



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO

**“PREVALENCIA DE LA PROPIEDAD NO INSCRITA FRENTE
AL EMBARGO INSCRITO. LINEAMIENTOS PARA LA
REFORMA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2022
DEL CÓDIGO CIVIL**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

PRESENTADA POR:

HAROLD VLADIMIR ORTIZ CARRASCO

ASESOR:

Mg. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

LAMBAYEQUE – PERÚ

2017

**PREVALENCIA DE LA PROPIEDAD NO INSCRITA FRENTE
AL EMBARGO INSCRITO. LINEAMIENTOS PARA LA
REFORMA DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 2022
DEL CÓDIGO CIVIL**

HAROLD VLADIMIR ORTIZ CARRASCO

AUTOR

Mg. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL
Y COMERCIAL

APROBADO POR:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez
PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. Renán Pedro Arbildo Paredes
SECRETARIO DEL JURADO

Mg. Carlos Cevallos de Barrenechea
VOCAL DEL JURADO

LAMBAYEQUE – PERÚ

2017

DEDICATORIA

A mis padres, mi esposa y mis hijos,
por su infatigable ayuda en este largo
camino que ya culmina, del que tanto
aprendo y al que tanto admiro.

AGRADECIMIENTO

A Dios por su misericordia, grande amor y ser fuente de sabiduría para alcanzar mis metas.

A mi Asesor de tesis MS.C. Carlos Alfonso Silva Muñoz, por ser el ejemplo y guía a seguir, por su paciencia y su incondicional amistad.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
RESUMEN.....	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	2
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	2
1. UBICACIÓN	2
2 CÓMO SURGE EL PROBLEMA.	2
2.2) FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA PROBLEMATIZADORA	6
3 CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE	7
3.1) JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO	7
3.2) OBJETIVOS	11
3.3) HIPÓTESIS	12
3.4) VARIABLES	12
4) INFORMACIÓN METODOLÓGICA	13
4.1) DISEÑO DE LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	13
4.2) POBLACIÓN Y MUESTRA	13
4.3) MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	14
CAPÍTULO II.....	17
MARCO TEÓRICO.....	17
PROPIEDAD Y TERCERÍA DE PROPIEDAD	17
2.5) FUNDAMENTO DE LA TERCERÍA DE PROPIEDAD	24
2.5.1) La tercería en términos amplios	24
2.5.2) Condiciones de la acción de tercería de dominio	25
2.5.3) Presupuestos relativos a la admisibilidad de la demanda	26
2.6) COMPETENCIA EN MATERIA DE TERCERÍA	30
2.7) CLASES	31
2.7.1) Acción de Tercería de Propiedad o de dominio	31
3 EL PRINCIPIO REGISTRAL DE INOPONIBILIDAD	34
4 EL PRINCIPIO REGISTRAL DE LA FE PÚBLICA	35
5 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.	36
6 TEXTOS NORMATIVOS NACIONALES QUE AMPARAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD	40
7 TEXTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES QUE AMPARAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD	41
7.2) POSICIÓN DE DIVERSOS AUTORES	42
EL VII PLENO CASATORIO CIVIL	45
PRESUPUESTO	51
CONCLUSIONES	53
RECOMENDACIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	54

RESUMEN

El presente trabajo pretende hacer un análisis de la jurisprudencia vinculante en el VII Pleno Casatorio, cuya decisión se inclinó a favor del Tercero con propiedad no inscrita, en contraposición al embargo inscrito. Ya que la inscripción de un derecho personal en los registros públicos no lo convierte en real sino que conserva su carácter, de modo que ante la concurrencia de un derecho real con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero.

Teniendo como objetivo principal: Plantear los lineamientos para la reforma del segundo párrafo del artículo 2022 del código civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, según las reglas establecidas en el VII Pleno Casatorio Civil, respecto a la Casación N° 3671-2014-Lima, en el marco de un proceso de tercería excluyente de propiedad, así como los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes; teniendo como objetivos específicos los siguientes: Evaluar el actual contexto normativo y encontrar las deficiencias, que nos permitan plantear las mejoras necesarias; Realizar un análisis de los puntos tratados en el VII Pleno Casatorio Civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito; Establecer cuáles son las ventajas y desventajas de hacer una reforma del segundo párrafo del Art. 2022° del Código Civil; Realizar un estudio especial y específico que nos permita proponer la reforma sustancial del segundo párrafo del Art. 2022° del Código Civil; Proponer el proyecto de ley de reforma del segundo párrafo del Artículo 2022 del Código Civil. El cual estaría expresado en los siguientes términos:

“En caso de conflictos de intereses, entre titulares de derechos reales que provienen de un causante común, tiene preferencia el tercero de buena fe que ostenta justo Título, siempre y cuando sea de fecha anterior al embargo inscrito”.

ABSTRACT

The present paper intends to make an analysis of the binding jurisprudence in the VII Plenary Session, whose decision was inclined in favor of the Third party with non-inscribed property, as opposed to the embargo registered. Since the inscription of a personal right in the public registers does not make it real but preserves its character, so that before the concurrence of a real right with another of different nature, the former prevails.

With the main objective: To propose the guidelines for the amendment of the second paragraph of article 2022 of the Civil Code regarding the prevalence of unregistered property in front of the registered embargo, according to the rules established in the VII Plenary Civil Court, with respect to the N 3671-2014-Lima, within the framework of a third-party exclusive property process, as well as relevant normative, doctrinal and jurisprudential parameters; Having as specific objectives the following: Evaluate the current normative context and find the deficiencies, which allow us to propose the necessary improvements; Carry out an analysis of the points dealt with in the 7th Civil Court Plenary regarding the prevalence of non-registered property in front of the registered embargo; To establish the advantages and disadvantages of reforming the second paragraph of Article 2022 of the Civil Code; Carry out a special and specific study that allows us to propose the substantial reform of the second paragraph of Article 2022 of the Civil Code; Propose the bill to reform the second paragraph of Article 2022 of the Civil Code. Which would be expressed in the following terms:

"In case of conflicts of interest, between holders of real rights that come from a common cause, preference is given to the third party in good faith who holds a fair title, provided that it is dated prior to the embargo registered."

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizado, se presenta un proyecto de reforma del segundo párrafo del artículo 2022° del código civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, según las reglas establecidas en el VII Pleno Casatorio Civil y los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes; para que en el futuro se tenga conocimiento del procedimiento a seguir, tomando en consideración aspectos doctrinarios y principalmente legislativos para solucionar la problemática, en lo que respecta a esta figura jurídica.

La tesis fue desarrollada en tres capítulos, de la siguiente forma: en el primer capítulo se realiza un análisis del objeto de estudio, su ubicación, Cómo surge el problema, Cómo se manifiesta y qué características tiene, el planteamiento del tema de análisis:, la formulación de la pregunta problematizadora, la justificación e importancia del estudio, el objetivo general, los objetivos específicos, la hipótesis a demostrar, así como la variables de estudio tanto la variable independiente como la variable dependiente; asimismo, como última parte de este capítulo, se detalla la descripción de la metodología empleada en cada momento de la investigación.

En el Segundo Capítulo está relacionado con el marco teórico, como un examen de la teoría y de la investigación en el propio campo de interés relacionado con el tema investigado.

En el Tercer Capítulo se presenta un análisis y discusión de los resultados de o los instrumento utilizados, así como aborda concretamente la propuesta para reformar el Artículo 2022° del Código Civil peruano, Decreto Legislativo N° 295. El mismo que quedaría redactado de la siguiente manera: *“En caso de conflictos de intereses, entre titulares de derechos reales que provienen de un causante común, tiene preferencia el tercero de buena fe que ostenta justo Título, siempre y cuando sea de fecha anterior al embargo inscrito”*.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. UBICACIÓN

El presente trabajo investigación, al ser una evaluación y propuesta de modificatoria del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, de la legislación vigente y del VII Pleno Casatorio Civil, respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito. Se centrará en el ámbito Nacional.

2. CÓMO SURGE EL PROBLEMA.

2.1) PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE ANÁLISIS

El Libro IX es uno de los mejores logrados dentro del Código Civil, pues cuenta con normas claras y pedagógicas –por supuesto que hay excepciones-, y que en general regulan la publicidad jurídico-privada de las distintas situaciones privadas con realismo, sin exageraciones o extremismos, por lo cual se dan soluciones correctas, tales como la inscripción declarativa (art. 2022), el mantenimiento de la buena fe y onerosidad para la protección del tercero de la fe pública registral (art. 2014), la relevancia del título archivado a través del término “antecedentes del registro” (art. 2011), el alcance reducido de la calificación del registrador (art. 2011), la separación conceptual de los principios de inscripción declarativa y prioridad (art. 2016), la exclusión de los temas administrativos o de procedimiento (art. 2009).

Téngase en cuenta que, el Derecho Registral tiene como finalidad dotar de seguridad, certeza y estabilidad al tráfico patrimonial mediante los poderosos efectos materiales que conlleva una situación jurídica que accede al Registro

(oponibilidad, fe pública y prioridad), cumpliendo de esta manera el papel de otorgar publicidad y garantía a los derechos de los particulares. En este sentido, la publicidad registral elimina la incertidumbre de la contratación, protege la buena fe y tutela a los terceros, siempre dentro de un manto de seguridad pero con justicia.

Todas estas características son manifestaciones propias del Derecho Privado, y justifican por ello un sitio en el Código Civil.

Los contratos por sí mismos transmiten la propiedad, aun frente a terceros, siempre que esta regla no encuentre un excepcional obstáculo en caso de presentarse un conflicto entre título inscrito frente a otro no-inscrito.

