

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“ANÁLISIS DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA  
PROPIEDAD INMUEBLE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA A  
TRAVÉS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL”**

**TESIS**

**PRESENTADA POR:**

**EDGAR SACACHIPANA APAZA**

**PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**PROMOCION 2014 – II**

**PUNO – PERU**

**2017**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“ANÁLISIS DEL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD  
INMUEBLE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE LA INSCRIPCIÓN  
REGISTRAL”**

TESIS PRESENTADA POR:  
**EDGAR SACACHIPANA APAZA**

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:  
**ABOGADO**

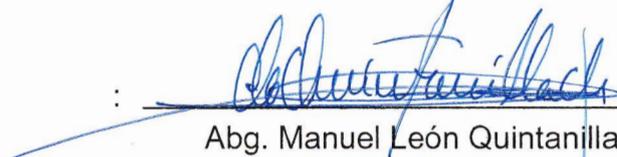
FECHA DE SUSTENTACIÓN: 2 de febrero de 2017



**APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:**

**PRESIDENTE**

:

  
Abg. Manuel León Quintanilla Chacón

**PRIMER MIEMBRO**

:

  
Abg. Waldyr Wilfredo Alarcón Portugal

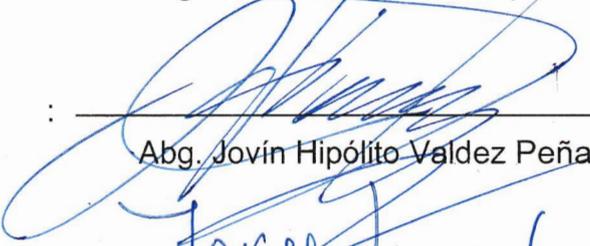
**SEGUNDO MIEMBRO**

:

  
Abg. Rene Raúl Deza Colque

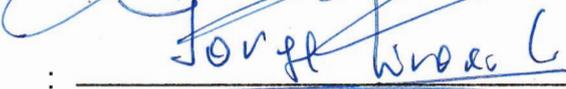
**DIRECTOR**

:

  
Abg. Jovín Hipólito Valdez Peñaranda

**ASESOR DE TESIS**

:

  
Abg. Jorge Vicente Timoteo Linares  
Carreón

**Área:** Derecho Privado  
**Línea:** Derecho Civil  
**Tema:** Derechos Reales

## DEDICATORIA

### **A MIS PADRES:**

*Rodolfo Sacachipana Medina y*

*Angélica Apaza Incahuanaco*

**AGRADECIMIENTO**

*Quisiera agradecer a mi familia,  
por su constante apoyo en mi  
formación profesional.*

*Asimismo, quiero agradecer a mi  
asesor de tesis, el Dr. Jorge Vicente  
Timoteo Linares Carreón, por sus  
consejos y aportes en la estructura  
de la investigación.*

## INDICE

RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	8
INTRODUCCIÓN .....	9
CAPITULO I .....	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	11
1.1. Descripción del problema de investigación .....	11
1.2. Limitaciones de la investigación realizada .....	12
1.3. Delimitación del problema .....	13
1.5. Justificación del problema .....	13
1.6. Objetivos de la Investigación.....	14
1.6.1. Objetivo general .....	14
1.6.2. Objetivos específicos .....	14
CAPITULO II .....	15
MARCO TEORICO .....	15
2.1. Antecedentes de la investigación.....	15
2.2. Sustento teórico .....	17
2.2.1. La propiedad .....	17
2.2.2. Concepto del derecho de propiedad .....	17
2.2.3. Características del derecho de propiedad.....	19
2.2.3.1. Carácter absoluto.....	19
2.2.3.2. Carácter exclusivo.....	19
2.2.3.3. Carácter perpetuo .....	19
2.2.4. La transferencia de propiedad inmueble .....	20
2.2.4.1. Antecedentes .....	20
2.2.4.1.1. Desde el punto de vista Romano .....	20
2.2.4.1.2. Desde el punto de vista Francés.....	21
2.2.4.1.3. Desde el punto de vista Germánico .....	21
2.2.4. El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú .....	22
2.2.4.1. Código civil de 1852 .....	22
2.2.4.2. Código civil de 1936 .....	25
2.2.4.3. Código civil de 1984.....	29
2.2.5. El sistema de transferencia de propiedad inmobiliario en el derecho comparado .....	34

