZUMAETA MUÑOZ; 2009; pp.224)

Es decir, un sector de la doctrina concibe a la reconvención como una institución procesal autónoma

Por ser una “nueva demanda” formulada por el demandado que dentro del proceso ya iniciado tiene un trámite procesal de manera autónoma,

y no la consideran como una actitud del demandado frente a la demanda; dicho de otro modo, como un medio de defensa del demandado frente a la acción.

Nosotros compartimos esta segunda postura doctrinaria.

Ahora bien, con referencia al concepto de reconvención desde un punto de vista procesal y legal; el autor HURTADO REYES agrega lo siguiente:

“Se puede entender como reconvención (en el lenguaje de nuestro código) al acto procesal del demandado por el cual postula una pretensión en contra del actor al contestar la demanda, la misma que debe tener cierto grado de conexidad con la pretensión contenida en la demanda. Se postula una nueva pretensión en contra del actor y ante el mismo juez que hizo el emplazamiento al demandado”. (HURTADO REYES; 2014; pp.650)

B. Naturaleza Jurídica y Finalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico procesal la naturaleza de la reconvención ha sido cuestionada, siendo que en nuestro código adjetivo vigente encontramos regulada la contrademanda, pero disfrazada con el nombre de reconvención, tal como lo mencionan los siguientes aportes doctrinarios:

Desde el punto de vista del doctor ZUMAETA MUÑOZ:

“Nuestro Código, ha legislado la contrademanda, pero disfrazada de reconvención, para seguir con la costumbre en el nombre.” (ZUMAETA MUÑOZ; 2009; pp.224)

En el mismo sentido, el doctor LOVÓN SANCHEZ precisa las

diferencias de la reconvención con la contrademanda, indica que:

La reconvención es el género, pues en otros sistemas jurídicos la pretensión que contiene la reconvención es absolutamente independiente y por ende no necesita tener conexión con la pretensión de la demanda.

En tanto que, la contrademanda es la especie, que en el Perú se ha adoptado con el nombre de reconvención, puesto que en la contrademanda se exige conexidad entre la pretensión contenida en la demanda originaria y la nueva pretensión contenida en la contrademanda. (LOVÓN SANCHEZ; 2016; pp. 150)

Asimismo, nos parece interesante y claro la opinión expuesta por el doctor GONZALES LINARES, argumenta que:

En la práctica judicial se ha confundido a la reconvención al utilizarse vocablos como: “acción” (al decirse “interpongo la acción reconvencional”), “pretensión” (la pretensión reconvencional”) o “contrademanda”; lo cual considera erróneo ya que la reconvención simplemente es reconvención, y no requiere de tales vocablos, puesto que no es acción, pretensión ni contrademanda, sino que así como la demanda es del actor, a la demanda del demandado se le denomina reconvención. (GONZALES LINARES; 2014; pp.283 y 284)

Por consiguiente, concordamos que nuestro Código Procesal Civil ha regulado la contrademanda y no la reconvención en estricto.

Respecto a la **finalidad** que busca lograr el demandado al formular reconvención, se ha precisado que:

“Con la reconvención el demandado busca un pronunciamiento expreso

sobre la pretensión postulada en la sentencia, un pronunciamiento conjunto con la pretensión del actor. Por ello, [...] se resolverán en la sentencia, tanto la pretensión del actor como la del demandado, ambas al momento de decidir la Litis.” (HURTADO REYES; 2014; pp. 650)

Del párrafo antes citado podemos afirmar que el interés del demandado de interponer una reconvención, está fundado en aprovechar y tramitar en un mismo proceso dos controversias, que al final se resolverán en una sentencia única, evitándose así el incremento innecesario de sus trámites, así como el gasto inútil de recursos que provocaría la tramitación separada de los respectivos procesos.

C. Requisitos para su admisibilidad y procedibilidad.

En nuestro ordenamiento procesal peruano se han establecido los **requisitos** para formular exitosamente una reconvención en el artículo 445 del C.P.C; los que a su vez la doctrina ha sustentado con mayor detalle:

Al respecto el doctor ZUMAETA MUÑOZ declara lo siguiente:

“ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA RECONVENCION.- Es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. Es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. Caso contrario será declarada improcedente.” (ZUMAETA MUÑOZ; 2009; pp. 225)

El autor antes citado solo alude a los dos requisitos más importantes (competencia y vía procedimental), que de cumplirse, la reconvención formulada será admitida; no obstante existen también otros requisitos que deben tenerse en cuenta, son los siguientes:

- ❖ **La Competencia del Juez:** La reconvención debe corresponder a la competencia del juez que conoce la demanda. [...] (GONZALEZ LINARES; 2014; pp. 289)

Sin embargo, la reconvención no puede afectar la competencia del juez.

- ❖ **La Vía Procesal:** La vía procedimental es el trámite que debe seguir determinada pretensión en un proceso civil, la cual puede ser variada. [...] En los procesos que se tramitan en la vía sumarísima [...] y en los procesos únicos de ejecución [...] **no resulta viable la reconvención**, [...].

En los procesos de cognición en los que **si resulta viable la reconvención** son los de conocimiento y abreviados, por lo cual, si se postula una reconvención en estos procesos, la misma debería ser tramitable en la misma vía originaria, [...], sin embargo, en la práctica se [...] permite en algunas circunstancias, aun cuando la vía procedimental es diferente a la que se usa para tramitar la pretensión del actor que se admita a trámite la reconvención. (HURTADO REYES; 2014; pp. 662 y 663)

En efecto, la reconvención no debería afectar la vía procedimental originaria, y asimismo cabe señalarse que actualmente en el proceso abreviado de tercería es improcedente.

- ❖ **Legitimidad Activa:** Quien puede reconvenir es solo el demandado. Es inadmisibile la reconvención de tercero o extraño al proceso. Asimismo no es viable reconvenir contra un demandado (codemandado). (GONZALEZ LINARES; 2014; pp. 288)

- ❖ **La Reconvención se interpone en el mismo escrito que se contesta la demanda:** Es la única oportunidad procesal que tiene el demandado. Debe ser interpuesta en forma y con los mismos requisitos previstos para la demanda. (GONZALEZ LINARES;

2014; pp. 289)

El escrito de reconvención debe ser presentado en el mismo cuerpo del de la contestación, mediante la figura del OTROSI DIGO u otra similar u análoga, constituyéndose ésta en una demanda autónoma e independiente de la interpuesta por el demandante primigenio. (RIOJA BERMUDEZ; 2011; pp. 258)

❖ **La reconvención debe ser expresa:** Esto implica que si el demandado reconviene tendrá que expresarlo de esa forma en su escrito de contestación de demanda, es decir, que debe indicar que lo que pretende es postular una nueva pretensión en el proceso. (HURTADO REYES; 2014; pp. 661)

❖ **Conexidad o vinculación entre las pretensiones:** Es un requisito exigible para la procedencia de la reconvención.

Se acumulan estas pretensiones (la de reconvención con la de la demanda) cuando se presentan elementos comunes del proceso, por un lado, la conexidad se puede presentar por los sujetos que participan en él, se trata de los mismos sujetos involucrados en el proceso[...], se le llama **conexidad subjetiva**. (HURTADO REYES; 2014; pp. 661)

Por otro lado, tenemos la **conexidad objetiva**, que está relacionada a la pretensión. Como es de verse este requisito de conexidad también es importante puesto que esta vinculación es la que hace viable que ambas pretensiones (de la demanda y la reconvención) se resuelvan de manera conjunta en un mismo proceso, porque alguna situación las conecta.

D. Plazos de tramitación en el proceso abreviado.

El maestro RIOJA BERMUDEZ (2011) precisa:

TRAMITE: [...] existe simultaneidad en la presentación tanto de la demanda como de la contra demanda (reconvención) [...] Respecto del plazo para su interposición el Código Procesal Civil ha señalado que (...) en los procesos abreviados dentro del décimo día (art. 491, inc. 5). El traslado de la reconvención se confiere en el plazo y en la forma establecida para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en única sentencia. (RIOJA BERMUDEZ; 2011; pp. 262)

Conforme lo indica el autor precitado, nuestro Código Adjetivo en el artículo 491 ha establecido el plazo de diez días para que el demandado pueda reconvenir en la vía abreviada, asimismo el demandante tiene el plazo de diez días para absolver el traslado de la reconvención.

Posteriormente el Juez tiene diez días para expedir el auto de saneamiento, luego la audiencia de pruebas se lleva a cabo dentro de los veinte días siguientes a la fijación de los puntos controvertidos por el Juez.

Seguidamente se realiza, si así lo requiere el caso, dentro de cinco días una audiencia especial y complementaria. Finalmente se concluye el proceso con la expedición de la sentencia dentro de los veinticinco días de culminada la audiencia de pruebas. Los litigantes tienen cinco días para apelar dicha sentencia.

E. ¿Qué efectos jurídicos genera la reconvención?

Al respecto, la doctrina ha concurrido en señalar que una vez admitida la reconvención, esta produce los siguientes efectos principales:

Según el doctor GONZALEZ LINARES:

- Se da la ampliación del objeto del proceso, ya que con la

interposición de la reconvención se incorpora un nuevo e independiente objeto, que produce los mismos efectos que la demanda principal.

- La reconvención no queda suspendida por el desistimiento de una o de todas las pretensiones de la demanda principal.
- Una sentencia única, en la que el juez tendrá la obligación de pronunciarse y resolver respecto de cada una de las pretensiones que contiene la demanda principal y la reconvención.
- Los costos y las costas del proceso se aplican al demandado vencido en la demanda o en la reconvención. (GONZALEZ LINARES; 2014; pp. 294 y 295)

Asimismo el maestro HURTADO REYES precisa que:

- Produce una litispendencia, puesto que ya no se podrá postular en nuevo proceso la misma pretensión reconvencional.
- El actor puede postular contra la reconvención la excepción de cosa juzgada, si la pretensión reconvencional ya fue discutida y resuelta en otro proceso.
- La nueva pretensión en conjunto con la pretensión originaria se acumulan, se deben discutir, probar y resolver en forma conjunta. (HURTADO REYES; 2014; pp. 666)

En palabras del doctor ZUMAETA MUÑOZ:

- El actor se convierte en demandado y este en actor, pero a cada uno compete probar los hechos alegados en sus pretensiones.
- No es procedente reconvención de reconvención, porque de lo contrario el proceso se haría infinito.
- Se prorroga la competencia del juez.
- Paraliza la demanda principal, mientras se contesta la reconvención. (ZUMAETA MUÑOZ; 2009; pp. 226)

Así también el procesalista RIOJA BERMUDEZ acota que:

“La reconvención origina la acumulación de procesos, toda vez que demanda y reconvención han de tramitarse y resolverse en un solo proceso y mediante una única sentencia.” (RIOJA BERMUDEZ; 2011; pp. 263)

A continuación pasamos a desarrollar algunas interesantes cuestiones dejando abierta la posibilidad que dentro del proceso de tercería de propiedad el acreedor demandado pueda discutir y probar la mala fe del tercerista, haciendo uso de la reconvención.

4.3. ¿Quién y contra quien se podría reconvenir en el proceso de tercería de propiedad?

Tal como se viene afirmando en el presente trabajo de investigación, actualmente existe una limitación legislativa para formular reconvención dentro del proceso de tercería de propiedad, no obstante consideramos que dicha proscripción no debe ser aplicada a este proceso, a fin de ofrecer al acreedor embargante mediante vía reconvención una tutela jurisdiccional más adecuada contra la mala fe del tercerista, quien actúa muchas veces en connivencia con el deudor codemandado.

Ahora bien como se ha señalado anteriormente, el proceso de tercería de propiedad es tripartito, siendo que participan tres partes procesales: el tercerista (como demandante), el acreedor afectante (como codemandado) y el deudor ejecutado (como codemandado); es decir el tercerista dirige la demanda contra los dos últimos.

Así entonces, teniendo en cuenta lo indicado por el autor ZUMAETA MUÑOZ, al señalar que solo el demandado puede contrademandar. El actor está prohibido de realizar dicho acto procesal.” (ZUMAETA MUÑOZ; 2009; pp. 225)

En este sentido, podemos advertir que de darse la posibilidad de habilitarse legalmente el uso de la reconvención dentro del proceso de tercería, claro está que a quien le correspondería reconvenir es a cualquiera de los dos demandados (ya sea el acreedor o el deudor) ; no obstante, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, la parte demandada más interesada y afectada en un proceso de tercería de propiedad siempre es el acreedor afectante, ya que recurrentemente el tercerista actúa en connivencia con el deudor e interpone la demanda de tercería solo para estropear la satisfacción de su crédito.

Por consiguiente es el acreedor afectante quien tendría primordialmente el interés para interponer en su escrito de contestación de demanda, una reconvención contra el tercerista demandante (supuesto propietario del inmueble embargado), introduciendo entonces una nueva pretensión al proceso mediante esta vía.