La inscripción declarativa no es un mecanismo para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar que eventuales contradictores puedan a su vez inscribir, y ser preferidos en el conflicto. Es decir, la falta de inscripción no impide ser propietario, pero conlleva el riesgo que un tercero cualificado pueda consolidar una adquisición a non domino permitida por la ley y cuyo fundamento se encuentra en tutelar la seguridad jurídica en la circulación de los bienes.

Por otro lado el embargo es el acto judicial de vinculación de bienes para afectarlos a los fines del proceso de ejecución, no obstante, el juez dicta la medida sin certeza respecto a la propiedad del bien embargado, por lo que se trata de una providencia ejecutiva ordenada en forma superficial por la ausencia de elementos de juicio suficientes ; y en tal contexto, si el embargo se traba sobre la base de una premisa tan débil, entonces ello impide otorgarle el efecto de extinguir o gravar la propiedad de un tercero, ajeno al deudor, pues no pueden crearse “derechos” (definitivos e irrevocables) cuyo sustento apenas es una decisión tomada por urgencia. Por tal razón, el embargo no es “derecho”, ni

podría serlo, sino acto de ejecución, que por tal motivo sufre de una debilidad intrínseca, pues se dicta sin contradictorio, a solo pedido del acreedor y sin certeza sobre la titularidad del bien afectado, por lo que es imposible que sobre esa base material y jurídica tan pobre se construya un derecho definitivo e irrevocable.

La posición contraria, por la cual se sostiene que el embargo deba mantenerse en agravio de la propiedad ajena, por más patente que sea la errata en la cual haya incurrido el juez para ordenar su traba, representa claramente una interferencia sobre la propiedad ajena originada por causa extraña, anómala y arbitraria, sin justificación alguna, pues si tal derecho tiene carácter fundamental, entonces la grave perturbación que sufre el propietario (embargo indebido) solo podría permitirse excepcionalmente si hubiese algún principio o bien constitucional de tipo contrario, de la misma importancia, que debiera protegerse en el caso concreto (ponderación), pero en este caso ni siquiera existe un valor contrapuesto.

Este es el fundamento decisivo por el cual el embargo debe ceder frente al derecho de propiedad acreditado de forma suficiente, aun sin inscripción, pues una medida superficial del juez no puede oponerse a la propiedad, que tiene valor de prerrogativa fundamental (art. 70 de la Const.) y de derecho humano (art. 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Constitución consagra la inmunidad de la propiedad (“inviolable”), es decir, el orden jurídico rechaza las interferencias ilegítimas contra el titular del derecho, lo que ha sido reafirmado por reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional (Exp. N° 00043-2007-AA/TC, Exp. N° 5614-2007-AA/TC, Exp. N° 022-2007-AA/TC). En tal contexto, la propiedad no puede ser tan débil que una resolución judicial

sumaria, sin contradictorio ni certeza, pueda sobreponerse a ella. Ello implicaría una conclusión claramente absurda, como la de los extremistas registrales que sostienen que las falsificaciones pueden despojar al verus dominus. En la misma línea protectora se encuentra nada menos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En algún momento e incluso aún hoy, con argumentos que finalmente redundan en lo mismo, se pretendía hacer valer la seguridad jurídica que ofrece el registro público para hacer prevalecer la anotación de medida cautelar de embargo haciéndose referencia a los principios de fe pública registral (art. 2014 del CC), de prioridad (art. 2016 del CC) y recientemente, al principio de legitimación (art. 2013 del CC) e incluso, al principio de publicidad material recogido en el artículo 2012 del CC.

El error de sustentar directa o indirectamente la prevalencia del embargo en los mencionados principios parte de la creencia equívoca de que todo supuesto de conflicto entre derechos que involucre al registro público debe solucionarse con base a hacer prevalecer indiscriminadamente al que inscribió su derecho, sin atender la verdadera naturaleza de los derechos en conflicto

Tenemos como precedente, la Casación N° 5135-2009- Callao, publicada en agosto de 2014 y la Casación N° 429-2013- Lima, publicada el 30 de abril de 2015, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la que se establece (correctamente y con ocasión del embargo trabado por el Indecopi en ejecución del cobro de una multa) que la propiedad es la que debe prevalecer frente al embargo; tal es así, que la Ratio Decidendi del VII Pleno Casatorio civil, se circunscribió a la interpretación de la Segunda parte de este Artículo.

Ahora bien, y siendo el motivo fundamental de esta investigación plantear la reforma sustancial del Segundo párrafo del Artículo 2022° del Código Civil, en base a los acuerdos esbozados en el VII Pleno Casatorio Civil en materia de tercería de propiedad excluyente frente al embargo inscrito.

Por tales razones, el nuevo artículo 2022 debería tener la siguiente redacción:

“En caso de conflictos de intereses, entre titulares de derechos reales que provienen de un causante común, tiene preferencia el tercero de buena fe que ostenta justo Título, siempre y cuando sea de fecha anterior al embargo inscrito”

2.2) FORMULACIÓN DE LA PREGUNTA PROBLEMATIZADORA

Nuestro tema, materia de investigación abarcará un aspecto principal en toda la perspectiva temática del problema, por lo que tenemos que el Código Civil destacando la importancia y trascendencia del Registro, reguló en el Libro IX las normas relativas a los Registros Públicos, a fin de incluir una serie de disposiciones que regularan los principios y aspectos más sustantivos y generales relativos a los diversos registros. Estas disposiciones constituyen sin lugar a dudas, normas de la mayor importancia desde que el Código Civil le asigna un rol muchas veces gravitante a la inscripción registral. Tal es el caso, por citar algunos ejemplos, del carácter constitutivo de la inscripción de las personas jurídicas, las normas sobre la oponibilidad de la propiedad de bienes inmuebles, las normas sobre la oponibilidad de los pactos o cláusulas de naturaleza contractual, las normas y efectos sobre los actos inscribibles en el registro personal, de sucesiones

intestadas, de testamentos, entre otros.

Bajo este esquema, se ha construido una vinculación entre las disposiciones sustantivas o materiales que regulan diversas instituciones del derecho civil, y las normas registrales que gobiernan las reglas que permiten y/o habilitan su acceso al registro, y por ende, a los efectos que éstos otorgan de acuerdo a ley.

Pero que nos dice el segundo párrafo del Art. 2022 del Código Civil. Es necesaria, la modificación del segundo párrafo del Art. 2022 del C.C., en el sentido, que regule la verdadera forma de transferencia de propiedad inmueble cuando exista oposición entre los derechos reales y otros de diferente naturaleza.

Además, una de las características del Derecho es ser cambiante, y que la norma jurídica debe poseer características esenciales como: validez, eficacia, y valor, ya que de lo contrario, no sirve ni satisface las necesidades de gobernantes y gobernados.

La realidad problemática, descrita líneas arriba, nos lleva a formular la siguiente interrogante:

¿Es necesario reformar el segundo párrafo del Art. 2022 del Código Civil en base a los acuerdos esbozados en el VII Pleno Casatorio Civil?

3 CÓMO SE MANIFIESTA Y QUÉ CARACTERÍSTICAS TIENE

3.1) JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

El artículo 949 del Código Civil, nos indica cómo opera en nuestra realidad la transferencia de bien inmueble: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente

o pacto en contrario” Este Texto Normativo, recoge la teoría francesa según la cual el consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente, o el sólo intercambio de voluntades, o el consensus, perfecciona la transferencia de la propiedad inmobiliaria, dejando de lado a simple vista, la inscripción de un inmueble en el Registro Público correspondiente; es decir, la transferencia de propiedad no es constitutiva de derecho, porque nace fuera del registro, no se perfecciona con la inscripción en el registro, como sí sucede, con la constitución del patrimonio familiar así como con la hipoteca, que son actos constitutivos, que nacen con la inscripción en el registro respectivo

En contraposición el Principio de Oponibilidad – artículo 2022 del C.C., oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles inscritos, que nos dice: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quién se opone...”.

El proceso único de Ejecución, del cual deriva el embargo, discute la existencia de la obligación, pero nada más. En este Proceso no se debate el derecho de propiedad sobre los bienes del deudor, por lo que el embargo no es otra cosa que un mandato dictado en forma superficial, a solo pedido del acreedor, sobre la base de indicios, apariencias o suposiciones, pero sin que exista una declaración de certeza emanada de proceso plenario sobre la propiedad. Por ello se dice con toda razón que el embargo no es “derecho”, que implicaría certeza, sino una medida de ejecución sobre la que precisamente no se tiene certeza, pues se opera en mérito de puras presunciones.

La prevalencia de la inscripción del embargo, le negaría al interesado la posibilidad que ese mismo juez corrija su error, pues el resultado concreto sería

que el embargo, una vez inscrito, no podría alterarse bajo ningún concepto

La doctrina que convalida el embargo sobre inmueble ajeno, se basa en la idea de que éste, constituye un “derecho” oponible por la inscripción y que se impone a los derechos no inscritos; empero, la premisa, de tal afirmación, es falsa, pues el embargo no es un derecho (Moreno Catena, 2009), ni puede serlo, según se explicará enseguida.