2.2.5.1. Alemania .....	34
2.2.5.2. Australia .....	36
2.2.5.3. Francia .....	40
2.2.5.4. Argentina.....	41
2.2.6. Análisis jurisprudencial del sistema de transferencia de propiedad inmobiliario en el Perú.....	43
2.2.6.1. Casación N° 3671-2014 LIMA (VII PLENO CASATORIO).....	43
2.2.6.2. Casación N° 2674-2003 Arequipa.....	48
2.2.6.3. Casación N° 5135-2009- Callao.....	59
2.3. Glosario de términos básicos .....	75
2.4. Hipótesis .....	77
2.4.1. Hipótesis General.....	77
2.4.2. Hipótesis específicas.....	77
2.5. Operacionalización de variables .....	78
CAPITULO III .....	79
DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTIVACIÓN.....	79
3.1. Tipo de diseño de investigación .....	79
3.2. Población y muestra de la investigación .....	79
3.3. Ubicación y descripción de la población .....	79
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	80
CAPITULO IV.....	81
ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	81
4.1. Resultados y discusión.....	81
4.1.1. Respecto a nuestro sistema transferencia de propiedad inmueble.....	82
CONCLUSIONES .....	92
SUGERENCIAS .....	94
BIBLIOGRAFÍA .....	95
ANEXOS .....	97

## RESUMEN

La propiedad es aquel poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En el caso de la propiedad inmueble para concretar su transferencia, nuestra normatividad solo exige el acuerdo de las partes, razón insuficiente según muchos juristas, por ello, el objetivo de la presente investigación fue analizar si nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble garantiza la seguridad jurídica esperada por las partes. Asimismo, analizar los criterios adoptados en la jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de la propiedad inmueble, como es el tratamiento del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica y, qué medidas se debe aplicar para contar sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice seguridad jurídica. Para ello, se ha tenido en cuenta la ley, doctrina y jurisprudencia nacional, así también el derecho comparado. Como método de investigación se aplicó el método cualitativo, de carácter dogmático jurídico, en razón a que se procedió mediante técnicas de análisis y la observación. Finalmente, con la presente investigación, pretendemos demostrar que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, dado que solo exige que el perfeccionamiento del contrato se realice bajo el acuerdo entre las partes (solo consensu), es probable que dichas transferencias no garanticen la seguridad jurídica buscada por el adquirente, y por el contrario generen riesgo, perjuicio, desconfianza y clandestinidad en el tráfico mobiliario.

**PALABRAS CLAVE:** Inscripción registral, inmuebles, propiedad, seguridad jurídica, sistema de transferencia.

## ABSTRACT

Property is that legal power that allows to use, enjoy, dispose and claim a good. In the case of real property to materialize its transfer, our normativity only requires the agreement of the parties, reason insufficient according to many jurists, therefore, the objective of the present investigation was to analyze if our system traslaticio of property immovable guarantees juridical security Expected by the parties. Also, analyze the criteria adopted in national jurisprudence regarding the transfer of real property, such as the treatment of the system of transfer of immovable property in the comparative legislation to ensure legal certainty and what measures should be applied to count system Transfer of real property that guarantees legal certainty. For this, has taken into account the law, doctrine and national jurisprudence, as well as comparative law. As a research method, the qualitative method was applied, with a legal dogmatic nature, due to the fact that it was carried out using analysis and observation techniques. Finally, with the present investigation, we intend to demonstrate that our system of transfer of real property, since it only requires that the improvement of the contract is carried out under the agreement between the parties (only consensu), it is probable that such transfers do not guarantee legal certainty Sought by the acquirer, and on the contrary generate risk, prejudice, mistrust and clandestinity in the furniture traffic.