4.4. Un análisis sobre las alegaciones, la pretensión y medios de prueba del acreedor afectante.

Antes que nada cabe precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema sustenta sobre tercería de propiedad, que:

“la tercería de propiedad es la pretensión que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena, y tiene como finalidad la desafectación del bien”. (Casación N° 991-1998-Huánuco)

En este sentido, se puede afirmar que en el proceso de tercería de propiedad; el tercerista como supuesto propietario del bien afectado por el embargo es quien ejercita el derecho de acción, que se encuentra materializado en la demanda que contiene como pretensión: el levantamiento del embargo trabado sobre el inmueble que alega ser de su propiedad.

Es así que, ante la pretensión del tercerista los demandados (acreedor afectante y

deudor) hacen uso de su derecho de contradicción al contestar la demanda de tercería de propiedad, ya sea afirmando, contradiciendo o alegando nuevos hechos en dicho escrito; consecuentemente, así como el tercerista demandante anexa medios probatorios a su demanda los codemandados también introducen las pruebas pertinentes al proceso en la contestación de la demanda, por lo que ambas partes procesales dentro el proceso de tercería de propiedad tienen el derecho a probar.

De este modo, resulta necesario tener presente lo indicado por la Corte Suprema en la sentencia de Casación N° 2755-2017-Moquegua:

“OCTAVO.- [...], en nuestro ordenamiento jurídico “la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”, entendiéndose que el contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se ofrezcan, admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa.”

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico la tercería de propiedad es un proceso abreviado de carácter especial reglado desde los arts. 533 al 539 del CPC; sin embargo no por ese plus de especialidad deja de ser un proceso plenario; puesto que como lo ha precisado la doctrina y jurisprudencia que se ha citado en el presente trabajo de investigación, no existe límites para las alegaciones de las partes, y por ende tampoco debe mediar límites para los medios probatorios que pueden ofrecer tanto el tercerista (demandante) y el acreedor afectante (codemandado) , ya que el deudor resulta ser el sujeto procesal que por lo general afirma las pretensiones del tercerista por actuar en contubernio con éste.

Ahora bien, cabe recordar que la realidad jurisprudencial reflejada en las sentencias que han sido materia de análisis, nos ha permitido esbozar que el

acreedor afectante puede sustentar diversas alegaciones y ofrecer diferentes medios probatorios, según el caso materia de controversia, a fin de ejercer su derecho de defensa mediante la contestación de la demanda.

Sin embargo; si dejamos abierta la posibilidad de que éste (el acreedor afectante demandado) pueda discutir la conducta fraudulenta del tercerista planteando sus alegatos y pruebas mediante una reconvención dentro del mismo proceso de tercería de propiedad, tendríamos que :

4.4.1. Las alegaciones del acreedor afectante en la reconvención Estarían básicamente dirigidas a cuestionar la titularidad del bien que argumenta ser propietario el tercerista, así como la validez y/o eficacia de los actos en que se basa la adquisición del tercerista.

En este sentido podría alegar: una venta simulada (un supuesto de simulación) o que el tercerista no ocupa el inmueble sino el deudor y por lo tanto, este último ha dispuesto a título gratuito del bien para evitar el pago de la acreencia a favor del demandante acreedor (caso de fraude a los acreedores).

Al respecto, el doctor RONQUILO PASCUAL, defensor de la teoría del uso de la reconvención en el proceso de tercería indica que:

“Ciertamente es que la invalidez y/o la ineficacia del título del tercerista podría hacerse valer en vía de acción, pero, también podrían ser materia de cuestionamiento dentro del propio proceso de tercería de propiedad, [...], de manera que los cuestionamientos al título del tercerista puedan realizarse vía reconvención”. (RONQUILO PASCUAL; 2017; pp. 77 - 79)

4.4.2. La pretensión del acreedor afectante en la reconvención, sobre este punto el autor precitado agrega que:

“Si el tercerista sustenta su pretensión (liberar el bien del embargo) en un contrato simulado o en un contrato fraudulento que lo único que busca es evitar el remate del bien y burlar el pago de una obligación, resulta legítimo que el acreedor pueda cuestionar, la invalidez (por simulación) o la ineficacia (propia de la acción revocatoria) de dicho contrato, para cuyo éxito se tendrá que acreditar la mala fe del adquirente (el tercerista).” (RONQUILO PASCUAL; 2017; pp. 77)

De lo anterior, podemos colegir que la pretensión contenida en la reconvencción del acreedor demandado seria:

- La nulidad del título del tercerista porque emerge de un contrato simulado, y por ende es nulo. O
- La inoponibilidad del título del tercerista porque nace de un contrato fraudulento.

4.4.3. Sobre los medios de prueba del acreedor afectante.

El sector de la doctrina que plantea esta teoría de la reconvencción, sustenta que:

No existen restricciones a nivel de las pruebas en el proceso de tercería de propiedad, por ende el acreedor embargante podría aportar cualquier medio probatorio dirigido a acreditar la mala fe del tercerista, y es un error decir que por encontrarnos ante un proceso abreviado como en efecto es la tercería, no es posible acreditar la mala fe de alguna de las partes; pues cualquier medio probatorio que se pueda ofrecer y actuar en un proceso de conocimiento propiamente dicho, puede serlo también en un proceso abreviado. Y eso no desnaturaliza a la tercería al punto de convertirla en un proceso de cognición. (RONQUILO PASCUAL; 2017; pp. 78)

Asimismo, el autor precitado indica que:

“Es más, en algunos casos de ineficacia del contrato, ni siquiera será necesario probar la mala fe sino que será suficiente con que exista una dificultad para la satisfacción del crédito, nos referimos a los casos en donde le bien sale del patrimonio del deudor por medio de contratos celebrados a título gratuito”. (RONQUILO PASCUAL; 2017; pp. 77)

De este modo, podemos colegir también que los medios de prueba que puede ofrecer el acreedor demandado haciendo uso de una reconvención, involucra:

Todo documento que pruebe la posesión cuando el acreedor quiera acreditar los actos simulados, (como recibos de pago del impuesto predial, constancia de registro municipal, declaraciones juradas de autoevaluó, un reporte de Reniec, recibos de agua y luz, partidas de nacimiento, entre otros según lo requiera el caso controvertido), así como también podría ofrecer declaraciones testimoniales, solicitar pericias (grafo técnicas) e incluso podría solicitar una inspección judicial, ya que la tercería de propiedad se tramita en una vía procedimental abreviada, nada lo impediría.

Finalmente hay que considerar lo señalado por el maestro GONZALEZ NERIO:

“a ello se puede agregar que la admisión y la actuación de los medios probatorios que contiene la reconvención se realizan independientemente, con el objeto de acreditar las pretensiones que contiene tanto la demanda como la reconvención”. (GONZALEZ NERIO; 2014; pp. 295)

4.5. ¿Afectaría la vía procedimental y la competencia del Juez el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad?

Como se ha visto, para la admisión de la reconvención es necesario que ésta no perjudique la vía procedimental ni la competencia del juez que conoce la demanda.

Con referencia al proceso de tercería de propiedad, cabe resaltar que actualmente la prohibición legal (artículo 490 del C.P.C) de la reconvención, es la que precisamente la torna en improcedente en nuestro orden jurídico procesal; razón por la que podemos afirmar que con la vigente regulación del proceso de tercería de propiedad es complicado poderla implementar, por ende es preciso realizar reformas legislativas al respecto, que permitan la adecuación de esta institución procesal.

No obstante, es menester que previamente analicemos la vía procesal y la competencia; dejando abierta la posibilidad de implementarse la reconvención dentro del proceso de tercería de propiedad.

❖ **Respecto a la Vía Procedimental.**

Debemos tener en cuenta que la vía procesal de la demanda del acreedor afectante (la reconvención) debe ser tramitada en la misma vía procesal de la demanda del tercerista., conforme se ha indicado anteriormente.

Por lo tanto, si la demanda del tercerista se tramita en vía procedimental abreviada, entonces corresponde que la reconvención planteada por el acreedor demandado también debe ser tramitada dentro de la vía procesal abreviada.

Ahora bien, cabe preguntarnos si las pretensiones del acreedor demandado que ya han sido mencionadas en el rubro anterior, podrían ser factibles de tramitarse y ser conocidas por el Juez en un proceso abreviado.

Nosotros consideramos que en efecto el uso de la reconvención no afectaría la vía procedimental, sería posible en la medida que la tercería de propiedad como se ha señalado, a lo largo del presente trabajo de investigación, es un proceso pleno y sin restricciones para las partes procesales quienes pueden alegar y probar libre y ampliamente los hechos de la controversia.

Asimismo, cabe destacar que incluye y hace atendible también la pretensión del acreedor demandado, donde solicita la nulidad basado en un supuesto de simulación (donde no hay nulidad manifiesta), ya que como es sabido nuestra legislación no le ha asignado expresamente a la nulidad de acto jurídico una vía procesal propia, razón por la cual deja su tratamiento a criterio del Juez.

En este sentido, sería un error pretender afirmar que la nulidad de acto jurídico debe tramitarse solo en la vía procesal más lata, y por ende de conocerse dicha pretensión en un proceso de tercería vía reconvención implicaría desnaturalizar el proceso de tercería de propiedad al convertirlo en un proceso de conocimiento. No consideramos esto correcto, por las razones ya esgrimidas.

❖ **Respecto a la Competencia del Juez.**

Hay que tener presente que en términos generales para conocer la pretensión contenida en la reconvención, el Juez competente es el que conoce la pretensión principal de la demanda.

Ahora bien, hoy en día tenemos que la demanda de tercería de propiedad se interpone ante el juez del proceso en el que se intervino (artículo 534 del C.P.C); dicho de otro modo, el juez competente para conocer demandas de tercería de propiedad, es el juez de la ejecución que trabó el embargo, por ser quien conoce la pretensión principal (el levantamiento de la medida cautelar)

De este modo, podemos inferir que la pretensión que contiene la

reconvención formulada por el acreedor demandado contra el tercerista, debería ser conocida por el juez que ordenó la afectación del inmueble materia de embargo, pudiendo tratarse de un Juez especializado en lo Civil (incluyendo las competencias que se derivan de la materia civil, como el Juez Comercial y el Juez de familia) o un Juez de Paz Letrado, así como también hay que tomar en cuenta que la pretensión de un proceso de tercería puede derivarse hasta de un Juez Laboral o Juez Penal; sin embargo, al respecto quepa cuestionar si cada uno de estos juzgados podrían resolver con idoneidad la pretensión de la demanda del acreedor (por ejemplo: la nulidad del título del tercerista por simulación), ya que la naturaleza de dichas pretensiones es exclusivamente civil; razón por la que consideramos que no todas estas instancias judiciales resolverían de forma adecuada dicha pretensión .

Por consiguiente podemos concluir al respecto, que tomando en cuenta el criterio de **competencia por razón de la materia**, dentro del contexto legal actual que rodea al proceso de tercería de propiedad el uso de la reconvención por el acreedor dentro del mismo proceso, no sería procedente por afectar la competencia del juez que conoce sobre tercería (conforme a lo establecido en el artículo 534 del C.P.C), pues evidentemente la competencia de todos los juzgados que podrían conocer una demanda de tercería de propiedad (como los antes mencionados) no alcanza para conocer la pretensión que contiene la reconvención por razón de que ésta tiene una naturaleza compleja, por tanto esta sería desestimada liminarmente.

Asimismo el otro criterio de competencia que debe tomarse en cuenta para establecer si cumpliría la reconvención con este requisito es el de **competencia por cuantía**, ya que éste criterio junto con el criterio de materia están vinculados propiamente a la pretensión. Ello significa

que, la pretensión que formule el acreedor afectante vía reconvención debe respetar la competencia del juez por el quantum de la demanda.

Así también el doctor HURTADO REYES acota lo siguiente:

Puede admitirse la reconvención cuando la misma es de suma menor a la que se discute como pretensión de la demanda, [...] Si la reconvención presenta una cuantía superior a la que tiene el juez de la demanda, la misma debería ser desestimada. (HURTADO REYES; 2014; pp. 664 y 665)

De lo antes expuesto tenemos que la pretensión de la reconvención (por ejemplo: la nulidad del título del tercerista por simulación o la ineficacia de dicho título) probablemente puede que tenga un valor patrimonial mayor a la pretensión de la demanda de tercería, dado que éstas son conocidas generalmente por un Juez Civil, en consecuencia no sería admitida la reconvención si la pretensión principal de la demanda está siendo conocida por un Juez de Paz Letrado.

4.6. Postura acerca del Juez competente que debería conocer las pretensiones de tercería de propiedad.

Como se ha señalado al inicio del presente trabajo de investigación, en un tiempo pasado nuestro código procesal vigente no se había pronunciado sobre quién era el juez que debería conocer una pretensión de tercería de propiedad, por consiguiente la demanda de tercería se interponía ante Jueces distintos al de la ejecución que no habían dictado el embargo, aplicándose entonces las reglas generales de competencia que se aplican a toda demanda nueva.