Así, el proceso Único de Ejecución habilita al acreedor para satisfacer su crédito mediante actos procesales que se materializan en la actividad de sujetar bienes (embargo) para la enajenación (remate) y el consiguiente cumplimiento del mandato (pago). En efecto, la acción del deudor, no cumplida, es sustituida por la actividad del juez para llevar a cabo el mismo propósito. Por otro lado el Proceso Único de Ejecución tiene como finalidad que el crédito se cumpla a favor del acreedor mediante la liquidación de bienes del deudor, pero la cognición no existe o está reducida a la mínima expresión, pues se sustenta en el título ejecutivo que presupone certeza, empero, esta se ejerce contra el deudor que es obligado en el título, pero no puede afectar a los terceros no vinculados. En tal contexto, el objeto de la ejecución es la realización efectiva de la pretensión, pero para lograrlo se necesita –cuando exista resistencia del deudor u obligado–, de medidas de ejecución, especialmente el embargo que puede definirse como: “aquella actividad procesal compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes.

Por tanto, el Proceso Único de Ejecución exige la realización de bienes de propiedad del deudor¹, que es el obligado, con el fin de satisfacer el derecho del acreedor, para cuyo efecto, el juez deberá afectarlos y rematarlos para obtener el valor económico que permita el pago de las obligaciones pendientes, no obstante, el juez de la ejecución, que no hace actividad declarativa de derechos por los estrechos márgenes del proceso ejecutivo, no puede comprobar o declarar con certeza la propiedad de los bienes del deudor al momento de afectarlos², por lo que se limitará a ordenar el embargo mediante una evaluación superficial, basada en meras inferencias, presunciones o suposiciones, pues la dilucidación con certeza del derecho de propiedad no corresponde a este tipo de proceso (ejecutivo), sino a uno plenario. En tal contexto, es frecuente que el juez incurra en la equivocación de afectar bienes que en realidad no pertenecen al obligado, sino a un tercero, en cuyo caso este puede interponer la “tercería de propiedad”. Pues lo hace un tercero ajeno al proceso de ejecución– con la finalidad de solicitar el levantamiento o alzamiento de un embargo trabado en forma errónea

¹ “El tribunal está investido de potestad para hacer lo que puede hacer el ejecutado, pero no se puede extender más allá su actividad. Consiguientemente, y por ejemplo, si el ejecutado solo puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio, no sobre patrimonios ajenos, tampoco podrá hacerlo el tribunal, siendo en caso contrario esos actos nulos o anulables”: *Ibidem*, p. 515.

² Esta situación se justifica por las diferencias que existen entre el proceso de conocimiento (para lograr una certeza) y el de ejecución (para afectar y liquidar bienes), por lo que en este último caso no se dilucida derechos. Solo metafóricamente podría decirse que “no se piensa, se actúa”, lo que viene desde muy antiguo: “En ningún caso podía el actor tomar por su cuenta los bienes del condenado, sino a través de la actuación del órgano judicial. Una vez formulada la petición del demandante, el juzgador, sin necesidad de previa *causae cognitio*, dictaba una simple orden de tomar en prenda los bienes del condenado, siguiendo el orden establecido, y designaba un funcionario subalterno que se encargase de las operaciones de la ejecución”: DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, Adolfo. *El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano. Pignus in causa iudicati captum*. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 85.

3.2) OBJETIVOS

3.2.1. OBJETIVO GENERAL

Plantear los lineamientos para la reforma del segundo párrafo del artículo 2022 del código civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, según las reglas establecidas en el VII Pleno Casatorio Civil y los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes.

3.2.3 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Evaluar el actual contexto normativo y encontrar las deficiencias, que nos permitan plantear las mejoras necesarias.
2. Realizar un análisis de los puntos tratados en el VII Pleno Casatorio Civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito
3. Establecer cuáles son las ventajas y desventajas de hacer una reforma del segundo párrafo del Art. 2022° del Código Civil.
4. Realizar un estudio especial y específico que nos permita proponer la reforma sustancial del segundo párrafo del Art. 2022° del Código Civil.
5. Proponer el proyecto de ley de reforma del segundo párrafo del Artículo 2022 del Código Civil

3.3) HIPÓTESIS

A través de la reforma del segundo párrafo del artículo 2022° del código civil, consideramos que sería viable absolver nuestra pregunta problematizadora, expuesta al inicio de la presente propuesta y que contiene el siguiente alcance:

Si se reformara el segundo párrafo del artículo 2022 del código civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, según las reglas establecidas en el VII Pleno Casatorio Civil y los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes. Entonces se protegería mejor el derecho de propiedad del tercero propietario que acredita la preexistencia de su título con fecha anterior al embargo, sin necesidad de haberlo inscrito y es afectado por una obligación que no es suya.

3.4) VARIABLES

3.4.1) VARIABLE INDEPENDIENTE

Reforma del segundo párrafo del artículo 2022 del código civil respecto a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, según las reglas establecidas en el VII Pleno Casatorio Civil y los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes.

3) VARIABLE DEPENDIENTE

Derecho de propiedad del tercero propietario que acredita la preexistencia de su título con fecha anterior al embargo, sin necesidad de haberlo inscrito y es afectado por una obligación que no es suya.

4) INFORMACIÓN METODOLÓGICA

4.1) DISEÑO DE LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Para el diseño de contrastación se realizó un análisis sobre las figuras Jurídicas de Tercería de Propiedad y embargo en el Código Civil Peruano. Hasta llegar al tratamiento Jurídico actual establecido en el VII Pleno Casatorio Civil y los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes, sobre la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito. Ello con el propósito de conocer los fundamentos normativos que han inspirado a nuestros legisladores para que prevalezca el derecho de propiedad frente al embargo.

4.2) POBLACIÓN Y MUESTRA

Nuestro estudio se centró en un análisis doctrinario y jurisprudencial del panorama jurídico que regula la inscripción de la propiedad de bienes inmuebles, y los acuerdos tomados al respecto en el VII Pleno Casatorio Civil.

Esto nos permite sostener que el universo de nuestro estudio se centrará en el análisis normativo y la muestra se ejecutará en aspectos puntuales o referenciales, como es por ejemplo el Segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil.

4.3) MATERIALES, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

4.3.1) MÉTODOS Y PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

(A) MÉTODOS

La investigación planteada tendrá las siguientes características en cada etapa de la investigación:

- a. Descriptiva.-** Por cuanto se evaluará, todo el panorama normativo y VII Pleno Casatorio que regula la Tercería de Propiedad Excluyente frente a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito.
- b. Cualitativa.-** La presente Tesis, también posee un aspecto cualitativo, ya que proponemos en términos teóricos, normativos y prácticos alternativas de solución claras y precisas basadas en una norma, para los procesos de prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito en que las partes se ven afectadas, la modificatoria del Artículo 2022 del Código Civil.
- c. Inductiva.**
Se analizará la legislación y los acuerdos tomados en los plenos Casatorios sobre la materia.
- d. Exegética:**
Ya que se analizará principalmente la legislación sobre la materia.

e. **Dogmático Jurídico.**

Orientado hacia el análisis de contenido; es la aplicación de la lógica formal a los casos de derecho o resolver los casos de derecho

(B) PROCEDIMIENTO

Será por etapas o fases.

1. Abierta y exploratoria:

Será una aproximación, gradual reflexivo guiado por los objetivos, donde cada momento de revisión y comprensión será una conquista basada en la observación y el análisis. En esta fase se concretará el contacto inicial para la recolección de datos.

2. Sistematizada en términos de recolección de datos:

Orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura para facilitar la identificación de los datos existentes en la base documental utilizando la técnica del fichaje, la observación, el análisis de contenido, y un cuaderno de notas. En cuanto sea posible se irá redactando los datos para demostrar la coincidencia de los datos.

3. Análisis sistemático:

De nivel profundo orientado por los objetivos y articulando los datos con los referentes teóricos y normativos desarrollados en la investigación. Para la identificación de los datos, su análisis y la elaboración del informe final, además

de lo expuesto, se utilizará los métodos generales como el método sintético, analítico, deductivo e inductivo.

4. Consideraciones éticas.

De acuerdo a la Constitución Política del Estado vigente: Se tendrá en cuenta el Principio de Reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad.

5. Rigor científico.

Se tendrá en cuenta la confirmabilidad y la credibilidad. Para demostrar que se ha minimizado los sesgos y las tendencias del investigador y rastrear los datos en su fuente.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

PROPIEDAD Y TERCERÍA DE PROPIEDAD

1 PROPIEDAD

El Código Civil (AVENDAÑO VALDEZ, 2003) define la Propiedad, por su contenido jurídico, como "El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe; ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley" (Art. 923 del Código Civil).

Por lo que al juicio del autor, La propiedad, como bien jurídico, es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: usar, disfrutar disponer y reivindicar.

Usar; es servirse del bien.

Disfrutar, es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

Disponer es prescindir del bien, deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo. La disposición es la facultad de transferir la propiedad, la facultad de disponer no deriva del derecho de propiedad sino de la relación de titularidad o pertenencia.

La reivindicación; no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho.

Escobar Rozas, nos indica que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de usar, disfrutar y modificar la cosa³.

2 LA TERCERÍA DE PROPIEDAD

La tercería de propiedad es aquella acción por la cual el propietario de un bien, afectado equivocadamente por una medida cautelar o de ejecución dictada en otro proceso para hacer efectiva una obligación ajena y en el cual no es parte, recurre ante el órgano jurisdiccional alegando que tiene la propiedad de los bienes embargados a fin de lograr la desafectación del bien.