### KEY WORDS:

Registration, real estate, property, legal security, transfer system.

## INTRODUCCIÓN

En nuestro país, tenemos un sistema de transferencia de propiedad inmueble que adopta la teoría espiritualista de procedencia francesa, en que el solo acuerdo entre las partes es suficiente para que se perfeccione un contrato, en consecuencia, solo se distingue un solo momento, únicamente con el título; no existiendo como en otras legislaciones dos momentos (título y modo).

Por ello, la presente investigación fue orientada a realizar un análisis de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, tomando en cuenta la jurisprudencia nacional y el derecho comparado.

En el primer capítulo realizamos una breve descripción del problema de investigación, en el cual dimos a conocer nuestra situación actual y los conflictos que se generan como consecuencia de la celebración de un contrato de compraventa de un bien inmueble. Asimismo, damos a conocer la delimitación, justificación y objetivos de la investigación, el cual está ligado al planteamiento del problema.

En el segundo capítulo, se encuentra el marco teórico, en cuyo contenido se encuentran los principales conceptos relacionados al tema de investigación. Entre lo que se puede destacar la propiedad, los antecedentes de la transferencia de propiedad inmueble y su relación con el derecho comparado.

Finalmente, en el tercer y cuarto capítulo, se encuentran el diseño metodológico de la investigación y el análisis e interpretación de resultados de la investigación, conteniendo – básicamente – el análisis de los criterios adoptados por las cortes supremas de acuerdo con la muestra señalada, el

análisis de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, y la propuesta de cambiar su regulación de la misma.

Cabe indicar que con la presente investigación no pretendemos menoscabar posiciones ya existentes en los juristas y concedores del derecho, sino – por el contrario – contribuir en el conocimiento de los mismos.

Finalmente, espero que la presente investigación contribuya en fortalecer y fomentar un nuevo sistema transferencia acorde con los cambios y avances realizados en nuestro país.

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema de investigación

La situación actual de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es bastante discutida, pues existen posiciones enfrentadas en nuestra jurisprudencia respecto a este tema, lo que ha generado la inexistencia de uniformidad legal tanto en su regulación y su aplicación cotidiana, incluso en la doctrina.

En efecto, día tras día vemos una gran cantidad de transacciones comerciales, muchas de las cuales, se refieren a transferencias de bienes inmuebles celebradas bajo el solo consenso de las partes contratantes, ello quedó establecido en nuestro Código Civil de 1984.

Este acuerdo de voluntades que, en muchas ocasiones son manifestadas en documentos privados, genera en el adquirente cierta inseguridad jurídica, puesto que al adquirir un bien inmueble determinado no sabe en realidad o no cuenta con la plena certeza de que dicho bien haya sido vendido solo a él y no a uno o más personas (terceros).

Por otra parte, lo vertido por la jurisprudencia y lo escrito por la doctrina generan criterios contradictorios en el juzgador al resolver casos de esta

naturaleza, lo que evidencia que nuestra regulación normativa no es el adecuado y acorde a nuestros tiempos actuales.

Por tanto, la dinámica de los tiempos actuales exige un Código Civil que responda a nuestra realidad, propiciando mayor seguridad jurídica en el tráfico mobiliario, de ahí la necesidad de incluir como requisito de validez en la celebración de un contrato de compraventa la inscripción registral.

### **1.1.2. Formulación del problema de investigación**

#### **1.1.2.1. Problema general**

¿El sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana, dada la dinámica de los tiempos actuales, garantiza la seguridad jurídica?

#### **1.1.2.2. Problemas específicos**

¿Cuáles son los criterios adoptados en la jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de la propiedad inmueble?

¿Cómo es el tratamiento del sistema de transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica?