Posteriormente la ley procesal ha designado como juez competente para conocer demandas de tercería de propiedad, al juez de la ejecución que trabó el embargo, por ser quien conoce la pretensión principal (el levantamiento de la medida

cautelar), de donde se tiene que:

La pretensión de tercería de propiedad puede derivarse de un proceso de carácter civil (como de obligación de dar suma de dinero o de indemnización de daños y perjuicios), laboral (donde se ventile una pretensión de carácter privado sobre pago de beneficios sociales), familiar (cuando en un proceso de alimentos se embarga el bien del demandado) y hasta penal (si se afecta con embargo los bienes del imputado).

Siendo así, el Juez competente para conocer y resolver una pretensión de naturaleza netamente civil como la de tercería de propiedad puede ser un Juez civil (especializado en comercial, familiar, civil) así como un Juez Laboral; de quien creemos al igual que un Juez de Familia no resolverían acertadamente una pretensión de tercería compleja donde exista fraude y malicia, debido a que son juzgados especialistas en resolver pretensiones donde no se discute sobre propiedad, caso contrario un juez especializado en lo civil sí podría resolverlo de manera más adecuada, dada la naturaleza de la pretensión.

Así también cabe traer a colación que, la única excepción a la regla de competencia en tercería fijada en el segundo párrafo del artículo 534 del C.P.C, la constituye el supuesto de un embargo dispuesto por un Juez Penal, en donde el juez competente para conocer de las tercerías es el juez civil según lo dispuesto en el Nuevo Código Procesal Penal (artículo 308 inciso 2.), lo que para algunos en la práctica resulta en inconvenientes.

Ahora bien, en atención a los argumentos antes esgrimidos nosotros consideramos que es crucial tener en cuenta que los conflictos de tercería de propiedad exigen una solución típicamente basada en problemas de propiedad, ahora frente a la incursión del fraude en dicho proceso no cabe duda que la pretensión se torna compleja, es por ello que la solución adecuada para un caso concreto de tercería va más allá de que el juez se avoque únicamente a verificar fechas en los

documentos presentados por las partes , sin tomar en consideración los hechos y pruebas que indican un actuar malicioso del tercerista –tal como lo demuestra la realidad jurisprudencial-.

En este sentido, creemos que es importante cuestionar en este apartado final **¿por qué razón el Código Procesal Civil de 1993 estableció que la demanda de tercería de propiedad sea interpuesta ante el juez que conoce la pretensión del proceso principal?** Obviamente sería ilógico pensar que el legislador consideró que en efecto, el único juez capaz para resolver sobre los procesos de tercería sería el juez que conoció el ejecutivo, y por tanto un juez especializado en lo civil no es capaz para resolver dichas pretensiones porque no tiene conocimiento de todo el proceso principal, pensar así no es razonable.

Por ello, es menester descubrir **¿cuál es el criterio o justificación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 534 del C.P.C?** al respecto podemos indicar que remontándonos a los argumentos de la doctrina que hemos citado en los primeros capítulos al tratar sobre la competencia en el proceso de tercería, podemos colegir que el segundo párrafo del presente dispositivo legal se introdujo porque finalmente consideraron más conveniente que el juez que está conociendo la pretension principal (el que dictó el embargo) se le proporciona mejores condiciones para resolver también la pretension derivada como es la de tercería de propiedad, y por ende solo ese juez puede conocerla, evitándose también de esta manera las sentencias contradictorias.

Nosotros consideramos que lo anterior es una lógica correcta que de alguna manera intenta introducir la mejor solución a la pretension del proceso de tercería de propiedad; sin embargo, quizá no resulte una razón suficiente.

Asimismo cabe resaltar que en el asunto de la competencia del proceso de tercería de propiedad también hay que observar lo dispuesto en el artículo 488 del C.P.C, norma que en si realiza una distribución por cuantía y cuyo tenor indica:

“[...] Los Juzgados de Paz Letrados son competentes cuando la cuantía de la

pretensión es mayor de cien y hasta quinientas Unidades de Referencia Procesal; cuando supere este monto, los Jueces Civiles.”

Así, por ejemplo: Tenemos un inmueble “A” valorizado en S/. 207,500.00, y otro inmueble “B” valorizado en S/. 300,000.00 luego, tomando en cuenta que la pretensión de la demanda es de tercería de propiedad, entendemos que la vía procesal en la que corresponde ser tramitada será el proceso abreviado.

Por lo tanto, de nuestro ejemplo tenemos que la pretensión de tercería del inmueble “A” (S/. 207,500.00) sumamente compleja de hasta 500 URP, la resolverá el Juez de Paz Letrado.

Y por otro lado, tenemos que la pretensión de tercería del inmueble “B” (S/. 300,000.00) sumamente sencilla, donde todo está claro para resolver, por ser mayor a 500 URP, la resolverá el Juez Civil.

Ahora bien, ¿lo anterior es lógico y técnico? para nosotros no lo es, lo que quiere la ley es atribuirle a cada pretensión de tercería de propiedad el Juez que considera idóneo y capaz para que la conozca adecuadamente; pues está claro que en un proceso de tercería de propiedad no se va a discutir montos (como si se hace en un proceso de obligación de dar suma de dinero, donde la competencia del juez de paz letrado o civil deriva del monto del petitorio), se va a discutir sobre la propiedad, la médula del derecho civil y el fundamento de todo proceso de tercería de propiedad, conforme lo establecido por el artículo 533 del C.P.C. Es por ello que cabe preguntarnos **¿a qué juez estamos atribuyendo la pretensión más importante del derecho real?**

Por consiguiente, consideramos que la distribución por cuantía de la competencia que ha hecho predominar nuestra legislación procesal en el proceso de tercería, tal vez encuentre justificación en que el legislador ha asociado claramente que la pretensión de tercería por lo general se deriva de la pretensión ventilada en un proceso ejecutivo donde si importan los montos (lo cual no es determinante en la realidad practica); no obstante, en el proceso autónomo y especial de tercería el

monto del bien inmueble no tiene nada que ver sino la propiedad de éste , porque la cuantía no garantiza que una pretensión sea o no compleja.

Por ende, considerando que la tercería en su naturaleza es una pretensión compleja, cuando el fraude se presenta incrementa su complejidad, y asimismo tenemos que con la propuesta de investigación de incorporar la reconvención, prácticamente se tornará más compleja. Es por ello, que pensamos que **la complejidad de la pretensión es la que debe definir quien conoce la pretensión de tercería de propiedad, y no la cuantía.**

Tomándose más en cuenta en adelante, el criterio de la materia, por ende la competencia del juez que va a resolver el conflicto jurídico se determinaría en atención a la naturaleza de la pretensión, dada su complejidad. Finalmente, **¿quién podría ser el juez indicado para hacerlo?** nuestro vigente Código Procesal Civil en el artículo 5²⁴ ha establecido que todas las pretensiones complejas las puede conocer el Juez Civil al margen de la vía procedimental, sea ésta abreviada o sumarísima.

En este sentido, si asumiríamos en la tercería de propiedad el criterio de la complejidad de la pretensión para determinar la competencia, necesariamente debería conocerla un **Juez Civil**, y no por razón de que los demás jueces (como el comercial, paz letrado, laboral etc) no sean capaces e idóneos para hacerlo, sino porque consideramos que debe predominar el hecho de que la ley pretenda atribuir la mejor solución a una determinada pretensión.

4.7. Ventajas y Desventajas de implementar la reconvención.

Si dejamos abierta la posibilidad de que dentro del proceso de tercería de propiedad el acreedor afectante pueda reconvenir, es menester que apreciemos antes que nada, los beneficios que de alguna manera aportaría la incorporación de este importante mecanismo procesal al proceso en mención, para luego distinguir

²⁴ El artículo 5 del C.P.C establece que: "Corresponde a los órganos jurisdiccionales civiles el conocimiento de todo aquello que no está atribuido por la ley a otros órganos jurisdiccionales".

también sus desventajas.

❖ **Ventajas de la Reconvención.**

Al respecto, el procesalista RIOJA BERMUDEZ opina en forma interesante y precisa que:

“[...] el beneficio de esta institución está dado porque permite tramitar en un solo proceso dos pretensiones directamente vinculadas, es decir con un nexo en común que permita expedir una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada para los intervinientes en el proceso. La inexistencia de esta relación de interdependencia permitiría que se tramite un proceso con acciones opuestas y excluyentes que generan un mayor costo económico y una pérdida de tiempo.”

(RIOJA BERMUDEZ; 2011; pp. 267)

Asimismo cabe mencionar lo acotado por el jurista GONZALEZ LINARES, quien sostiene que:

La reconvención radica en:

- a. La economía procesal (que implica economía de dinero, de tiempo y de esfuerzo)
- b. Evitar la multiplicidad de procesos;
- c. Evitar resoluciones o sentencias contradictorias; y,
- d. Propender a la acumulación de pretensiones por reconvención.

(GONZALEZ LINARES; 2014; pp. 287)

De igual modo, el maestro HURTADO REYES expresa que:

“La reconvención admitida [...] impone el deber del juez de emitir pronunciamiento plural en la sentencia, lo que implica que debe resolver

ambas pretensiones, la de la demanda y la de la reconvención. Caso contrario la sentencia se encontrara afectada de incongruencia.” (HURTADO REYES; 2014; pp. 655)

En razón de los argumentos antes indicados, en síntesis podemos afirmar que de ser posible el planteamiento de una reconvención en el proceso de tercería por el acreedor demandado, en efecto ofrecería de por sí distintos beneficios, considerando como principal el hecho de que si la ley expresamente facultara reconvenir en una tercería de propiedad, entonces el juez necesariamente va a tener que pronunciarse y evaluar medios probatorios en relación a la pretensión que formule el acreedor afectante en su demanda (ya sea la invalidez del título del tercerista en situaciones simuladas, o la ineficacia de los actos que sustentan la adquisición del tercerista) en una sola sentencia sobre esta pretensión derivada y la principal (la pretensión del tercerista demandante), teniendo esta resolución la calidad de cosa juzgada, obteniéndose de esta manera una solución judicial más adecuada y cercana al sentido de justicia, pues se evitarían resoluciones contradictorias, y sobre todo los órganos jurisdiccionales ya no tendrían que obligar al acreedor afectante a iniciar en otras vías más extensas nuevos procesos que solo complican su situación y no le permiten gozar de una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

❖ Desventajas de la Reconvención.

En referencia a las desventajas de nuestra propuesta de investigación, se tiene que la reconvención le añadiría al proceso de tercería de propiedad un plus más de complejidad, tomando en cuenta que el juez tendrá la obligación de pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones tanto del tercerista demandante y la del acreedor demandado, pero en contraste se obtendrían todas las ventajas antes precisadas.

No obstante; hay que descartar que dicha complejidad sería un indicador de que la duración del proceso de tercería de propiedad podría tornarse en demasiado lento o casi eterno, pues hay que recordar que se tramita en una vía procesal de duración intermedia, además nosotros creemos que ello podría evitarse si se hacen cambios legislativos respecto a la competencia y se le asigna en adelante la solución de las pretensiones de tercería al juez especialista en el conocimiento de pretensiones complejas.

Los beneficios y desventajas expuestos, también han sido esquematizados en forma didáctica, en una tabla que el lector puede verificar en el (ANEXO I)

CAPÍTULO

III

ANÁLISIS Y RESULTADOS DE DATOS

En el presente capítulo realizaremos el análisis de datos y resultados estadísticos que luego nos permitirán contrastar la hipótesis de nuestra investigación, cabe indicar que a fin de facilitar dicha labor, los datos extraídos han sido obtenidos de sentencias casatorias del año 2015 al año 2018 sobre pretensiones de tercería de propiedad incoadas con fines maliciosos y fraudulentos (cuya casuística ha sido descrita en el capítulo anterior), así como también de la opinión de la comunidad jurídica, plasmada en una entrevista a la cual se puede remitir para su verificación detallada (ANEXO II), la que ha sido aplicada a quince ciudadanos (entre abogados y jueces) del distrito judicial de Lambayeque, que representan los individuos de la muestra.

A continuación pasamos a detallar lo siguiente:

5.1. Descripción de la Población.

❖ Población y Ubicación (espacio-tiempo)

- Sentencias expedidas por la Corte Suprema de la República del Perú desde el año 2015 al año 2018.
- Abogados y Jueces del Distrito Judicial de Lambayeque.

❖ Muestra

- Seis sentencias casatorias.
- Quince personas entrevistadas.