2.1) Antecedentes Históricos

No existen antecedentes de las tercerías en el derecho romano, ni en el medieval, ni en el canónico, las leyes españolas desde el futuro juzgo hasta la novísima recopilación, tampoco las

³ Escobar Rozas, Freddy. *Mitos en Torno al contenido del derecho de Propiedad*, En: *Ius Et Veritas*, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XI N° 22, pp. 117. “
i) La facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo. El poder de disponer y de gravar deriva de la relación de titularidad que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo (en este caso, el derecho de propiedad).”

reglamentan, solo en la ley de enjuiciamiento española de 1855, se encuentran algunos antecedentes de ordenamiento jurídico

2.2) Concepto

El Código Procesal Civil, en su artículo 533° (Ledesma Narvaez, 2014), establece que “la tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes”.

Para el autor Lama More⁴, los bienes del deudor responden por sus obligaciones. Este principio, vigente desde la Roma imperial, impide al acreedor el “ataque” a los bienes que pertenecen a personas distintas a su deudor; ello se sustenta en la naturaleza relativa de la relación jurídica obligacional; es decir, del hecho cierto que el sujeto activo de dicha relación, en este caso el acreedor, solo puede formular exigencia en el cumplimiento de determinada prestación: de dar, de hacer o de no hacer, al sujeto pasivo, deudor, de la misma relación; el incumplimiento de la obligación por el deudor, habilita al acreedor a formular ante el órgano jurisdiccional pretensiones tendientes a lograr el cumplimiento por el deudor de la obligación asumida; si la obligación es de aquellas que pueden ser apreciadas patrimonialmente, y que llegado el momento el cumplimiento se reduce al abono de una determinada suma de dinero, corresponde al acreedor solicitar al juez la afectación jurídica o gravamen de los bienes que pertenecen al deudor a efecto de que, de alcanzar sentencia firme a su favor, puedan dichos bienes ser objeto de subasta o venta pública, con el objeto de recaudar el dinero que sirva para pagar al acreedor. Tales bienes, como se indica, tienen que ser necesariamente del deudor o en todo caso, de

⁴ Acerca de las tercerías de propiedad contra gravámenes que provienen de garantías reales.

quienes, en virtud de la ley o del convenio, deban asumir la misma obligación que el deudor incumplió.

Si el bien afectado jurídicamente por el juez con medida cautelar o para su ejecución –por ejemplo embargo– no pertenece al deudor, sino a una persona ajena a la relación jurídica sustantiva existente entre el demandante –acreedor– y el demandado –deudor–; corresponde a ésta persona hacer valer su derecho de propiedad a efecto de que el juez, que dictó el gravamen, detenga la subasta pública, deje sin efecto tal medida y le entregue el bien libre del mencionado gravamen. La acción que éste tercero hace valer ante el órgano jurisdiccional se conoce como la tercería excluyente de propiedad o tercería de dominio; la doctrina y los sistemas procesales contemporáneos, han establecido que el juez que debe conocer de esta acción es el propio juez que dictó el embargo o medida cautelar; es decir, el juez que conoce del proceso principal.

2.3) Definición de tercería por diversos autores.

Para Hinostroza (Hinostroza Minguez, 2008) “la tercería (en general), estrictu sensu, es el proceso por el cual el tercero (que actúa aquí como demandante) se opone a los intereses de los sujetos activo y pasivo de la relación jurídico procesal que encierra en forma accesoria la medida cautelar que perjudica al primero de los nombrados, ya sea para exigir el levantamiento de una medida precautoria indebidamente trabada sobre un bien de su propiedad o para reclamar su derecho a ser reintegrado de su crédito de manera preferencia con el producto obtenido del remate de los bienes de su deudor afectados por una medida cautelar a favor de otro acreedor” En palabras de Enrique Falcón (FALCÓN, 1978) “se llama tercería a la pretensión independiente de un tercero ajeno al proceso, que pretende el dominio de los bienes embargante sobre dichos bienes”. En opinión de Lino Palacios “en términos generales, denominase tercería a la pretensión que puede interponer una persona ajena a las partes que intervienen en un

determinado proceso a fin de que se disponga el levantamiento de un embargo en ese proceso sobre un proceso de su propiedad que se le reconozca al derecho a ser pagado con preferencia al embargante al producto de la venta que ha sido objeto de dicha medida”.

2.4) La Tercería de Propiedad desde diversos puntos de vista

2.4.1) Desde el punto de vista sustantivo

Derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, reclama por un derecho propio. Punto de vista acogido en sede casatoria cuando se precisa que: “Se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en pos de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad”

Podetti anota lo siguiente: “En su acepción común, aun dentro del vocabulario jurídico, tercero es una persona ajena a una relación o a una controversia suscitada entre otras.

Yo lo empleo con un significado más amplio, que es diverso del precedente. El proceso común y también considerado históricamente tiene dos sujetos: actor y reo demandado, que con el juez constituyen la trilogía romana que da origen a la idea de la relación jurídica, simples o compuestas, los sujetos clásicos son dos: actor (primus) y demandado (secundus). Pero puede intervenir voluntariamente o por llamados por las partes o por el juez, antes o después de trabado la contienda, otro sujeto (tertius) que bien puede ser como (litis consorte, coadyuvante substituto o sucesor del actor) o Demandado, pero que es siempre un nuevo sujeto distinto físicamente a los anteriores y jurídicamente también, aun cuando sea solo en matices de su interés.

A este Nuevo Sujeto, lo llamo tercerista o tercero, con el significado de que nos es *Premius* (actor originario) ni *secundus* (demandado originario). Así llamo tercerista: llamado en garantía real (real o personal) el denunciado por ficto poseedor y todo aquel que por su interés propio directo o por defender un interés ajeno a fin defender el propio, sea ese interés originario o por cesión, sucesión o substitución, interviene en un proceso pendiente, sea como litisconsorte de los sujetos originales, en lugar de uno de los o en forma incluyente.

En resumen, cuando posteriormente a la demanda, o sea al ejercicio por el actor de la facultad de pedir protección jurídica interviene otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda), sustituyendo coadyuvando con los sujetos principales, sostengo que hay tercería. Puede haber pluralidad de actores o de demandados o no, puede haber un nuevo sujeto frente a actor o demandado originario (*tertius* en sentido restringido) o no. Puede haber o varios litis o controversias” (Podetti 1949).

2.4.2) Desde el punto de vista procesal

Pretensión jurídica que se tramita vía proceso abreviado por el cual una tercera persona reclama ingresar en la relación jurídica procesal expresando un derecho incompatible con el remate o un derecho preferente de pago. Persona que ejecuta una acción ajena a un juicio, invocando a su favor un derecho de tercería.

Punto de vista que también es acogido en sede civil cuando se precisa que “La tercería de propiedad es la acción que corresponde al propietario de un bien que resulta afectado por una medida cautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena y, tiene como finalidad la desafectación del bien” .

Señala Ortells Ramos que “desde el punto de vista procesal, este embargo es válido y eficaz. Esto supone que podrán acordarse las medidas de garantías del embargo trabado, que los bienes

podrán ser sometidos a los procedimientos de realización forzosa previstos en la Ley y que podrán ser adjudicados los mismos. Todo ello sin que la circunstancia de no pertenecer los bienes al ejecutado repercute, por sí sola, en la falta de validez y eficacia procesales de estos actos de ejecución (ORTELLS 2002) . Podemos señalar que la tercería viene a ser aquella pretensión deducida por un tercero en un proceso, del cual no es parte sustantiva ni procesal, en cuya virtud reclama el levantamiento de un embargo trabado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de su crédito con el producido de la venta del bien embargado. Estos son los únicos supuestos en que resulta posible plantear una Tercería, debiendo diferenciarse de los casos de Intervención de terceros en un proceso, que fueran mencionados anteriormente y cuyos presupuestos son mucho más amplios que los de las Tercerías.

Si señalamos la necesaria existencia de un embargo trabado sobre un bien de propiedad del tercerista, debemos dejar en claro que el embargo debe hacerse efectivo y no solo decretado, puesto que recién al hacerse efectivo el embargo ocurre la afectación del bien. También cabe mencionar que al referirnos a un Bien, incluimos en el término a los bienes inmuebles, muebles, derechos intelectuales, industriales, etc.

Existen criterios jurisprudenciales en los cuales se acepta la posibilidad de interponer la tercería en los procesos de ejecución de garantía hipotecaria, así, se señala que: “(...) la tercería... resulta factible su interposición en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria; toda vez que, la hipoteca es un acto jurídico sustantivo, que crea un derecho real de garantía que se constituye voluntariamente, para respaldar obligaciones propias o de terceros. (...) en este caso el derecho de los terceristas, para ser opuestos al derecho del acreedor hipotecario, debía ser inscrito con anterioridad al de éste; por lo que, su trascendencia para prevalecer o no sobre la garantía real tiene que merecer análisis en sentencia” .

2.5) Fundamento de la Tercería de Propiedad

2.5.1) La tercería en términos amplios

El proceso, en principio, vincula solo al demandante y al demandado, pero, frecuentemente, se extiende también a terceros que pueden encontrarse afectados de dos maneras, según se trate de un proceso de conocimiento o de ejecución. Así también lo ha hecho saber nuestra Corte Suprema cuando ha precisado que; “Se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en el de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad”

Para Alsina “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, es exclusivo y el propietario puede impedir a terceros el uso, goce o disposición de la cosa; es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública previa desposesión y una justa indemnización.

Por ello señala que: “Cuando se embargan bienes pertenecientes a un tercero, éste puede oponerse invocando su derecho de dominio, para el cual se le autoriza por la ley a deducir la acción de tercería. Pero esta es una facultad que se le acuerda, porque tratándose de inmuebles, no pierde el dominio por el hecho de que se hubiera vendido en la ejecución ya que podrá reivindicarlo del tercer adquirente mientras su derecho no se haya extinguido por prescripción” (Alsina 1963).