¿Qué medidas debe aplicarse para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice mayor seguridad jurídica?

### **1.2. Limitaciones de la investigación realizada**

La presente investigación no cuenta con un análisis cuantitativo, por cuanto esto tiene que ver con el método y diseño adoptado para la presente investigación.

Asimismo, se tuvo limitaciones en cuanto a los alcances bibliográficos proporcionados por nuestra facultad y por nuestra propia universidad, en el cual

no se encontró bibliografía actualizada referido al tema de investigación, por ello sentimos la necesidad de su pronta implementación de textos actuales referido al tema de investigación; sin embargo, ello no fue perjuicio para poder realizar la presente investigación, por cuanto se tuvo que recurrir a otros medios.

### **1.3. Delimitación del problema**

En la presente investigación nos enfocamos en la transferencia de la propiedad inmueble. A partir de ello, hacemos un análisis de nuestro sistema de transferencia de bienes inmuebles regulado en nuestra legislación peruana tomando en cuenta los artículos 949, 1529 y el 2022 de nuestro Código Civil.

Asimismo, analizamos el tratamiento de transferencia de propiedad inmueble en el Derecho Comparado.

### **1.5. Justificación del problema**

La presente investigación es importante porque aborda una problemática surgida a partir de la jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de propiedad inmueble. Por cuanto un grupo de juristas sostienen que el sistema de transferencia de propiedad inmueble debe conservarse, es decir, sostienen que para celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble es suficiente el solo consenso, por otro lado existe un grupo de juristas que sostienen la necesidad de modificar ese modo de transferencia de propiedad inmueble, el cual debe seguir la teoría del título y modo.

También porque nos permite conocer cuál es la trascendencia o magnitud que puede ocasionar optar por un sistema de transferencia de propiedad inmueble bajo el solo consenso, cuanta seguridad jurídica nos brinda este modo de adquisición de dominio. A partir de dicho análisis, proponemos

adoptar un sistema de transferencia basado en un registro constitutivo, que distinga – con suma claridad – el título y modo, para ello rescatamos lo establecido en el Derecho Comparado.

## **1.6. Objetivos de la Investigación**

### **1.6.1. Objetivo general**

Analizar y establecer si el sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana garantiza la seguridad jurídica

### **1.6.2. Objetivos específicos**

#### **Específico (1)**

Analizar los criterios adoptados en jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de propiedad inmueble

#### **Específico (2)**

Analizar el tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica

#### **Específico (3)**

Proponer las medidas necesarias para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice mayor seguridad jurídica.

## CAPITULO II

### MARCO TEORICO

#### 2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado en la base de datos de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno de la Escuela Profesional de Derecho, se ha podido verificar que existe una investigación relacionada al tema de la presente investigación, el cual fue sustentada por el ahora Abogado Herbet Huanca Quispe, esto en el año 2012, que básicamente su investigación fue enfocada a la oponibilidad erga omnes que cuenta el derecho de propiedad.

Por otro lado, a nivel nacional se ha revisado las siguientes investigaciones:

- a) La investigación titulada: “La desnaturalización de la finalidad del registro de la propiedad inmueble en el Perú”, cuyo autor es Luis Eduardo Aliaga Blanco. Dicha tesis fue sustentada en julio de 2012 en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho -, esta tesis sustenta el excesivo costo que ocasiona poder inscribir un bien inmueble en los Registros Públicos, asimismo, da a conocer los costos derivados de la participación del abogado, notario el registrador. Sin embargo, el autor está de acuerdo con tener un registro constitutivo de derechos.