5.2. Análisis y Resultados de datos.

5.2.1. Análisis de Datos extraídos de la Jurisprudencia.

A continuación como resultado de la aplicación de las técnicas que hemos seleccionado para recolectar datos, realizaremos el respectivo análisis de la jurisprudencia encontrada sobre el tema investigado, para lo cual se ha tenido

en consideración fallos de la Corte Suprema de la Republica los criterios expuestos por los órganos jurisdiccionales (Jueces, Salas Superiores y Corte Suprema) que serán recogidos en el siguiente cuadro comparativo:

CUADRO Nro. 01:

STC	EXPEDIENTE	FALLO QUE FAVORECE AL TERCERISTA FRAUDULENTO			PRONUNCIAMIENTO SOBRE MALICIA DEL TERCERISTA	OBSERVACION
		SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA	SENTENCIA DE VISTA	SENTENCIA CASATORIA		
a.	Casación N° 909-2008-Arequipa , declaró FUNDADO el recurso de casación	SI	NO	SI	Segunda instancia	En este caso podemos apreciar claramente la típica artimaña de cuando los terceristas transfieren simuladamente y en connivencia sus inmuebles embargados a un heredero forzoso (un hijo), con el único propósito de truncar el cobro del crédito por el acreedor. Sin embargo, la Corte Suprema conduce la solución –como es de apreciarse- a un mero conflicto de normas y por ende solo se limita a decidir que norma debe prevalecer, no obstante, reconoce ese “lado oscuro” del presente proceso de tercería por los hechos que ha advertido; pero aun así al resolver, termina ignorándolos porque los jueces inferiores han señalado que no está acreditada la connivencia entre el tercerista y sus padres demandados.
b.	Casación N° 2120-2013-Lima , declaró FUNDADO el recurso de casación	SI	SI	NO	Corte Suprema	Los jueces que conocen tercerías de propiedad optan por rechazar la pretensión del acreedor demandado que cuestiona el actuar malicioso y fraudulento del tercerista, enviándolo a demandar la nulidad a la vía pertinente, antes que realizar una sentencia debidamente motivada. No obstante, la Corte Suprema advierte analíticamente el latente actuar fraudulento de éstos con el objeto de frustrar la ejecución de la sentencia de obligación de dar suma de dinero.
c.	Casación N° 4823-2015-Lima , declaró FUNDADO el recurso de casación	NO	NO	NO	Instancias de mérito y Corte Suprema	Es importante resaltar lo establecido en esta casación, respecto a que no se debe amparar la propiedad no inscrita, cuando el tercerista con sus hechos evidencia que solo está usando el proceso de tercería de propiedad para lesionar el derecho de crédito del acreedor.

d.	Casación N° 841-2015-Lima , declaró INFUNDADO el recurso de casación	SI	SI	NO	No hubo pronunciamiento	Las instancias de mérito no analizaron con diligencia el hecho sospechoso de que el tercerista al ser pariente del ejecutado esté actuando en conjunto con éste, haciendo uso malicioso del proceso de tercería solo para salvar las acciones del ejecutado del embargo trabado, circunstancia que si es advertida en primera ocasión por la Sala Suprema, sin embargo; aunque la Corte suprema no favorece al tercerista, en esta sentencia no analiza como en otras ocasiones dicha relación de parentesco porque la Sala Superior ha indicado que no está probada la connivencia, razón por la que ignora esa circunstancia y emite un fallo que contradice en este extremo a sus anteriores decisiones
e.	Casación N° 4592-2015-Lima Sur , declaró INFUNDADO el recurso de casación	SI	NO	NO	Segunda Instancia y Corte Suprema	En la presente sentencia la Corte Suprema, de manera acertada establece al sustentar su decisión que las partes y el juez en el proceso de tercería, no tienen límites en materia de actuaciones judiciales para poder cuestionar la fecha cierta del título, la cual compartimos. Pues así como es relevante y necesario que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un medio idóneo, también es importante y necesario que los jueces realicen un adecuado y profundo análisis de los hechos que rodean al caso concreto que conocen, así como una correcta verificación también de las pruebas ofrecidas por la parte demandada más afectada con la interposición de la demanda de tercería
f.	Casación N° 2755-2017 Lima , declaró INFUNDADO el recurso de casación	SI	SI	NO	Corte Suprema	En esta reciente sentencia el Tribunal Supremo ha establecido que las instancias de mérito afectan con sus fallos el derecho a la tutela judicial efectiva y seguridad publica al no haberse revisado y/o evaluado el acervo documentario adjuntado en autos, señalando que el análisis de si el tercerista adquirió el bien materia de embargo, de buena o mala fe; así como la validez y eficacia de sus actos en que basa su adquisición, aun siendo cuestionada en la contestación de la demanda por el acreedor afectante, no se toma en cuenta como punto controvertido por las instancias judiciales , es decir los jueces no le prestan atención a estos hechos que suelen ser materia de controversia en un proceso de tercería de propiedad, razón por la cual al emitir sentencia, en sus fundamentos no se pronuncian sobre aquello que fue alegado por la parte demandada más perjudicada, quedando entonces este extremo malicioso sin resolver ni motivar adecuadamente dentro del proceso de tercería.

Habiendo revisado las sentencias que forman parte del análisis jurisprudencial, se evidencia que generalmente ante nuestros órganos jurisdiccionales pasa inadvertida la connivencia del tercerista, dado que no siempre hay un pronunciamiento motivado y coherente al respecto, siendo que los órganos jurisdiccionales por lo general deciden desviar dichas pretensiones del acreedor codemandado a la otra vía procesal (proceso de conocimiento), porque a pesar de encontrarse legislado que la tercería es un proceso abreviado, nuestra legislación procesal ha prohibido que el acreedor afectante pueda cuestionar mediante una reconvención el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad.

Asimismo procederemos a indicar que tomando como base los fundamentos esgrimidos de la Corte Suprema en las sentencias materia de análisis, queda establecido por la jurisprudencia que:

- En un proceso de tercería de propiedad no existe restricciones para las actuaciones judiciales y alegatos de las partes.
- Los jueces están en la obligación de resolver los conflictos de tercería de propiedad realizando un análisis profundo y sin omisión de los hechos alegados dentro del proceso, en igualdad de defensa tanto para el demandante y los demandados.
- Los órganos jurisdiccionales que conocen sobre tercería de propiedad vulneran el derecho a una debida motivación en sus resoluciones judiciales, así como el principio de congruencia al resolver la *litis* sin tener en cuenta las alegaciones y medios de prueba que ofrece el acreedor demandado, al discutir el actuar malicioso del tercerista demandante en el proceso de tercería de propiedad.

Por consiguiente, obtenemos que la justificación de nuestra propuesta de implementar la reconvención en el proceso de tercería de propiedad encuentra también en estos fallos de la Corte Suprema una base, siendo que estos fundamentos jurisprudenciales incorporan posiblemente la necesidad de implementar un mecanismo procesal más adecuado para posibilitar que dentro del mismo proceso de tercería, el derecho del afectante acreedor goce de una adecuada tutela jurisdiccional.

5.2.2. Resultados estadísticos obtenidos del análisis Jurisdiccional realizado sobre Jurisprudencia de la Corte Suprema.

Cabe hacer mención que los datos estadísticos obtenidos han resultado de un universo de las 06 sentencias expedidas por la Corte Suprema entre los años 2015 al 2018, para una mejor ilustración se hace a continuación un resumen del resultado obtenido:

CUADRO Nro. 02:

RESULTADO DE LA OPINIÓN DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y CORTE SUPREMA SOBRE EL ACTUAR MALICIOSO DEL TERCERISTA		
DECISIONES JUDICIALES QUE FAVORECEN AL TERCERISTA MALICIOSO	CANTIDAD	
	SI	NO
Fallos de Jueces de primera instancia	5	1
Fallos de Jueces de segunda instancia	3	3
Fallos de la Corte Suprema	1	5
RESOLUCIONES EN LAS QUE HUBO PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA MALICIA DEL TERCERISTA	SI	NO
En primera instancia	1	5

En la Corte Superior	3	3
En la Corte Suprema	4	2

De los resultados obtenidos podemos inferir que son los jueces de primera instancia los que menos se detienen en realizar un análisis diligente sobre los hechos y pruebas presentados en el proceso de tercería de propiedad ya que al parecer se limitan a verificar solamente la fecha cierta del título del tercerista, por esta razón presentan un mayor número de casos en los que han favorecido a un tercerista malicioso.

Sin embargo, los jueces de segunda instancia, como se puede apreciar no siempre terminan por resolver únicamente en base a la fecha cierta, se puede apreciar que la Corte Superior si ha logrado advertir estas actuaciones ilícitas del tercerista en algunos casos.

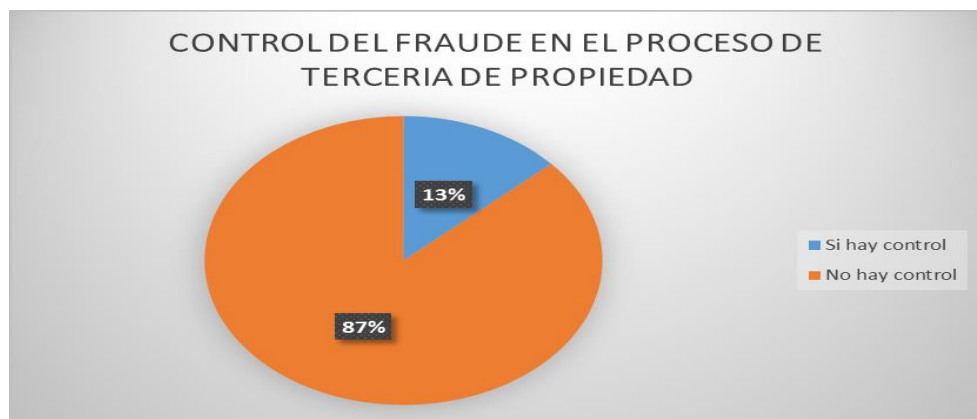
Finalmente la Corte Suprema como se aprecia, viene desempeñando un análisis adecuado sobre algunas pretensiones de tercería de propiedad fraudulenta.

5.2.3. Resultados estadísticos de la opinión de la comunidad jurídica

De nuestra muestra antes señalada, consistente en quince personas entrevistadas (abogados y jueces del Distrito Judicial de Lambayeque); se han obtenido los siguientes datos que han sido integrados en gráficos estadísticos, los que procedemos a analizar e interpretar como siguen:

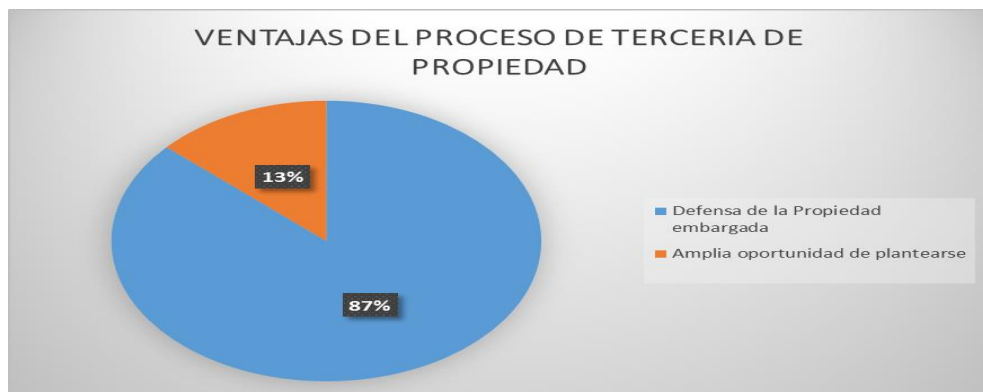
Aplicada la entrevista (ANEXO II) a las quince personas que representan el 100% de nuestra población antes mencionada, se pretendió así medir el conocimiento y percepción que éstas presentan sobre la tercería de propiedad como institución procesal; por lo que procedemos a mostrar los resultados estadísticos que a través de gráficos arrojan los siguientes productos:

1. ¿Considera usted que con la actual regulación del proceso de tercería de propiedad, hay un adecuado control en nuestro ordenamiento jurídico sobre el actuar fraudulento y malicioso del tercerista?