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; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin embargo, puede fundarse en la

propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

En tal sentido, la tercería de propiedad tiene por finalidad específica la desafectación de aquel bien que ha sido afectado por una medida acautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena. En este sentido, a través de la tercería de propiedad el legislador faculta al verus dominus de un bien para que pueda desafectarlo y así evitar que su bien responda por una obligación de la cual él no es el titular, como consecuencia de un proceso del cual tampoco es parte.

Si bien conforme lo señalan los artículos 100° y 533° del Código Procesal Civil, la tercería de propiedad tiene como finalidad que se reconozca el derecho del tercerista en oposición al de aquellos que litigan en un proceso donde un bien que se atribuye de tercero ha sido afectado por medida cautelar o se encuentra para la ejecución, situación que cuando se confronta derechos reales inscritos solo puede ocurrir si se examina la buena fe de quien inscribió primero, asunto que resulta ajeno a lo debatible en tercerías de propiedad y que origina una manifiesta inconexión lógica entre los hechos y el petitorio. Demandas con la fundamentación planteada ante el inferior en grado llevan in sito el cuestionamiento al acto jurídico contenido en el documento que encierra a la garantía real (por nulidad absoluta o por anulabilidad), lo que tampoco es materia del proceso de tercería de propiedad, ratificándose con esto la presencia, en todo caso, de la precitada causal de improcedencia en el inciso 5 del artículo 427° del Código Procesal Civil.

2.5.2) Condiciones de la acción de tercería de dominio

Los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil establecen los presupuestos, tanto objetivos como subjetivos, cuya concurrencia determina la obtención de la tutela judicial correspondiente

a la tercería de dominio. Dentro de dichos presupuestos podríamos distinguir aquellos relativos a la admisibilidad de la demanda de tercería; y aquellos relativos al fondo de la pretensión.

2.5.3) Presupuestos relativos a la admisibilidad de la demanda

Señala el artículo 535° de la norma procesal 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 pudiera irrogar.” Así pues, podemos señalar que, con carácter previo al pronunciamiento sobre el derecho de tercerista, y como requisitos para la admisibilidad de la demanda, deben concurrir los siguientes:

a) *Un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista*

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

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

Para oponer con éxito una tercería excluyente resulta imprescindible que se acredite que la fecha de adquisición sea cierta y confiable y que preceda en el tiempo a la de medida cautelar. Conforme señala Rodríguez Garcés (Rodríguez 1967). “el tercerista debe probar de acuerdo con las reglas generales su derecho de dominio sobre los bienes embargados. Debe probar que la cosa embargada es la que reclama, y precisar la identidad de ella en tal forma que lleve al convencimiento del juez que lo que se reclama y le pertenece es precisamente el objeto embargado y no otro”.

Al demandante le corresponde acreditar en los actos postulatorios de su pretensión de manera plena su derecho de propiedad. En tal sentido debe tenerse en cuenta que en el caso de bienes muebles el accionante acreditará su derecho con la correspondiente escritura pública o Copia Literal de dominio en la que se pueda corroborar dicha afirmación. En el caso de bienes muebles deberá bastar con que se pueda establecer la posesión del bien, la misma que detentaba al momento de la ejecución de la medida cautelar dispuesta.

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

La acreditación del derecho de propiedad debe encontrarse debidamente sustentada en documento idóneo en el cual se pueda corroborar el derecho del tercerista, así en el caso que el demandante presente una minuta de compra venta que no se encuentre legalizada o certificada por notario, no otorga el sustento necesario al Juez para que admita a trámite la demanda, así, en sede casatoria se ha señalado que “La tercerista pretende acreditar su derecho con una minuta

(...), la que no se encuentra legalizada o certificada notarialmente no bastando la existencia de un sello de la Notaría, por lo que dicho documento no puede ser oponible al derecho de terceros”

Igualmente, resulta improcedente la demanda de tercería si el demandante no acredita la propiedad del bien inmueble a la fecha de formalización de la medida de embargo en forma de inscripción del referido inmueble.

De igual forma en sede casatoria se ha precisado que: “La desafectación de un gravamen hipotecario no puede lograrse a través de un proceso de tercería, sino en uno de nulidad de acto jurídico. Ya que la tercería de propiedad, tiene como presupuesto procesal fundamental que se acredite la propiedad de los bienes afectados o bien en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes”.

b) *La existencia del embargo sobre bienes y derechos*

Pese a que resulta evidente la existencia de este requisito, habida cuenta que la finalidad de la tercería de dominio es que se deje sin efecto el embargo indebidamente trabado, lo cierto es que el artículo 534° de la norma procesal establece unos límites temporales a la interposición de la tercería de dominio. Según ella la tercería debe ser interpuesta en cualquier momento antes de que se inicie el remate del bien, el momento inicial debe situarse en el momento en que se haya embargado el bien o bienes a que se refiere, aunque el embargo sea preventivo, pero que incluso se encuentre en ejecución y para su correspondiente remate. En este sentido, y para atender al momento concreto del embargo hay que acudir al artículo 611° de la norma procesal que establece el contenido de la decisión cautelar así como el artículo 638 y 641° referido a la ejecución de la medida efectuada por funcionario público o realizada por secretario respectivo.

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

No obstante, si durante la sustanciación del procedimiento de tercería, el embargo es alzado mediante resolución firme, nos encontraremos ante una carencia sobrevenida del objeto por lo que, el procedimiento de tercería finalizará al haberse sustraído la materia.

Palacio Lino (Palacio 1983) al respecto apunta que: “la admisibilidad de las tercerías cualquiera sea su clase, se haya condicionada a la existencia de un embargo. En caso contrario no existiría interés jurídico que la sustentase, porque aun en la hipótesis de que en un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre un proceso pendiente entre otras personas la controversia versará sobre el dominio de un bien de propiedad del tercerista, o sobre un crédito de éste relacionado con la cosa litigiosa, la sentencia que en ese proceso se dictará le sería inoponible y carecería por tanto de toda virtualidad para despojarlo del bien o de un derecho preferencial sobre él.

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

c) Prestación de caución

El Código Procesal Civil, en la parte final del artículo 535° establece un tercer presupuesto de admisibilidad de la demanda de tercería que no es exigible en todo caso, sino cuando no se haya

acreditado el derecho por parte del demandante con documento privado o público, por lo que a criterio del juez deberá otorgar garantía suficiente.

Se trata, en definitiva, tal y como señala Montero Aroca “de proteger al acreedor frente a las dilaciones provocadas por demandas abusivas o carente de fundamento y de asegurarle, en su caso, un adecuado resarcimiento por el perjuicio que ello pudiere ocasionarle” (Montero 2004).

2.6) Competencia en materia de tercería

Un proceso de Tercería se tramita en la vía abreviada, conforme lo precisa el artículo 486° del Código Procesal Civil. Por lo tanto los jueces competentes para su conocimiento son los civiles y los de paz letrado (artículo 488° del CPC).

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

Con relación a la norma antes señalada existe un posición muy interesante por parte de la Profesora Eugenia ARIANO (ARIANO DEHO, 2004), para quien “Quizá la clave para determinar quién es el Juez competente esté justamente en el artículo 100° del CPC, artículo en el que cayendo en un viejo equivoco, se concibe a la tercería como una “intervención de terceros”, cosa que obviamente no es tal pues la tercería promueve un proceso declarativo autónomo a instancia del tercerista en contra de las partes del otro proceso y no una inserción de un (hasta ese momento) tercero en un proceso pendiente *inter alios*. Pero la (quizá única) valía del artículo 100 del CPC está justamente en que al discurrir impropriamente de

“intervención” nos está indicando ante quien se debe plantear la tercería como toda “intervención” ante el juez del proceso

Como ya ha quedado claramente establecido puede intervenir en un proceso un tercero (es decir aquel ajeno a la relación sustantiva que la originó y a la relación procesal instaurada, quien pretende se le reconozca su derecho en posición a los litigantes en dicho proceso, como consecuencia de una medida cautelar ejecutada respecto de un bien o bienes de su propiedad o respecto del cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar concedida.

El juez de la pretensión principal resulta competente para que conozca la acción de tercería interpuesta.

2.7) CLASES

Conforme se aprecia de la norma procesal y de la doctrina, se señala la existencia de dos clases de tercería, la primera llamada tercería de propiedad (o excluyente de dominio) y la segunda llamada tercería de derecho preferente (o de pago).

2.7.1) Acción de Tercería de Propiedad o de dominio

a. Concepto

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.

Según el autor, Hinostroza la tercería de propiedad es el proceso destinado a acreditar el dominio de un bien sobre el cual recae una medida cautelar o para la ejecución dictada en otro proceso, para así lograr su desafectación por haber sido dicha medida indebidamente solicitada y decretada. Sin embargo precisa además que, la tercería de propiedad también puede ser promovida con el objeto de lograr la cancelación de las garantías reales que afectan el bien del

tercero perjudicado, siempre y cuando su derecho de propiedad se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación real en cuestión (Hinostrza Minguez, Procesos Abreviados, 2010)

Al respecto, Lama More señala que históricamente la tercería de propiedad o excluyente de dominio ha sido pensada con el objeto de que juez que dispuso un embargo - o medida cautelar - sobre un bien que no es del demandado, disponga su levantamiento - o desafectación - si el tercero acredita la propiedad del referido bien; ello supone el dictado de una medida provisoria de suspensión del proceso - solo respecto del bien cuya propiedad invoca el tercero -, aun cuando éste se encuentre en la etapa de ejecución, con sentencia firme; el juez competente para conocer la tercería de propiedad es el mismo que dictó la citada medida cautelar.