- b)** La investigación titulada: “La posibilidad de reconocer un sistema de causa única de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984”, cuyo autor es Jorge Alberto Beltrán Pacheco. Dicha tesis fue sustentada en diciembre de 2001 en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho – escuela de graduando, esta tesis da a conocer básicamente las corrientes o tendencias de la jurisprudencia que en ese entonces era muy divergente, y tomo como problema la venta de bien ajeno, desarrollando de este modo la figuras legales como la ineficacia estructural y funcional.
- c)** La investigación titulada: “Es eficiente tener un Sistema de Derechos Reales – Numerus Clausus”, cuyo autor es Sergio Moisés Figueroa Cercedo. Dicha tesis fue sustentada en el 2010 en la Pontificia Universidad Católica del Perú – Facultad de Derecho – escuela de graduando, esta tesis da a conocer la debida importancia que se le debe dar al sistema traslativo de propiedad inmueble, teniendo en cuenta un análisis económico del Derecho. También comparte la idea de adecuar nuestra normatividad con la finalidad de brindar seguridad jurídica.
- d)** La investigación titulada: “Análisis de la eficiencia del sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria mediante registro en el Perú. 2000-2009” cuyo autor es Jorge Linares Carreón, el cual fue sustentado en el año 2010 en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en esta tesis da a conocer la deficiencia del sistema de transferencia de propiedad inmueble, pero en base a la doctrina y jurisprudencia contradictoria existente.

## **2.2. Sustento teórico**

### **2.2.1. La propiedad**

Según lo vertido por Eugenio Ramirez, en su libro Tratado de Derechos Reales, la propiedad – en cuanto a su evolución histórica – pasa por tres etapas, periodos o fases, a saber a) la propiedad colectiva, b) la propiedad familiar, y c) la propiedad individual. (RAMIREZ CRUZ, 2007)

El primer periodo (propiedad colectiva), comprendido entre las culturas prehistóricas y las culturas históricas o civilizaciones, pasa primero por el salvajismo donde el hombre vive en cuevas y no cuenta con un lugar fijo de habitación, no conoce entonces de propiedad, y después por la barbarie caracterizado por la domesticación, crianza de animales y trabajos de pulido realizado por el hombre, todo esto para hacer trabajos en beneficio de la tribu o clan, la propiedad es entonces colectiva.

El segundo periodo (propiedad familiar), estuvo comprendido por la civilización, fue una etapa intermedia que dio paso a la propiedad individual.

El tercer periodo (propiedad privada), con la caída de las tribus en Mesopotamia, aparece la propiedad privada, allá por los años 4,000 a 3,000 a.n.e., inicialmente en manos de los sacerdotes y altos funcionarios. Se impone en sus inicios en las leyes romanas – la Ley de las XII Tablas – definiendo a la propiedad privada como un derecho absoluto, “el derecho más completo que se puede tener sobre las cosas”.

### **2.2.2. Concepto del derecho de propiedad**

El concepto de propiedad ha sido desarrollado desde diferentes puntos de vista: filosófico, social, jurídico, económico entre otros.

Desde el punto de vista filosófico la propiedad es el instrumento que permite a los hombres desarrollarse durante su vida con valores fundamentales como la justicia, libertad, solidaridad, etc.; por su parte, desde el punto de vista social la propiedad es considerada como una necesidad social básica para la vida en sociedad; desde el punto de vista jurídico la propiedad es el derecho que tienen los hombres para ejercer cierto poder sobre los bienes, los que están regulados por las leyes; y desde el punto de vista económico la propiedad es modo de dar el uso máximo del valor de los bienes. (LINARES CARREON, 2010)

Según el código civil peruano la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, además señala que debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de que prevé la ley.

De la definición de nuestro Código Civil vigente, se desprende que la propiedad – como tal – es un poder pleno (absoluto) que nace de un derecho y que se ejerce sobre una cosa, en el que el propietario de la cosa o el bien cuenta con las facultades de usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*), disponer (*ius abutendi*) y reivindicar del mismo.