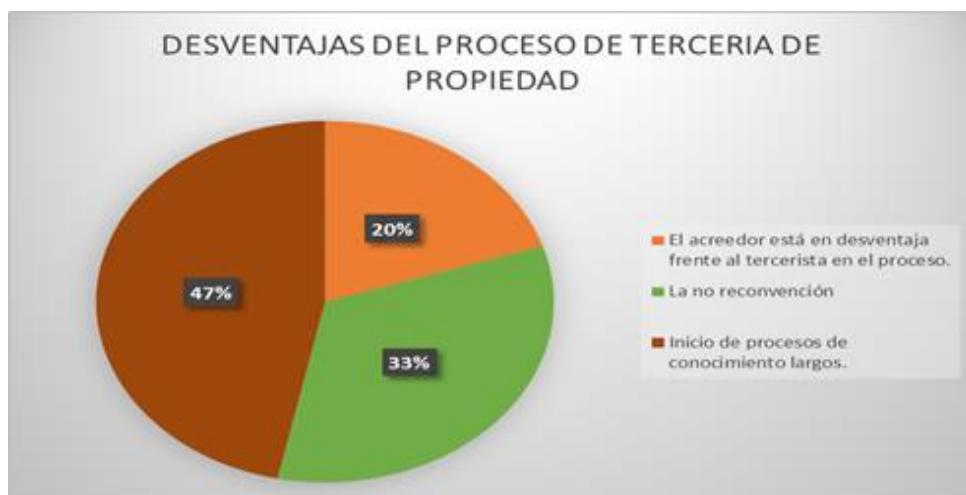
Lectura: La pregunta anterior realizada en torno a uno de los ejes de nuestro trabajo de investigación, como es el uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad, entiéndase que el 87% de nuestra población entrevistada es de la opinión que en el proceso indicado no hay un control adecuado sobre el fraude, y ello se traduce en un porcentaje grande de insatisfacción en los entrevistados; razón por la cual podemos afirmar que se evidencia que el proceso de tercería de propiedad tiene muchas falencias al respecto. En contraposición al 13% de entrevistados que consideran que si hay control adecuado sobre el fraude en dicho proceso.

2. En su opinión ¿cuáles son las ventajas y desventajas que presenta el proceso de tercería de propiedad en su tramitación en la vía procesal abreviada?



Lectura: Con la interrogante formulada lo que buscamos es saber si en la práctica judicial el proceso de tercería de propiedad presenta una tramitación fácil o engorrosa, considerando su naturaleza jurídica y las falencias técnicas que presenta en nuestro vigente CPC. En este sentido, respecto a las ventajas de su tramitación el 87% de la población entrevistada considera que la principal ventaja del proceso de tercería de propiedad es la defensa de la propiedad indebidamente embargada, en tanto que el 13% considera que lo ventajoso del proceso es la amplia oportunidad de plantearse.

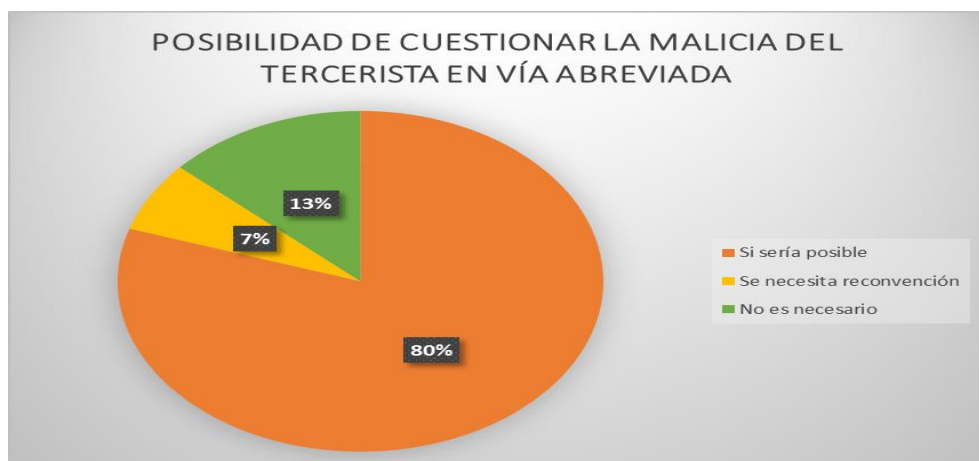
3.



Lectura: En cuanto a las desventajas del trámite realizado en el proceso de tercería de propiedad, el 47% de la población entrevistada declara como principal desventaja el inicio de procesos de conocimientos largos cuando se presentan en el escenario judicial situaciones de malicia y fraude por parte del

tercerista ya que al no poder cuestionarlas adecuadamente dentro del mismo proceso de tercería, deben buscar tutelar simultáneamente el derecho afectado en otra vía procesal. Seguidamente, como es de observarse un 33% de nuestros entrevistados considera como desventaja la no reconvención dentro del proceso de tercería de propiedad; opinando que por no estar habilitado su uso es que deben incrementar sus trámites iniciando otros procesos paralelamente al de tercería de propiedad. En tanto que el 20% consideran como negativo el hecho de que el acreedor está en una posición de desventaja frente al tercerista en el proceso, lo cual se refleja que este malestar de nuestra comunidad jurídica, evidencia que actualmente no está garantizado que el derecho de crédito del acreedor afectante recibe una adecuada tutela jurisdiccional dentro del proceso de tercería de propiedad en igualdad con el tercerista, pues ambos son partes de dicho proceso.

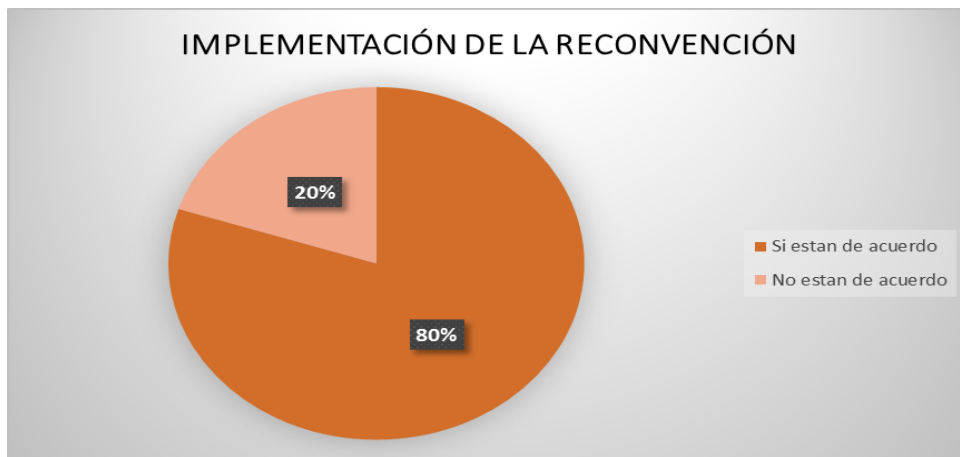
4. ¿Cree usted que sería una posibilidad viable que dentro del mismo proceso de tercería de propiedad (vía abreviada) el acreedor embargante pueda cuestionar y probar la malicia y validez del título del tercerista, sin tener que recurrir posteriormente a otro proceso judicial para defenderse?



Lectura: De la citada pregunta se obtuvo que el 80% de nuestra población de entrevistados opina que sí sería posible que el acreedor afectante cuestione la malicia del tercerista en un proceso abreviado, pues tiene una

duración intermedia. Caso contrario el 13% considera que no es necesario hacerlo en la vía abreviada porque actualmente se tramita dicha pretensión en una vía lata, y un particular 7% de los entrevistados considera que para que sea posible de manera efectiva se necesita habilitar la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, lo cual actualmente está prohibido.

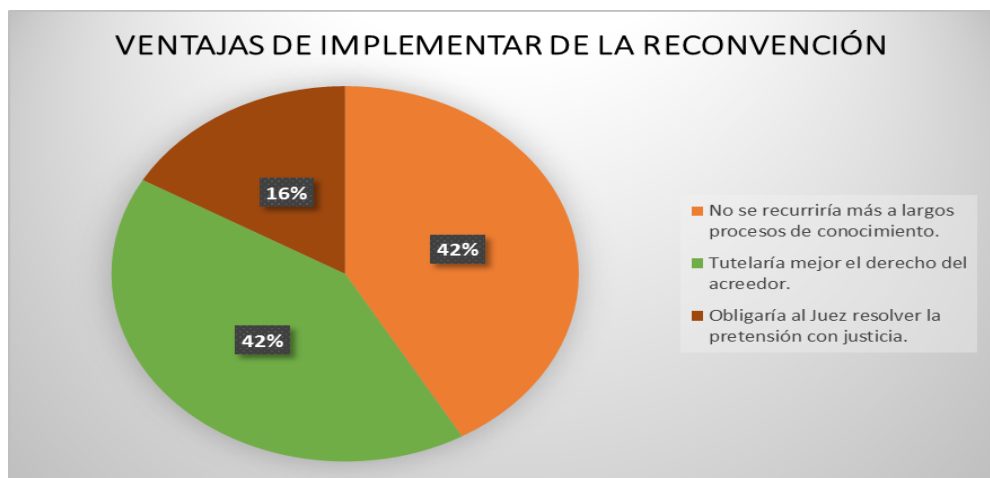
5. ¿Está usted de acuerdo con la implementación de nuevos mecanismos procesales como el uso de la reconvención, que innoven el proceso de tercería de propiedad, a fin de posibilitar una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor?



Lectura: Con la pregunta que antecede lo que se pretende es llegar a conocer el respaldo de la comunidad jurídica a la propuesta del presente trabajo de investigación respecto a la implementación de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, obteniendo una respuesta mayoritaria sobre el 80% de la población entrevistada que si está de acuerdo con la implementación de la reconvención a efectos de posibilitar que el derecho del acreedor afectante reciba una adecuada tutela jurisdiccional. En consecuencia cabe destacar que este porcentaje de la población representa a su vez los que están a favor de innovar el proceso de tercería de propiedad. En contraste al 20% de los entrevistados, que manifestaron no estar de acuerdo porque consideran que de algún modo lentizaría el proceso, lo que nos permite advertir que en este pequeño porcentaje de los operadores del derecho entrevistados existe el

equivoco pensar que de ser posible la implementación de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad se equipararía a uno de conocimiento.

6. ¿Desde su punto de vista y experiencia, cuales son las ventajas de usar la reconvención en la práctica judicial? ¿En su opinión, porque sería ventajoso implementar el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad?



Lectura: Finalmente la pregunta antes mencionada se formula a fin de llegar a determinar si al posibilitarse el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad este mecanismo procesal goza realmente de beneficios importantes que permitan mejorar principalmente, la tutela efectiva del derecho del acreedor afectante en el mismo proceso de tercería en un plano de igualdad frente al derecho de propiedad del tercerista, disminuyendo la carga procesal del acreedor afectante quien ya no tramitaría asuntos conexos al de tercería en procesos de conocimiento que son mas latos. En este sentido se obtuvo que el 42% de nuestra población de entrevistados opinan que con una futura implementación de la reconvención se tutelaría mejor el derecho del acreedor afectante dentro del mismo proceso de tercería de propiedad. A su vez otro 42% de la población considera ventajosa la propuesta de implementar la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, porque de advertirse situaciones de fraude ya no se recurriría más a largos procesos de conocimiento para discutirlos. Finalmente el 16% opina que la

reconvención obligaría al juez a resolver la pretensión con justicia; demostrando entonces que la implementación de la reconvención resulta un mecanismo procesal que brindaría una solución adecuada para la problemática planteada.

CAPÍTULO

IV

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

A continuación, con la finalidad de probar la validez o invalidez de nuestra hipótesis, efectuaremos la prueba de significación respectiva.

Problema: El uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad y la ausencia de una adecuada tutela jurisdiccional del derecho de crédito del acreedor afectante en el mismo proceso, frente a dichas situaciones fraudulentas, dada la prohibición del uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad.

Pregunta: ¿Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor?

Hipótesis:

Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

Variable Independiente

La implementación del uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad.

Variable Dependiente

Posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

❖ Resultado de Validación de Variables.

Respecto a la Variable independiente:

Según lo recopilado de la doctrina, la opinión de la comunidad jurídica, y de la confrontación sobre el objetivo específico que se desarrolla en base a esta variable, se puede decir que implementar del uso la reconvención en el proceso de tercería de propiedad será posible siempre que no se afecta la vía procedimental ni la competencia en materia de tercería.

En este sentido; del estudio realizado en el capítulo II del presente trabajo se concluye que la reconvención no afectaría la vía procedimental del proceso de tercería de propiedad, y por ende es viable que el acreedor afectante tramite en un proceso abreviado su pretensión de nulidad sobre actos simulados; y ello sería posible sin

Desnaturalizar al proceso de tercería de propiedad para convertirlo o equipararlo a un proceso de conocimiento, pues se tramita en un proceso abreviado con duración intermedia.

No así, cabe resaltar que la competencia en el proceso de tercería de propiedad, si se vería afectada de habilitarse la reconvención, con la vigente normativa que regula la competencia (segundo párrafo del artículo 534° del CPC), puesto que como se ha demostrado con el análisis realizado la ley hoy en día le está permitiendo conocer una pretensión exclusivamente civil que tiene su fundamento en la propiedad y por ende donde se va a resolver sobre propiedad a jueces no especializados en la materia, porque como ha quedado demostrado en materia de competencia en el proceso de tercería de propiedad actualmente predomina el criterio por razón de cuantía y no se ha tomado en cuenta la complejidad de la pretensión.

Asimismo sea demostrado que la propuesta de implementar el uso de la reconvención en el proceso de tercería encuentra también una justificación en la jurisprudencia, así como de los resultados obtenidos del análisis jurisdiccional sobre sentencias de la Corte Suprema, se colige la necesidad de incorporar un mecanismo procesal que mejore la situación del acreedor afectante al buscar tutelar su derecho en el escenario judicial de una tercería de propiedad.