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

b. Fundamento

Por otra parte el sustento principal 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. Por ello Hinostrza precisa que 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. Cabe resaltar que si bien el bien sobre

el cual recae la medida precautoria o para la ejecución fuese solo poseído por el sujeto procesal que la sufre en forma inmediata, será el propietario quien podrá reivindicarlo haciendo uso de la tercería de propiedad.

Al respecto Alsina sostiene que: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona, es exclusivo y el propietario puede impedir a terceros el uso, goce o disposición de la cosa; es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública previa desposesión y una justa indemnización.

Por ello señala que: “Cuando se embargan bienes pertenecientes a un tercero, éste puede oponerse invocando su derecho de dominio, para el cual se le autoriza por la ley a deducir la acción de tercería. Pero esta es una facultad que se le acuerda, porque tratándose de inmuebles, no pierde el dominio por el hecho de que se hubiera vendido en la ejecución ya que podrá reivindicarlo del tercer adquirente mientras su derecho no se haya extinguido por prescripción” (Alsina, 1963)

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; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes. Sin embargo, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación.

En tal sentido, la tercería de propiedad tiene por finalidad específica la desafectación de aquel bien que ha sido afectado por una medida acautelar o de ejecución dictada para hacer efectiva una obligación ajena. En este sentido, a través de la tercería de propiedad el legislador faculta al verus dominus de un bien para que pueda desafectarlo y así evitar que su bien responda por

una obligación de la cual él no es el titular, como consecuencia de un proceso del cual tampoco es parte

3 EL PRINCIPIO REGISTRAL DE INOPONIBILIDAD

Este principio de oponibilidad nos indica que si el adquirente no-inscrito de un derecho sobre inmuebles no lo puede ejercer frente al tercero con un derecho inscrito sobre el mismo inmueble, ni tampoco aquel puede formular pretensiones perjudiciales en contra de éste.

Por otro lado observando el fenómeno, desde un punto de vista jurídico, y siguiendo uno de los fines de la publicidad; es conseguir una titularidad cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, quedando éstos garantizados frente a cualquier alteración oculta. Desde un punto de vista económico, el Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema, cuál es: La definición, atribución y protección de los derechos de propiedad.

Ahora, sabido es que sin derechos de propiedad no hay mercados, puesto que los agentes no podrían intercambiar los bienes si no existiese una vinculación entre los propietarios y esos bienes, sin derechos de propiedad eficientes no hay mercados eficientes y sin estos últimos no hay crecimiento económico. Sin la publicidad del Registro, el hipotético comprador de un bien inmueble tendría muchas dificultades para conocer si el vendedor es realmente el propietario, correría el riesgo de que en cualquier momento apareciesen otras personas con posibilidad de reivindicar el bien o con cargas ocultas otorgadas por el vendedor (por ejemplo: una hipoteca). En tal situación, cada persona habría de consagrar mucho tiempo y esfuerzos en informarse sobre el estado jurídico de los bienes por adquirir, e investigar las posibles cargas que el vendedor trataría de ocultar.

Este es la función principal de la primacía de la publicidad: facilitar el tráfico sobre inmuebles, reducir las asimetrías informativas, proteger los derechos de propiedad, clarificar quiénes son los titulares de cada derecho y, en general, posibilitar una contratación más fácil y segura.

El principio de inoponibilidad se halla contemplado en el artículo 2022, 1 del Código Civil: “para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre inmuebles, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”. Los principales supuestos de aplicación de este principio son los siguientes:

- a) En la doble venta de un mismo inmueble, adquiere la propiedad el comprador que primero llega al Registro.
- b) La venta de un inmueble conlleva la liberación de los derechos reales anteriores constituidos por el vendedor pero no inscritos. Si por ejemplo se compra un inmueble cuya información registral dice no tener gravámenes, entonces la posterior aparición de una hipoteca no-inscrita o un usufructo no-inscrito, resultan inoponibles al propietario con título inscrito.
- c) En la adquisición de derechos reales limitados o de garantía, la inscripción de éstos hace que se tenga como inoponible la eventual transferencia de propiedad no-inscrita, aun cuando ésta sea de fecha anterior a la constitución del derecho real limitado o de garantía, con lo cual el nuevo propietario tendrá que sufrir el gravamen respecto al objeto de su derecho.

4 EL PRINCIPIO REGISTRAL DE LA FE PÚBLICA

Si el acto jurídico contenido en la inscripción es nulo

Pongamos el siguiente ejemplo: A y B celebran un negocio jurídico, el cual llega ser nulo, pero la causal de nulidad no consta en el Registro, posteriormente B vende a C el inmueble, aquí el tercero cualificado C es inmutable a la causa de nulidad que no consta en el Registro.

En los sistemas con el principio de fe pública, como el nuestro (Art. 2014 C.C.), “C” se encuentra protegido por cuanto el vicio de nulidad del negocio antecedente no lo afecta. El tercero (“C”) es tutelado por su confianza en el registro, ya que este se presume exacto. En tal caso, “C” sería un TERCERO PROTEGIDO O “CUALIFICADO”, pero dejando bien en claro que se trata de un segundo plano de protección, distinto al principio de inoponibilidad.

El artículo 2014 del Código Civil establece los requisitos necesarios de protección para el tercero “cualificado” de la fe pública:

- Adquisición válida a título oneroso (elemento negocial).
- Confianza en el Registro (elemento objetivo).
- Buena fe (elemento subjetivo).
- No debe constar en el Registro las causales de nulidades o ineficacia.
- Inscripción de su propio título (elemento de cierre).

5 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.

- **Diferencias entre la oponibilidad erga omnes de los derechos reales y la oponibilidad registral.**

Tratemos de explicar cuestiones tan simples y cotidianas como las siguientes: ¿Cómo es posible que se pueda hablar, por ejemplo, de derechos de propiedad “interpartes” como el que se dice surge de la aplicación del artículo 949 del Código Civil por el que se consagra el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmobiliaria?; ¿Cómo se explica que por aplicación del artículo 1135 del Código Civil o del artículo 2022 que comentaremos, se pueda llegar a la conclusión que quien no inscribió su derecho pueda verse perjudicado por quien, eventualmente, tiene un título posterior, pero inscribió su derecho primero?; ¿Es que la oponibilidad

de la que según la doctrina clásica gozan los derechos reales por ser tales, no tiene ningún significado práctico y lo único que cuenta es haber acudido a un medio de publicidad del derecho frente a terceros?; ¿Siempre será necesario, para hacer valer derechos reales, contar con un medio de publicidad de los mismos?; y, finalmente, ¿Es que acaso la oponibilidad registral opera sobre una Oponibilidad preexistente?.

Partamos de reconocer que en uno u otro caso la oponibilidad se sustenta en la posibilidad de que el tercero conozca el derecho ajeno para que pueda verse precisado a respetarlo, lo que sucede es que la fuente de la que deriva dicha cognoscibilidad en una y otra oponibilidad es distinta.

La oponibilidad erga omnes de los derechos reales está sustentada en la información interna con la que cuenta el sujeto respecto de los bienes que son suyos y, por deducción, respecto de los bienes que son ajenos. Esta Oponibilidad es útil y suficiente cuando lo único que le interesa al sujeto es saber si el bien frente al que se encuentra es ajeno y, por consiguiente, tiene el deber

de respetarlo, por ello se puede hablar de terceros en general o terceros “desprovistos de interés legítimo en la mutación o poenitus extranei, también conocidos como terceros desinteresados”.

En cambio, la oponibilidad registral, está concebida no para hacer valer el derecho contra todo el mundo, sino para el caso en que el tercero, contra el que se desea hacer valer el derecho, requiera adquirir el conocimiento sobre la titularidad del bien porque su conocimiento interno es, en este supuesto, insuficiente. Nos estamos refiriendo al caso en el que el tercero contra quien actuamos hubiera tenido la necesidad de saber no si el bien era ajeno sino de quien era el bien, de ahí que la doctrina hable de “terceros interesados”.

Pongamos el caso de quien desea adquirir un bien, no le basta saber que el bien es ajeno, eso ya lo sabe y justamente por ello está tratando de identificar a su propietario para poder tratar con él la forma de lograr que el bien pase a ser suyo.

A esa persona el mundo moderno le ofrece dos fuentes para obtener dicho conocimiento que son: la Posesión⁸ y el Registro⁹. El interesado al que nos referimos no solo buscara contratar, o en general, llevar a cabo el hecho o acto de configuración de su derecho con respecto al poseedor o al titular registral sino que además tratará de asumir el signo externo que ellos ostentan para así y, a partir de entonces, descartar que otras personas puedan pretender titularidades incompatibles con la suya.

En un sistema en el que, por regla general, los derechos reales sobre bienes registrados se pueden transmitir o constituir antes de ser publicados por el Registro, es perfectamente posible que una persona pueda probar su derecho para oponer el mismo a los terceros en general, cumpliendo para ello simplemente con demostrar la existencia del título del cual deriva el

mismo y sin necesidad de demostrar que se ha accedido a un medio de publicidad. En todo caso, lo que si corresponde advertir, es que por tratarse de derechos susceptibles de acceder a la publicidad registral, existe para todo adquirente el riesgo de un posible conflicto con terceros interesados que se resuelve a favor de quien primero inscribe, de ahí el interés por acceder al Registro para poder oponer el derecho a dichos terceros, pero se trata de un momento con una función distinta: la de excluir a los terceros interesados por medio de la asunción del signo reconocible del derecho.

En resumen, la absolutez u oponibilidad erga omnes de los derechos reales concierne a la protección del haz de facultades de las que goza el titular de cada derecho real frente a los terceros en general a los que simplemente les corresponde respetar lo ajeno, bastando al titular demostrar la existencia de su derecho, mientras que la oponibilidad registral es algo distinto porque protege al titular que ha logrado su emplazamiento registral frente a los terceros interesados en la titularidad de un derecho sobre el bien que no hubieran inscrito oportunamente.

Teniendo en cuenta el carácter consensual atribuible a la mayoría de adquisiciones convencionales de derechos reales, es que trataremos los conflictos con terceros en general y con terceros interesados:

a) Conflictos con terceros en general.

En estos casos, el titular del derecho real para oponer su derecho no necesita imprescindiblemente acreditar que ha accedido a algún mecanismo de publicidad de su derecho, su solo título puede ser un indicio suficiente del mismo.

6 TEXTOS NORMATIVOS NACIONALES QUE AMPARAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD

Existen diversos textos normativos que favorecen al propietario, entre los que podemos citar a:

6.1) Constitución Política del Perú

Artículo 70°.- Inviolabilidad del derecho de propiedad

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

6.2) Código Procesal Civil

Art. 100° Código Procesal Civil: Puede intervenir en un proceso quien pretende que se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad

Artículo 533° Código Procesal Civil: 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 (...). 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 (Es decir, en el caso exclusivo de garantías reales, el propietario solo puede plantear la tercería cuando su derecho se encuentra inscrito con anterioridad, pero esa limitación no existe en el embargo, por tanto, el propietario sí puede utilizar la tercería cuando acredita la adquisición de la propiedad, inscrita o no inscrita, con fecha anterior al embargo)

Artículo 535º: La demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424º y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta (Le basta al demandante probar la propiedad con documento de fecha cierta anterior al embargo; en ningún lado se exige que la propiedad deba encontrarse previamente inscrita. Por tanto, si el derecho del demandante está probado, entonces la tercería es fundada. ¿O la ley exigiría el documento de fecha cierta para admitir la tercería, pero luego en la sentencia le dirían al actor que la demanda es infundada por falta de inscripción?).

Art. 624º: Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado.

Art. 642º: Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado

7 TEXTOS NORMATIVOS INTERNACIONALES QUE AMPARAN EL DERECHO A LA PROPIEDAD

7.1) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Art. 11.1º.- Los Estado partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes, tomaran medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

7.2) Convención Americana sobre Derechos Humanos

Art. 21º.- Derecho a la propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante al pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, debe ser prohibidas por la ley.

7.2) POSICIÓN DE DIVERSOS AUTORES

Para Gunther Gonzales Barrón (Gunther, La teoría del derecho real construida a partir de los valores de la constitución, s.f.) El principio universal en materia de obligaciones es el de responsabilidad patrimonial del deudor, por el cual, los bienes presentes y futuros del deudor responden frente a la acción del acreedor, pero no los bienes de terceros, lo que se reafirma específicamente en el art. 642º CPC, por cuya virtud, no caben embargos sobre bienes que no pertenecen al deudor u obligado.

La justificación de este principio se encuentra fuera de toda duda, pues, la libertad contractual, que es derecho constitucional (art. 2, inc. 14° Const.), permite que el individuo asuma obligaciones a su cargo, pero no puede vincular a los terceros; por tanto, el deudor expone solo su patrimonio, es decir, los bienes de su propiedad (art. 70° Const.), y no los ajenos. Por lo demás, no existe mayor injusticia que una persona, junto con toda su familia, pierda su vivienda, su hogar, el centro material de su vida, por efecto del embargo y el posterior remate originado por una obligación extraña.

Por tanto, la controversia está claramente zanjada por el art. 642° CPC, que regula el embargo, por lo que no habría nada más que discutir. La misma solución se encuentra en los arts. 100° y 624° CPC. Incluso, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los tribunales ordinarios actúan correctamente cuando sancionan el criterio favorable al propietario (STC N° 03118-2011-PA/TC, de 05/10/2011). En esta línea de ideas se encuentra, nada menos, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo del 07/9/2004, cuya doctrina establece que el título de propiedad no necesita la inscripción, por lo que un mandato judicial arbitrario debe anularse cuando se acredita que afecta el derecho del titular conforme a las reglas civiles, aun sin inscripción.

Por su parte, el art. 2022° CC se refiere al conflicto de derechos sustanciales -que es la materia propia de un Código Civil-, pero no regula los efectos de actos procesales, como el embargo judicial, que, además, no es “derecho”. Empero, aun forzando las cosas, si se aplicase el art. 2022, el sentido de la decisión no cambiaría, pues la fórmula “derechos de diferente naturaleza”, solo puede aludir a los derechos reales y los obligacionales, con la lógica primacía de los primeros, no solo por consideraciones doctrinales (erga omnes), sino por la voluntad expresa del legislador (exposición de motivos oficial), y, fundamentalmente, por el art. 70° de la Constitución: “la propiedad es inviolable”. Es decir,

el orden jurídico rechaza las interferencias ilegítimas contra el propietario, lo que ha sido reconocido por reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional (STC N° 00043-2007-AA/TC, STC N° 5614-2007-AA/TC, STC N° 022-2007-AA/TC). En tal contexto, una resolución judicial sumaria, sin contradictorio ni certeza, dictada con meras presunciones o apariencias, como el embargo cautelar; o para liquidar bienes, sin declarar derechos, como el embargo ejecutivo, carece de entidad para imponerse a la propiedad.

CAPÍTULO III

EL VII PLENO CASATORIO CIVIL

1 OBJETIVO

El objetivo principal del VII Pleno Casatorio Civil, realizado en nuestro país, trata de resolver la existencia de un conflicto entre la propiedad y el embargo; ambas figuras jurídicas, enfrentan dos posturas antagónicas: Por un lado: el interés del propietario, que pretende no ser afectado con el embargo de sus bienes por deudas ajenas; y por el otro lado, el interés del acreedor, que pretende embargar bienes, aunque sean de propiedad de terceros ajenos a la deuda.

1 REGLAS ESTABLECIDAS

Por lo que en este Pleno Casatorio, los jueces supremos, han establecido tres reglas fundamentales, para la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, que debido a su carácter vinculante se debe respetar y estas son:

b) La existencia de documento de fecha cierta que acredite la propiedad del tercerista

Esta primera regla; y quizás tal vez la más importante, establece que, efectivamente, el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante. Pero fija una condición: siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

En concreto se establece que: “En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo”.

Ahora bien, el artículo 245 del Código Procesal Civil establece que un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde: i) la muerte del otorgante; ii) la presentación del documento ante funcionario público; iii) la presentación del documento ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas; iv) la difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y, v) otros casos análogos. Dicha disposición también señala que, excepcionalmente, el juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

b) Los jueces deben acreditar la autenticidad y legalidad del documento de fecha cierta

Esta segunda regla, prevé un mandato para los jueces de primera instancia que conozcan de las demandas de tercería: “El juez de primera instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma”.

c) Debe rechazarse la demanda de tercería si el notario no reconoce la autenticidad del documento de fecha cierta

La última regla, establece que: “en caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada infundada, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones”.

Sobre el particular, en los considerandos de la resolución casatoria, la Suprema justifica las dos últimas reglas, señalando que aunque el Código Civil privilegie la propiedad no inscrita del tercerista, 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. En otras palabras, señala la Suprema, tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o de un actuar fraudulento.

Ante el riesgo de fraude y la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, la Corte considera que será necesario que el juez efectúe actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda.

Fundamentalmente, señala la Corte Suprema, el juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de esta, si fuera el caso. Si el juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias,

no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada.

Ahora bien existiendo una posición de carácter vinculante para los jueces en todas las instancias, es necesario plantear reformas en nuestra norma sustantiva, para que resulte más clara y precisa, constituyendo el núcleo central de la presente Investigación.

CAPITULO IV

PROPUESTA PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 2022° DEL CÓDIGO CIVIL

Este capítulo constituye el corolario de la presente investigación, por lo que en el mismo se reúnen los criterios por medio de los cuales se sustenta la conclusión y propuesta de dicho trabajo, a efecto de fundamentar teóricamente la necesidad de reformar el Artículo 2022 del Código Civil, Decreto Legislativo N° 295.

Al hablar del derecho real de propiedad, éste se encuentra regulado en el Art. 923° del CCP, el mismo que la conceptúa como aquel poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Ante esto, la acción de tercería requiere para su viabilidad y acogimiento que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente sobre el bien. Es relevante que ese derecho que se tenga sobre ese bien sea total, es decir, que el que se siente propietario del bien debe gozar de todos los atributos que la ley proporciona; toda vez que esta tercería tiene su fundamento en el concepto mismo del derecho de propiedad. Es importante manifestar que el objetivo de la interposición de la tercería de propiedad es que se levante la medida cautelar que ha recaído de manera lesiva en los bienes del tercero, afectando de esta forma su derecho de propiedad. Este levantamiento de la medida cautelar solo podrá obtenerse cuando la propiedad del inmueble pueda ser justificada de manera fehaciente por el tercero

Dicha hipótesis parte, si antepone el rango contenido en el segundo párrafo del artículo N° 2022 del Código Civil vigente, respecto a la oponibilidad de derechos reales sobre inmuebles, son de aplicación las normas contenidas en el derecho común, por lo tanto prevalece el derecho de Propiedad, oponible erga omnes, frente al derecho personal crediticio; salvo en los casos de igual naturaleza a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva, rigen o son aplicación los principios registrales de prioridad y buena fe; por lo que podemos afirmar que

cuando existen dos derechos de distinta naturaleza, sobre un mismo inmueble, se aplican las disposiciones de derecho común, es decir nos remite al artículo N° 949 del mismo texto normativo, que prescribe que: la sola obligación de enajenar un determinado inmueble, hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal disímil o pacto en contrario

Por lo que, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil cuando se oponen derechos de diferente naturaleza que recaen sobre inmuebles se aplican las disposiciones del derecho común, debiendo entenderse el "derecho común" como no incluyente de las reglas registrales, que por ser especializadas son ajenas al derecho común.