Por consiguiente, nuestra variable independiente se valida parcialmente mediante la siguiente afirmación:

Queda demostrado que sería posible implementar la reconvención en el proceso de tercería de propiedad.

Siempre que se modifique la competencia del juez que debe resolver sobre tercería de propiedad.

Respecto a la Variable dependiente:

Conforme a todo lo investigado y los resultados obtenidos según:

- ❖ la recopilación de los **aportes de la doctrina nacional citada**, ésta ha sido clara y contundente al precisar que de posibilitarse al acreedor afectante hacer uso de la reconvención en el propio proceso de tercería de propiedad, ya no tendría que iniciar procesos más latos en vía de conocimiento para discutir y probar el actuar malicioso del tercerista, pudiendo tramitar dicha pretensión (vía reconvención), dentro del mismo proceso abreviado de tercería sin afectar la vía procedimental por ser un proceso de duración intermedia, evitándose así el innecesario incremento de trámites y gasto de recursos económicos; así como la obtención de decisiones judiciales contradictorias que complican demás la situación del acreedor; es decir todo lo anterior significa que el derecho del acreedor afectante tendría una **tutela jurisdiccional**²⁵ más adecuada, ya que como hemos verificado por el alcance de la doctrina y la legislación si bien existen mecanismos legales que tutelan el derecho del acreedor afectado con una tercería fraudulenta; no obstante la tutela que recibe de éstos no es óptima .
- ❖ Cabe hacer mención igualmente, que del **análisis jurisprudencial realizado , y de los resultados estadísticos obtenidos del análisis jurisdiccional realizado tomando en cuenta las sentencias de la corte suprema antes citadas**, se ha determinado que de habilitarse legalmente la reconvención en el proceso de tercería se impondría a los jueces que conocen sobre tercería la obligación de pronunciarse sobre los hechos y

²⁵ No está de más mencionar que nuestro Tribunal Constitucional en el Exp N° 1087-2004-AA/TC. Lambayeque ha expresado que la **tutela judicial efectiva**: “no se agota en prever mecanismos de tutela, sino que supone posibilitar al

pruebas alegados por el acreedor afectante, tendientes a cuestionar la malicia y connivencia del tercerista con el deudor demandado; de lo que podemos inferir que las instancias de mérito (primera y segunda instancia) tendrían el deber legal de ir mas allá de la fecha cierta del título al momento de resolver un asunto de tercería advirtiéndole alguna actuación fraudulenta.

De este modo, la pretensión contenida en la reconvención del acreedor afectante no será ignorada, sino atendida en el mismo proceso de tercería por los órganos jurisdiccionales sin tener que iniciar otros procesos mas extensos, y por ende será resuelta con un mejor sentido de justicia, acorde con la naturaleza compleja de ésta; tutelándose así de manera más adecuada el derecho del acreedor afectante, quien ya no tendría que verse en la necesidad de iniciar más procesos y sobrecargarse de trámites legales para alcanzar justicia en estos casos .

- ❖ Igualmente de los **resultados obtenidos de la entrevista aplicada** a los operadores jurídicos, hemos logrado obtener como se ha observado, que el 80% de los abogados y jueces entrevistados favorecen la implementación de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad dados sus beneficios procesales, temporales y económicos ya indicados.

Por tanto, la variable dependiente de nuestra hipótesis se valida mediante la siguiente afirmación:

Se ha demostrado que se posibilitaría una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

EN CONSECUENCIA, Existe Coincidencia entre la Variable Independiente y la Variable Dependiente:

justiciable la obtención de un resultado óptimo con el mínimo de empleo de actividad procesal, con la intención de permitirle acceder de modo real al servicio de justicia y obtenerla en el menor tiempo posible y al menor costo posible”.

✚ Si se implementara el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad, entonces posibilitaría adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor. (INFERENCIA LÓGICA VALIDA PARCIALMENTE)

CONCLUSIONES

1. Realizado el estudio pertinente sobre el proceso de tercería de propiedad y su uso fraudulento por el tercerista en connivencia con el deudor, y habiendo encauzado la presente investigación a la recopilación y análisis de doctrina, legislación y jurisprudencia nacional que nos permita justificar las bases para implementar el uso de la reconvención en dicho proceso; se ha demostrado con los aportes doctrinales citados en el capítulo II, así como también con los fundamentos esgrimidos por Corte Suprema en la jurisprudencia materia de análisis, que justifica de algún modo la posibilidad de habilitar el uso de la reconvención dentro del proceso de tercería de propiedad, porque claramente estamos ante un proceso abreviado de duración intermedia, donde no hay restricciones para las partes en la presentación de pruebas y alegatos, por tanto de habilitarse su uso -como en otros procesos abreviados - posiblemente ésta constituya un mecanismo procesal más adecuado para garantizar que dentro del mismo proceso de tercería el derecho del afectante acreedor goce de una adecuada tutela jurisdiccional, sin tener que iniciar en vías distintas otros procesos judiciales para discutir los actos fraudulentos del tercerista y alcanzar un mejor sentido de justicia.
2. Del desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial realizado sobre tercería de propiedad podemos concluir que la institución procesal objeto de nuestra investigación tiene una relevancia jurídica significativa, pues presenta un fundamento constitucional en el derecho de propiedad consecuentemente podemos concluir que en dicho proceso abreviado debe discutirse exclusivamente sobre la propiedad, que además es considerada la columna vertebral del derecho civil; razón por la que el proceso de tercería de propiedad es concebido como un mecanismo para defender la propiedad indebidamente embargada de un tercero ajeno a la causa ventilada en un proceso de ejecución, quien al ver afectado sus bienes con la interposición

de alguna medida cautelar o ejecutiva tiene el derecho de accionar en vía abreviada en un proceso autónomo e independiente al de ejecución con tramitación especial, a efectos de solicitar al juez ante quien intervino, la liberación de sus bienes acreditando debidamente la titularidad de éstos presentando un instrumento público o documento privado de fecha cierta, a efectos de que su demanda sea admitida en la etapa postulatoria. Concluyéndose entonces que la finalidad del proceso de tercería de propiedad es evitar ejecuciones injustas por el objeto, tal como lo ha señalado la doctrina que hemos citado, porque el CPC ha interpretado superficialmente que la finalidad del proceso de tercería de propiedad se reduce únicamente a levantar un embargo.

Así también concluimos que hablar de tercería de propiedad es hacer referencia exclusiva a la fecha cierta pues ésta desempeña un rol muy importante en materia de tercería de propiedad, no solo como requisito de admisibilidad de la demanda sino también resulta indispensable para resolver el conflicto de tercería, pues indica la fecha en que el tercero adquirió el bien materia de embargo, permitiendo identificar si se hizo propietario antes de la traba del embargo. No obstante, la caustica jurisprudencial citada nos permite concluir que no es suficiente que el Juez para resolver una pretensión de tercería de propiedad se limite solo a verificar la fecha del título de propiedad del tercerista sino que éste debería desentrañar la verdad en el proceso e ir más allá de la fecha cierta, considerando que detrás de dicho título de propiedad podrían esconderse distintas actuaciones fraudulentas sobre actos simulados, realizados conjuntamente por el tercerista y el deudor demandado con el fin de perjudicar el derecho del demandado acreedor afectante.

En este sentido, realizado el estudio de la malicia y connivencia del tercerista a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacional se ha demostrado que, existen normas procesales que intentan ser un mecanismo legal de

protección efectiva para el demandado acreedor afectante frente al uso fraudulento que un tercerista malicioso podría dar al proceso indicado.

Por ejemplo se ha verificado que nuestro actual CPC peruano exige una prueba escrita (documento público o privado de fecha cierta) desde la interposición de la demanda de tercería para acreditar el derecho de propiedad el tercerista (artículo 535° del CPC), de lo que concluimos que desde el inicio del proceso de tercería de propiedad existe desde ya un mecanismo legal que brinda protección al acreedor afectante ante el riesgo de actuaciones maliciosas que solo pretenden suspender el remate del bien materia de afectación a fin de no se logre la satisfacción del crédito. Sin embargo la realidad jurídica nos dice que la norma en mención, así como la norma que sanciona la connivencia y malicia con una multa a discreción del juez (artículo 538 del CPC) no son mecanismos legales suficientes para controlar en forma efectiva el uso fraudulento del proceso de tercería de propiedad, y por ende se concluye que ante los actos ilícitos realizados por el tercerista los actuales mecanismos o “remedios” legales mencionados no garantizan al derecho de crédito del acreedor afectante una adecuada tutela jurisdiccional.

Asimismo del análisis jurisprudencial realizado a lo largo de todo el trabajo de investigación, se concluye que actualmente nuestro ordenamiento jurídico al regular los mecanismos legales ya indicados busca controlar el fraude, la simulación, y toda actuación ilícita que podría incursionar en el proceso de tercería de propiedad en afectación del derecho del acreedor afectante; sin embargo ha quedado demostrado del análisis efectuado que dicha tutela es frágil, insuficiente y hasta resulta incentivadora de algún modo, del incremento del fraude en el interior de este proceso debido a las deficiencias técnicas que existen en las normas procesales que regulan a la tercería de propiedad, siendo una de las cuales la improcedencia de la reconvención (artículo 490° del CPC), lo que resulta un ingrediente pernicioso a consideración de la doctrina nacional.

3. Del examen realizado sobre el contenido de las tres reglas fijadas en el VII Pleno Casatorio Civil se ha detectado que la Corte Suprema ha asumido un criterio que favorece el derecho de propiedad no inscrito del tercerista frente al derecho de crédito del acreedor materializado en el embargo inscrito; pero siempre que el tercerista acredite debidamente ser un propietario de buena fe. Por consiguiente, podemos concluir que lo positivo del presente pleno casatorio civil está en que esta sentencia puso fin a una de las más grandes problemáticas jurídicas del derecho civil, propiciando de este modo la uniformidad de la jurisprudencia y la predictibilidad de la misma en este conflicto del derecho, pues los justiciables y sus abogados ya tienen una idea sobre cómo se van a resolver los procesos de tercería de propiedad en los que puedan verse involucrados. Asimismo se concluye que, lo negativo de la solución estimada en dicho Pleno-(como es el control de la certificación del documento de fecha cierta)- ha motivado un nuevo problema como es el aumento de futuras tercerías fraudulentas, como lo ha indicado expresamente en dicha sentencia la propia Corte Suprema, por tanto existen vacíos que escapan de la norma vinculante.
4. Como se ha expuesto en el capítulo II del presente trabajo de investigación, con posterioridad al dictamen del VII pleno casatorio civil la doctrina ha desarrollado cuatro fundamentos en forma de interesantes teorías que proponen: el planteamiento de excepciones extintivas, la exigencia de la prueba de la posesión al tercerista, el levantamiento del velo, y la implementación de la reconvención dentro del proceso de tercería de propiedad.
Al respecto, de la investigación efectuada sobre las mismas, podemos concluir que en esencia los fundamentos pos pleno antes mencionados son soluciones aportadas por nuestra doctrina nacional ante la problemática del fraude y la malicia del tercerista, cuyo común denominador es que todas estas convienen en considerar a la tercería de propiedad como un proceso abreviado y plenario donde no existen limitaciones para que las partes

procesales presenten sus alegaciones y pruebas, por consiguiente en este escenario el acreedor afectante si podría cuestionar y probar el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad, ya sea formulando una excepción extintiva, o ya sea que se admita que el juez exija además la acreditación de su posesión al tercerista y no solo la presentación de un documento de fecha cierta por título, o a través de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, o mediante la implementación de la reconvencción, especialmente cuando el título de propiedad presentado adolezca de simulación o fraude.

Por lo que estos fundamentos doctrinarios pos pleno convergen en evitar que el acreedor afectante ya no tenga que iniciar procesos simultáneos al de tercería de propiedad (interponiendo la acción pauliana o la acción de nulidad sobre los actos simulados celebrados por el deudor embargado y el tercerista) los que por ser tramitados en la vía procesal de conocimiento resultan ser muy largos demandándoles más tiempo y gastos económicos teniendo que lidiar incluso en algunos casos, frente a los sujetos quienes adquirieron del tercerista, pues estratégica y dolosamente varios terceristas en la práctica judicial antes de ser demandados en vía de conocimiento traspasan el inmueble materia de afectación, complicándose entonces aún más la situación jurídica del acreedor afectante, quien para evitar lo anterior inmediatamente debe solicitar la anotación preventiva de la demanda .

En consecuencia, también se concluye que si bien, existen mecanismos legales que tutelan el derecho del acreedor afectante perjudicado con estas acciones ilegales del tercerista y el deudor obradas en conjunto, estos mecanismos no brindan al derecho de crédito una adecuada tutela jurisdiccional efectiva por lo antes indicado.

5. Analizados los criterios expuestos por la Corte Suprema en fallos emitidos desde el año 2015 al año 2018, así como también del análisis de la casuística jurisprudencial citada a lo largo de todo el periplo de la presente investigación, podemos concluir que se evidencia que generalmente ante nuestros órganos jurisdiccionales pasa inadvertida la connivencia del

tercerista, dado que no siempre hay un pronunciamiento motivado y coherente sobre el actuar malicioso y fraudulento del actor, a pesar de ser alegada por el afectante acreedor en la contestación de la demanda ; pues es lamentable –como se ha acreditado en algunos de los fallos judiciales expuestos- que dichos esfuerzos de la parte demandada no generen resultados favorables, ya que el juez que conoce de tercería de propiedad generalmente no toma atención diligente a los hechos y pruebas ofrecidos por las partes procesales que envuelven la controversia, concluyendo entonces el conflicto con sentencias que vulneran el derecho a una debida motivación, así como el principio de congruencia, pues son fallos que no dicen nada de la causa –tal como lo ha expresado la propia Corte Suprema en la jurisprudencia que hemos analizado-, pues es más fácil para los órganos jurisdiccionales desviar las pretensiones del acreedor codemandado a otra vía procesal, generándole una mayor complicación en sus trámites .

En consecuencia, se ha podido verificar en la presente investigación que las resoluciones de la primera y segunda instancia aun algunas sentencias de la Corte Suprema que conocen sobre tercería de propiedad, por lo general no solo lesionan el debido proceso, sino también el derecho del acreedor afectante a una adecuada tutela jurisdiccional efectiva, porque en la realidad practica a los jueces por lo general solo se limitan a realizar el control sobre la fecha cierta del título del tercerista sin ir más allá de los hechos alegados por las partes, y deciden desviar dichas pretensiones del acreedor codemandado a la otra vía procesal (proceso de conocimiento), lo cual no es beneficioso para la parte más perjudicada con la demanda de tercería de propiedad, como es el acreedor afectante, por todo el incremento de trámites que tendrá que sumir para defenderse en este extremo. Pues asimismo se ha concluido que a pesar de encontrarse legislado que la tercería es un proceso abreviado, nuestra legislación procesal ha prohibido que el acreedor afectante pueda cuestionar mediante

una reconvención el actuar malicioso del tercerista dentro del mismo proceso de tercería de propiedad(artículo 490° del CPC), pudiendo emplear solamente su derecho de contradicción al contestar la demanda; sin embargo como lo acreditan los casos materia de análisis, este mecanismo de defensa no le es muy favorable, ni suficiente para que su derecho goce de una adecuada tutela jurisdiccional y la causa materia de *litis* alcance un verdadero sentido de justicia.

6. Una de las teorías que ha surgido con posterioridad a la emisión del VII PCC que muestra que dentro de un proceso de tercería de propiedad existe la posibilidad de poderse cuestionar y probar el actuar malicioso o la mala fe del tercerista, es la teoría que propone Implementar la Reconvención en el proceso de tercería de propiedad, la que ha sido eje principal de nuestra investigación jurídica, y de la que podemos concluir que cuenta con una base legal (artículo 538 del CPC, establece sanciones que se aplicaran si dentro de dicho proceso se prueba la connivencia entre el tercerista y el demandado, o la mala fe del acreedor embargante), doctrinal y jurisprudencial en nuestro ordenamiento jurídico.

Por tanto hemos podido advertir que de habilitarse la reconvención dentro del proceso de tercería significaría innovar dicho proceso con la introducción de un mecanismo procesal más sólido en beneficio de la tutela judicial de la parte demandada más afectada con la tercería (el acreedor afectante), pues al incorporarse en el proceso de tercería de propiedad esta nueva demanda del demandado, llamada reconvención las pretensiones contenidas en estas (como son : la nulidad del título del tercerista porque emerge de un contrato simulado, y por ende es nulo; o la inoponibilidad del título del tercerista porque nace de un contrato fraudulento), no serán omitidas por los jueces; sino que estos estarán a por si obligados legalmente a realizar un análisis concienzudo de dichos alegatos y pruebas que le permitirán resolver las cuestiones de tercería de propiedad con un sentido justo para la partes en conflicto; sin poder

entonces ignorarlas o derivarlas a otra vía procesal y también deberán resolver sobre ello al emitir sus sentencias.

Sin embargo; es importante mencionar que respecto a la admisibilidad de la reconvención podemos concluir que:

- ❖ El uso de la reconvención no afectaría la vía procedimental, sería posible en la medida que la tercería de propiedad como se ha señalado, a lo largo del presente trabajo de investigación, es un proceso pleno y sin restricciones para las partes procesales quienes pueden alegar y probar libre y ampliamente los hechos de la controversia.

Por ende cabe destacar que incluye y hace atendible también la pretensión del acreedor demandado, donde solicita la nulidad basado en un supuesto de simulación (donde no hay nulidad manifiesta), ya que como es sabido nuestra legislación no le ha asignado expresamente a la nulidad de acto jurídico una vía procesal propia, razón por la cual deja su tratamiento a criterio del Juez.

En este sentido, sería un error pretender afirmar que la nulidad de acto jurídico debe tramitarse solo en la vía procesal más lata, y por ende de conocerse dicha pretensión en un proceso de tercería vía reconvención implicaría desnaturalizar el proceso de tercería de propiedad al convertirlo en un proceso de conocimiento. No consideramos esto correcto, por las razones ya esgrimidas.

- ❖ Tomando en cuenta el criterio de **competencia por razón de la materia**, dentro del contexto legal actual que rodea al proceso de tercería de propiedad el uso de la reconvención por el acreedor dentro del mismo proceso, no sería procedente por afectar la competencia del juez que conoce sobre tercería (conforme a lo establecido en el artículo 534 del C.P.C), pues evidentemente la competencia de todos los juzgados que podrían conocer una demanda de tercería de propiedad no alcanza para conocer la pretensión que contiene la reconvención, por razón de que ésta tiene una naturaleza compleja, por tanto esta sería desestimada liminarmente, razón por la que en el presente trabajo proponemos una modificación en este extremo del proceso de tercería.

Atendiendo a lo antes indicado, se ha concluido también que la reconvencción es una institución procesal con ventajas y desventajas:

Una de sus desventajas es que le añadiría al proceso de tercería de propiedad un plus más de complejidad, tomando en cuenta que el juez tendrá la obligación de pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones tanto del tercerista demandante y la del acreedor demandado, tornándolo un poco más lento pero no eterno, por tramitarse en una vía procesal de duración intermedia.

No obstante son muchos los beneficios procesales que puede otorgar para las partes en conflicto como son: mayor celeridad procesal y menos gastos de recursos económicos; se evitarían las decisiones judiciales contradictorias, garantizaría una mejor celeridad y economía procesal, disminuiría la carga que produce tramitar diversos procesos judiciales; es decir por todo lo anterior haría posible una adecuada tutela jurisdiccional para el acreedor afectante, siendo que reconvenir constituye un mecanismo procesal más efectivo y fuerte en comparación con las excepciones de fondo que no permitirá alcanzar una resolución final con carácter de cosa juzgada, la contestación de una demanda (aunque se plantea en este mismo documento) o la acreditación de la posesión del tercerista.

Asimismo se podría también presumir que los terceros antes de usar el proceso de tercería de propiedad maliciosamente solo para estropear la ejecución, de algún modo ya no actuaran en fraude con liberalidad, siendo que se pondrán a meditar un poco más si les convendrá confabularse con el ejecutado, pues de facultarse el uso de la reconvencción por el acreedor tendran menos posibilidades para poner en marcha sus estrategias fraudulentas, ya que todo se definirá en el mismo proceso de tercería de propiedad.

Finalmente de todo lo abordado en la presente investigación concluimos que aun resultando difícil la implementación del uso de la reconvencción en el

proceso de tercería de propiedad; esta posibilitaría una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor.

RECOMENDACIONES

1. Sugerimos finalmente al Poder Legislativo tomar en cuenta la:

Propuesta de Modificación de los artículos 490 y 534 del CPC.

En atención a lo antes expuesto y apoyados en los argumentos expresados por la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional que hemos citado en el presente trabajo, nosotros concordamos en que sería óptimo excluir a la tercería de la proscripción legal de la reconvención, consecuentemente proponemos que de mediar dicha posibilidad debería realizarse básicamente —en nuestra opinión— dos modificaciones legislativas en el Código Procesal Civil vigente como son:

❖ Modificar el artículo 490 del Código Procesal Civil.

Con la siguiente redacción:

“Es improcedente la reconvención en los asuntos referidos en los incisos 1; 2; 3; y 6 del artículo 486.”

En esta propuesta legislativa se deja abierta la libertad para que el acreedor afectante (demandado) pueda formular vía reconvención sus pretensiones contra el actuar malicioso del tercerista dentro del propio proceso de tercería sin complicar su situación, pues ya no tendrá que recurrir a otros procesos judiciales.

De esta manera al eliminar esta prohibición legal referente al uso de la reconvención estaríamos garantizándole al derecho del acreedor afectante una tutela jurisdiccional efectiva más adecuada y justa.

❖ Modificar el artículo 534 del Código Procesal Civil.

Teniendo en cuenta (como ya se ha analizado) que en el segundo párrafo del artículo en mención, desde nuestro punto de vista se ha asumido un

criterio poco coherente y técnico para determinar la competencia del juez que conoce sobre tercería, y asimismo a fin de que exista una mejor lógica con la propuesta de implementar la reconvención, se propone la siguiente redacción:

“La tercería de propiedad puede interponerse en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. La de derecho preferente antes que se realice el pago al acreedor.”

Consideramos que con la exclusión del segundo párrafo del artículo 534 del C.P.C (el Juez competente es el Juez del proceso en el que se interviene) quedaría determinado desde nuestra posición que la complejidad de la pretensión (dado la proliferación del fraude) es la que debe determinar la competencia en tercería.

Por consiguiente, antes de interponer una demanda de tercería si bien se aplicaría las reglas generales de competencia territorial que rigen a toda demanda, pero también resultaría lógica la aplicación del principio del Juez Natural (artículo 5 del C.P.C) por razón de materia, el cual es el Juez Civil.

Ahora bien, ¿qué pasaría con la competencia de los jueces conocedores del proceso ejecutivo? de hecho, como es sabido el proceso ejecutivo queda suspendido con la admisión de la demanda de tercería, entonces con mucha más razón que le puede impedir al juez que conoció el ejecutivo (sea juez comercial, laboral, o de familia) remitir el expediente suspendido al juez (civil) que pueda resolver igual o mejor, tomándose en cuenta la naturaleza civil de la pretensión de tercería (se discute sobre propiedad).

¿Habría un impedimento legal para esto? creemos que no lo hay, puesto que no existe una norma que prohíba al juez que conoce el ejecutivo

remitirle copias del expediente, al juez que conoce sobre propiedad, por tanto lógicamente si podría hacerlo.

Es en este sentido que con las modificaciones pertinentes, creemos que si sería procedente el uso de la reconvencción en el proceso de tercería.

2. Exhortamos a la creación de un índice de documentos privados (registro físico) en cada oficio notarial para llevar un control de los documentos de fecha cierta que no están protocolizados (contratos y minutas de transferencia), donde se especifique los otorgantes, materia del acto, y la fecha del acto a celebrar, ello permitirá reunir los datos suficientes y necesarios para dar cuenta al juez, ante cualquier supuesto de muerte o enfermedad del notario que certifique el título del tercerista. Lo cual implicaría también, que cada año los notarios presenten dicho libro en las visitas notariales realizadas por el Colegio de Notarios; de este modo ante una situación de enfermedad, inhabilidad o fallecimiento de un notario, el juez podría solicitar al Colegio de Notarios que le dé cuenta de la certificación de la fecha cierta de tal documento.
3. Se sugiere a los Jueces Supremos tomar en cuenta la participación de un notario público como *amicus curiae* en asuntos de relevancia jurídica que estén relacionados directa o indirectamente con la función notarial, ya que en el tema ventilado sobre tercería de propiedad y el control de la fecha cierta, que origino la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil, la Corte Suprema ignora la intervención del profesional del derecho que precisamente dota de fecha cierta al título de propiedad de un tercero, como es el notario público, porque son éstos los expertos en conocer directamente esta diligente y delicada labor, así como también de diversos supuestos de la realidad práctica, siendo que el fraude lamentablemente se inicia muchas veces en los despachos notariales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ANAYA CASTILLO, J. (2017). *EL CONFLICTO ENTRE LA PROPIEDAD NO INSCRITA Y EL CRÉDITO CON ANOTACIÓN DE EMBARGO*. Lima, Instituto Pacifico S.A.C.
- ALVAREZ, CAPEROCHUPI, J. A. (1995) *EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL SISTEMA DE PREFERENCIAS CREDITICIAS*. Granada, Comares.
- ALSINA, H. (1962) *TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL. TOMOS VI*. Buenos Aires Soc. Anón. Editores.
- ARIANO DEHO, E. (2008) *EMBARGO, TERCERIAS Y REMATE JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA PROCESAL CIVIL*. Lima, Jurista Editores E.I.R.L.
- FORNER DELAYGUA, J, (2000) “LA PROTECCION DEL CREDITO EN EUROPA: LA ACCION PAULINA”. Barcelona, Bosch
- FALCON, E. M. (1978) “DERECHO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL”. Buenos Aires. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- GONZALES BARRON, G. H. y J. A, ALVAREZ CAPEROCHUPI. (2014) *EMBARGO, TERCERIA DE PROPIEDAD Y REMATE JUDICIAL DE INMUEBLES*. Jurista Editores E.I.R.L.
- GONZALES BARRON, Gunther H. y J. A, ALVAREZ CAPEROCHUPI. (2018) *EMBARGO, TERCERIA DE PROPIEDAD Y REMATE JUDICIAL DE INMUEBLES*. Jurista Editores E.I.R.L
- GOMEZ DE LIAÑO GONZALES, F, y M. AJ, PEREZ CRUZ. (2011) *DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO II* Madrid, .Editorial Fórum S.A,
- GOMEZ LAPLAZA, M. del C., (2012) “*CUESTIONES SOBRE LA COMPRAVENTA EN EL CODIGO CIVIL. PRINCIPIOS EUROPEOS Y DRAFT*”. Madrid, Dykinson.
- GONZALEZ LINARES, N. (2014) *LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL EL PROCESO CIVIL PERUANO*. Jurista Editores EIRL

- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (2017) *DERECHO PROCESAL CIVIL TOMO VIII. PROCESOS ABREVIADOS*. Lima. Jurista Editores E.I.R.L.,
- LAMA MORE, H. (2017) *LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES EVALUACION DOGMATICA Y PRACTICA*. Instituto Pacifico S.A.C
- LEDESMA NARVAEZ, M. (2009) *COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL, TOMO II*. Lima, Gaceta Jurídica S.A.
- NINAMANCCO CORDOVA, F. (2013) *EMBARGO INSCRITO Y TERCERIA DE PROPIEDAD SU Oponibilidad EN LA JURISPRUDENCIA*. Gaceta Jurídica S.A.
- RIOJA BERMUDEZ, A. (2011) *EL NUEVO PROCESO CIVIL PERUANO*. Adrus SRL.
- RONQUILLO PASCUAL, J. (2015) *TERCERIA DE PROPIEDAD CONTRA EMBARGO E HIPOTECA*. Lima, Gaceta Jurídica S.A.
- RODRIGUEZ DOMINGUEZ, E. A. (2005) *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. Lima, Grijley.
- TORRES VASQUEZ, A. (2015) *ACTO JURIDICO VOLUMEN II*. Instituto Pacifico S.A.C.
- VIDAL RAMIREZ, F. (2016) *EL ACTO JURIDICO*. Instituto Pacifico S.A.C.
- ZUMAETA MUÑOZ, P. (2009) *TEMAS DE DERECHO PROCESAL CIVIL TEORIA GENERAL DEL PROCESO DE CONOCIMIENTO Y PROCESO SUMARISIMO*. Lima, Jurista Editores EIRL.

REVISTAS

- CALLE TAGUCHE, R. (Octubre del 2013) “LA TERCERIA DE PROPIEDAD A PROPOSITO DE UNA RECIENTE DECISION DE NUESTRA CORTE SUPREMA”. *Revista ACTUALIDAD JURÍDICA* N° 239, Lima, Págs. 111-118.
- CARREON ROMERO, J. F. E. (Enero de 2016) “EL SÉPTIMO PLENO CASATORIO NO SE PRONUNCIA SOBRE LA MALICIA Y CONNIVENCIA DEL TERCERISTA DE PROPIEDAD”. *Revista DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA*, N° 208. Lima,. Págs. 53-56.

- GAVANCHO LEON, O. C. del R. (Julio del 2014) “*TERCERIA DE PROPIEDAD, DESAFECTACION Y SUSPENSION DE MEDIDA CUTELAR. LIMITES Y DIFERENCIAS*”. En: Gaceta Civil N° 37. Págs 1-19.
- GONZALES BARRON, G. (Enero del 2008) “*CONTRIBUCION A LA REFORMA DEL PROCESO CIVIL*”. Revista JUS. Doctrina & Practica N° 1, Lima,.Pag 46-48.
- GUERRA CERRON, M. E. (4 de agosto de 2015) “*EN CONTRA DE UNA REGLA PROCESAL DE PREVALENCIA, ENTRE EL DERECHO REAL Y PERSONAL*”. Revista JURIDICA, N° 561, Suplemento de análisis legal de El Peruano, Segunda Etapa, Año 10, Pág. 7.
- MEJORADA CHAUCA, M. (2012) “*FUNDAMENTOS DE LA TUTELA DE LOS TERCEROS ADQUIRIENTES DE BUENA FE*”. Revista AA.VV. ESTUDIOS SOBRE LA PROPIEDAD, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Págs. 138-143.
- MEDIOS PROBATORIOS JURISPRUDENCIA SUMILLADA. “*PRESUPUESTOS PARA APLICAR LA REGLA DE PRIORIDAD PREVISTA EN EL VII PLENO CASATORIO*”. Revista GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL N° 44, Lima, Febrero 2017, Págs. 200 - 204
- NINAMANCCO CORDOVA, F. (Agosto del 2015) “*LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DEL CREDITO INSCRITO SOBRE LA PROPIEDAD NO INSCRITA*”. Revista GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL N° 26, Lima, Págs. 62- 67.
- PASCO ARAUCO, A. (Enero del 2016) “*INCOHERENCIAS, VACIOS Y DUDAS EN LA SENTENCIA DEL VII PLENO CASATORIO CIVIL*”. Revista GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL N° 31, Lima, , Págs. 75-84.
- RIOJA BERMUDEZ, A. (Enero del 2012) “*LA TERCERIA COMO PROCEDIMIENTO PARA LA DEFENSA DE LA PROPIEDAD*”. En: Revista DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 160,. Págs. 147-161.
- RIOJA BERMUDEZ, A. (Marzo del 2012) “*LA TERCERIA: FUNDAMENTO, CLASIFICACION, LEGITIMACION Y OPORTUNIDAD*”. En: Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 220. Págs. 147-152.
- RIOJA BERMUDEZ, A. (Abril del 2012) “*ADMISIBILIDAD Y EFECTOS DE LA TERCERIA Y EL PEDIDO DE DESAFECTACION*”

DE BIENES EMBARGADOS”. En: Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 221,. Págs. 147-152.

- RIOJA BERMUDEZ, A. (Enero del 2016) “EL EMBARGO INSCRITO VS. LA PROPIEDAD NO INSCRITA. CONSIDERACIONES DEL VII PLENO CASATORIO CIVIL”. En: Revista DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA N° 208,. Págs. 147-152.
- RONQUILLO PASCUAL, J. (Marzo, del 2017) “*COMO PROBAR LA TERCERIA DE PROPIEDAD CLAVES PARA EVITAR EL REMATE DE LOS BIENES EMBARGADOS*”. Revista GACETA JURÍDICA, Lima, , Págs. 25-32.
- RUBIO BERNUY, D. (Abril del 2016) “*FUNDAMENTOS PARA MODIFICAR LA REGULACION DE LA Oponibilidad ENTRE EMBARGO Y PROPIEDAD NO REGISTRADA*”. Revista GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL N° 34, Lima, Pág. 297-314.
- POZO SANCHEZ, J. E. (Agosto del 2015) “*VII PLENO CASATORIO CIVIL...UN ANALISIS DIFERENTE. DESDE LA OPTICA DEL PROCESO DE TERCERIA EXCLUYENTE DE PROPIEDAD*”. Revista GACETA CIVIL & PROCESAL CIVIL N° 26, Lima, , Págs. 69-75.
- SUMARIA BENAVENTE, O. (Setiembre del 2015) “VII PLENO CASATORIO: ¿EL DESPRECIO A LOS HECHOS EN LA CREACION D E LA DOCTRINA JURISPRUDNECIAL?”. En: Revista ACTUALIDAD CIVIL Volumen 15. Págs. 78-90.
- TORRES MALDONADO, M. A. y CASALLO TRAUCA A. F. (Noviembre del 2015) “*LA TERCERIA EXCLUYENTE DE DOMINIO VERSUS EL EMBARGO. ALGUNAS CONSIDERACIONES MÁS ALLÁ DEL FALSO DILEMA*”. Revista ACTUALIDAD JURIDICA, N° 264,. Págs. 61-69.
- VERA CACHO, G. y TORRES MALDONADO M. A. (2016). “*VII PLENO CASATORIO CIVIL UNA LECTURA SOBRE SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS*”. Revista MOTIVENSA EDITORA JURIDICA, Lima, Págs. 135 - 142.

PAGINAS WEB

- LIÑAN ARANA, L. A. (Febrero de 2017) “EL PRINCIPIO DE BUENA FE PROCESAL” Actualidad Civil, [.http://actualidadcivil.com.pe](http://actualidadcivil.com.pe).,

- LAMA MORE, H. E. “ACERCA DE LAS TERCERIAS DE PROPIEDAD CONTRA GRAVAMENES QUE PROVIENEN DE GARANTIAS REALES”.Jusdem, <http://www.jusdem.org.pe>.
- ARIANO DEHO, E. (Febrero de 2004) “EMBARGO DE BIEN ENAJENADO FRAUDULENTAMENTE Y DIES A QUO EN LA TERCERIA DE POPIEDAD” Gaceta Jurídica <http://gacetajuridica.com.pe>.

ABREVIATURAS

- ❖ **CPC** : Código Procesal Civil
- ❖ **CdePC**: Código de Procedimientos Civiles
- ❖ **RAE**: Real Academia Española
- ❖ **VII PCC**: Séptimo Pleno Casatorio Civil.

A NEXOS

ANEXO I

HABILITACION DEL USO DE LA RECONVENCION		
	VENTAJA	DESVENTAJA
Impondría al Juez la obligación legal de pronunciarse y evaluar los hechos y medios probatorios en relación a la pretensión que formule el acreedor afectante en su demanda de reconvención (ya sea la invalidez del título del tercerista en situaciones simuladas, o la ineficacia de los actos que sustentan la adquisición del tercerista) en una sola sentencia.	SI	La reconvención le añadiría al proceso de tercería de propiedad un plus más de complejidad, tomando en cuenta que el juez tendrá la obligación de pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones tanto del tercerista demandante y la del acreedor demandado, tornándolo un poco más lento pero no eterno, por tramitarse en una vía procesal de duración intermedia.
La resolución final tendría la calidad de cosa juzgada, obteniéndose de esta manera una solución judicial más adecuada y cercana al sentido de justicia, pues se evitarían resoluciones judiciales contradictorias.	SI	
Los órganos jurisdiccionales ya no tendrían que obligar al acreedor afectante a iniciar en otras vías más extensas nuevos procesos, garantizándole al acreedor demandado una mejor solución para cuestionar y probar la malicia y connivencia del tercerista (vía reconvención) dentro del mismo proceso de tercería de propiedad.	SI	
Facilitaría una mejor economía de dinero, de tiempo y de esfuerzo sin complicar más la situación de las partes procesales y específicamente del acreedor afectante.	SI	
Evitaría la multiplicidad de procesos y el innecesario incremento de trámites engorrosos iniciados en otras vías procedimentales que solo complican la situación del acreedor afectante y no le permiten gozar de una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.	SI	

ANEXO II

ENTREVISTA

ENTREVISTADO:.....

ENTREVISTADOR:.....

CARGO DEL ENTREVISTADO:

TITULO DE TESIS: “Fundamentos pos pleno para Implementar la Reconvención en el Proceso de Tercería de Propiedad”.

LUGAR Y FECHA:

1. ¿Considera usted que con la actual regulación del proceso de tercería de propiedad, hay un adecuado control en nuestro ordenamiento jurídico sobre el actuar fraudulento y malicioso del tercerista?
- 2.- En su opinión ¿cuáles son las ventajas y desventajas que presenta el proceso de tercería de propiedad en su tramitación en la vía procesal abreviada?
- 3.- ¿Cree usted que sería una posibilidad viable que dentro del mismo proceso de tercería de propiedad (vía abreviada) el acreedor embargante pueda cuestionar y probar la malicia y validez del título del tercerista, sin tener que recurrir posteriormente a otro proceso judicial para defenderse?
- 4.- ¿Está usted de acuerdo con la implementación de nuevos mecanismos procesales como el uso de la reconvención, que innoven el proceso de tercería de propiedad, a fin de posibilitar una adecuada tutela jurisdiccional al derecho del afectante acreedor?
- 5.- ¿Desde su punto de vista y experiencia, cuales son las ventajas de usar la reconvención en la práctica judicial? ¿En su opinión, porque sería ventajoso implementar el uso de la reconvención en el proceso de tercería de propiedad