Aunque diversos autores opinan que es ilógica la aplicación de la sentencia emitida en el VII Pleno Casatorio, argumentando que con dicha Resolución perdemos todos, toda vez que no podríamos adquirir un derecho con seguridad ya que estaremos ante la incertidumbre que aparezca alguien con un derecho adquirido antes que el nuestro pero que nunca lo publicitó. Y la solución será la misma siempre que se enfrenten derechos de diversa naturaleza: arrendamiento no inscrito vs derecho de uso inscrito; derecho de habitación no inscrito vs arrendamiento inscrito; usufructo no inscrito vs arrendamiento inscrito; superficie inscrita vs arrendamiento no inscrito; etc.

Por lo que para evitar ambigüedades se debería reformar el segundo párrafo del Artículo 2022 del Código Civil; el mismo que quedaría redactado de la siguiente manera:

“En caso de conflictos de intereses, entre titulares de derechos reales que provienen de un causante común, tiene preferencia el tercero de buena fe que ostenta justo Título, siempre y cuando sea de fecha anterior al embargo inscrito”

ASPECTOS ADMINISTRATIVOS

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES

ETAPAS	N	D	E	F	M	A	M	J	J	A	S	O	N	D	E	F	M
Búsqueda de información																	
Elaboración del marco teórico																	
Formulación del proyecto.																	
Elaboración del texto en borrador.																	
Validación de la hipótesis																	
Presentación de la tesis																	
Sustentación																	

PRESUPUESTO

RUBRO	CANTIDAD	DETALLE	TOTAL
Bienes y Materiales			
Libros			400
Revistas			500
Servicios			
Impresiones		Copias	600
Empastado, Anillados			300
Uso de Internet			1000
Gastos varios			100
Período de Investigación			
Alimentación			300
Movilidad			200
Imprevistos			400
TOTAL			3,800

FINANCIAMIENTO

Los gastos que demande la ejecución del presente trabajo de investigación, serán cubiertos por recursos propios del investigador

CONCLUSIONES

- ❖ La Tercería de propiedad, 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.
- ❖ El derecho de propiedad prevalece ante el embargo, ya que el artículo 2022° del Código Civil hace alusión al derecho Común, es decir al derecho Civil o comercial, más no a un derecho especial y específico, como es el Derecho Registral, por lo tanto no puede ser oponible; por lo que al aplicarse el primero, nos remite a la aplicación del artículo 949 del mismo cuerpo normativo, el cual expresa que el derecho de propiedad inmueble se perfecciona con el consentimiento, por lo que no valdría una distinción entre propiedad inscrita y no inscrita , ya que este derecho se tiene aunque no se haya inscrito.

Nuestro sistema de transferencia de propiedad es netamente consensual, es decir que es aquellos donde la transferencia de la propiedad inmueble opera sólo por el consenso legítimamente manifestado, de manera que el derecho de propiedad sobre un inmueble, surge a favor del adquirente aun cuando éste no haya inscrito su adquisición, por lo que aun cuando sea sobre la base de un título no inscrito, puede oponerse de pleno derecho a un embargante que pretende afectar un bien de tercero y no de su deudor

RECOMENDACIONES

- Al realizar una interpretación de la segunda parte del artículo 2022° debemos dejar de lado el principio de prioridad registral, al no aplicar la normativa registral aplicando, dando carta abierta a la aplicación del derecho común el cual señala que no importa el derecho que se inscribe primero, sino cual nació primero en el tiempo.
- Se debería hacer un análisis de la legislación vigente, al presentar el sistema declarativo en la inscripción de bienes inmuebles, permitiendo que se genere un problema, que va a incidir en la sociedad misma, que es la colisión de un derecho real con un derecho personal sobre un mismo bien, para dar lugar a la iniciación de sendos procesos judiciales, en razón de que el propietario de un bien, quiere proteger su patrimonio frente a una obligación personal en la que no ha participado

BIBLIOGRAFÍA

- Alsina, H. (1963).). *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial* (Vol. Tomo III). Buenos Aires: Compañía argentina de Editoriales S.R.Ltda.
- Arauco, A. (2014). *La Tercería de Propiedad frente a la Hipoteca y el Embargo*. Lima, Perú: Gaceta Civil y Procesal Civil.
- ARIANO DEHO, E. (stiembre de 2004). La Tercería de Propiedad en el CPC DE 1993: Sus Problemas y sus Atajos. *Diálogo con la Jurisprudencia. Cuadernos Jurisprudenciales.*, PRIMERA EDICIÓN(39), 3-17.
- Avendaño Arana, F. (2012). *Los derechos Reales en la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- AVENDAÑO VALDEZ, J. (2003). *Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas* (1 era ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Cuadros Villena, C. F. (1996). *Derechos Reales* (Vol. Tomo IV). Lima, Perú: EIRL.
- Escobar Rozas, F. (s.f.). *Mitos en Torno al contenido del derecho de Propiedad, En: Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XI N° 22, pp. 117. .*
- FALCÓN, E. M. (1978). *Derecho Procesal Civil, Comercial y laboral*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Gonzales Barrón, G. (2002). *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores EIRL.
- Gonzales Linares, N. (2012). *Derecho Civil Patrimonial: Derechos Reales*. Lima, Perú: Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas.
- Gunther, G. B. (s.f.). *La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/174305239/Gaceta-Juridica-Reales-Trabajo>
- Gunther, G. B. (s.f.). *La teoría del derecho real construida a partir de los valores de la constitución*. Obtenido de http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/ultimos/derecho_real_teoría_general.pdf.
- Gunther, G. B. (s.f.). *Propuesta de reforma parcial de los libros v (derechos reales) y ix (registros públicos) del código civil*. Obtenido de [http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/modificacion_codigo_civil_\(reales_registral\).pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/modificacion_codigo_civil_(reales_registral).pdf).
- Hinostroza Minguez, A. (2008). *Proceso Civiles relacionados con la Propiedad y la Posesión*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hinostroza Minguez, A. (2010). *Procesos Abreviados* (Vol. Tomo VIII). Lima: Jurista Editores.
- Humanos, M. d. (2015). *Código Civil. Decreto Legislativo N° 295* (Décimo Sexta Edición Oficial. ed.). Lima, Perú: Biblioteca Nacional del Perú.
- HURTADO REYES, M. (1996). *Embargo en Imuebls No registrados y registrados*. Lima: Ediciones Forenses.
- Jurisprudencia, D. c. (2007). *EL código Civil en su Jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los Artículos del Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Justicia, • M. (s.f.). *Código Civil*. Obtenido de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>

- Lama More, H. E. (s.f.). *Acerca de las tercerías de propiedad contra gravámenes que provienen de garantías reales.* . Obtenido de <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/N010/tercerias.htm>.
- Ledesma Narvaez, M. (2014). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Montero Aroca, J. (2001). *El Nuevo Proceso Civil Ley 1/2000* (Segunda Edición ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch,.
- Montero Aroca, J. (2013). *Tratado de Proceso de Ejecución Civil* (2 ed., Vol. Tomo I). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Moreno Catena, V. (2009). *La Ejecución Forzosa* (1 ed.). Lima, Perú: Palestra Editores.
- Palacio Lino, E. (1983). *Derecho Procesal Civil* (Vol. Tomo III). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Podetti, J. R. (1949). *Antecedentes y puntos de vista para una Revisión Constitucional. Tratado de tercería*. Buenos Aires: Ediar S.A.
- República, C. S. (25 de 12 de 2015). *VII-Pleno-Casatorio-Civil.pdf*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantorres/wpcontent/uploads/sites/125/2015/12/VII-Pleno-Casatorio-Civil.pdf>
- TORRES LOPEZ, J. (1987). *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos S.A.
- Vigo Saldaña, F. G. (27 de marzo del 2017 de Marzo de 2009). *La Posición de la Jurisprudencia Nacional acerca de la prevalencia del Derecho inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridd jurídica y la fe pública registral*. Obtenido de Poder Judicial: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7/04.+Jueces+-+Flaminio+Vigo+Salda%C3%B1a.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7>

LINKOGRAFÍA

- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00043-2007-AA.html>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00864-2009-AA.html>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/03118-2011-AA%20Resolucion.html>
- http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf
- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7/04.+Jueces+-+Flaminio+Vigo+Salda%C3%B1a.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a2e2d68046cbca368cf38d44013c2be7>

ANEXOS

Anexo 1 VII Pleno Casatorio Civil

Anexo II Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Tibi Vs. Ecuador

Anexo III Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 043-2007-PA/TC

Anexo IV Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 0864-2009-PA/TC

Anexo V Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N.º 03118-2011-PA/TC