En la Doctrina, nos encontraremos con tantas definiciones como juristas al momento de definir el término *propiedad*. Pues según Mariani la propiedad expresa la idea de poder jurídico, y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y la acción de una persona. (MARIANI DE VIDAL, 2004); Por su parte Escobar refiere que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso,

que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. (ESCOBAR ROZAS F. , 1998)

### **2.2.3. Características del derecho de propiedad**

Estas son las siguientes:

#### **2.2.3.1. Carácter absoluto**

Es un derecho absoluto porque confiere los más amplios atributos y facultades jurídicas posibles al titular del derecho de un bien, así lo ha definido la doctrina clásica. Sin embargo, este señorío que cuenta el dueño de una propiedad, tiene – también – limitaciones, esto es, los que están establecidos en la parte final del artículo 923° de nuestro Código Civil vigente, el cual señala que: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con interés social y dentro de las limitaciones de la ley”

#### **2.2.3.2. Carácter exclusivo**

Es un derecho exclusivo porque solo el propietario es quien puede servirse de las acciones que la ley le franquea, esto es, no puede haber dos a más derechos de propiedad sobre un mismo bien (no es el caso de la copropiedad, que merece un tratamiento distinto).

#### **2.2.3.3. Carácter perpetuo**

Es un derecho perpetuo o tendencialmente perpetuo, que nace del aforismo: “el derecho sobrevive al sujeto”, es decir, el derecho de propiedad sobrevive aun ante la muerte del titular del derecho, verbigracia, ante sus herederos legitimados; sin embargo, también cuenta con limitaciones, porque si el titular de un derecho de propiedad o sus herederos sus atributos como tal,

pueden perder su derecho por abandono o prescripción adquisitiva. (RAMIREZ CRUZ, 2007)

#### **2.2.4. La transferencia de propiedad inmueble**

##### 2.2.4.1. Antecedentes

La transferencia de propiedad de bienes inmuebles, cuenta con tres sistemas clásicos, esto es el romano, el francés y el alemán, cada uno con un punto de vista diferenciado:

##### **2.2.4.1.1. Desde el punto de vista Romano**

En Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad, las dos primeras (*la mancipatio* y *la in jure cessio*) estaban dirigidas para las *res Mancipi* y la tercera (*la traditio*) para las *res nec Mancipi*. (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Exégesis del Código Civil Peruano 1984, Tomo IV, 1998)

La *mancipatio* o venta solemne y la *in jure cessio* eran dos modos de transferir la propiedad, que tenían que ver – básicamente – con la venta del bien hecha en presencia de testigos o de un pretor respectivamente.

Mientras que la *tradiatio* era la entrega física del bien o la cosa, elemental para alinear la *res nec Mancipi*, de común acuerdo entre el *tradens* (el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe).

Según Gayo, las *res Mancipi* eran las cosas más preciosas como los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por lomo, por ejemplo, los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos, también las servidumbres rústicas; por otro lado, las *res nec Mancipi* eran las cosas como sumas de dinero, animales salvajes.

De este modo en Roma la transferencia de bienes inmuebles se ejercía primero con el título y luego con el modo. El título entendido como la *mancipatio* o venta solemne y la *in jure cessio* y el modo como la *traditio*.

#### **2.2.4.1.2. Desde el punto de vista Francés**

Según el Código francés de 1804 (conocido como el Código Napoleónico) señala que la propiedad se transfiere por el solo consenso de las partes. Este sistema – consensual – parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan, dando a entender a que en este sistema no es necesaria la tradición, entendida como la entrega física del bien inmueble. (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, 1988)

Dicha transferencia, sin embargo, debía quedar inscrita, para producir efectos frente a terceros.

#### **2.2.4.1.3. Desde el punto de vista Germánico**

En el sistema alemán se reconoce la existencia de un sistema traslativo de separación del contrato, es decir, el contrato (entendido como el negocio generador de obligaciones) no produce el efecto real de adquisición del derecho de propiedad, sino se requiere de la presencia de un segundo negocio (independientemente del primero) que tiene por consecuencia jurídico-real, consistente este en el registro de adquisición. (BELTRAN PACHECO, 2001)

Dicho de otro modo, como primer paso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, y como segundo paso es necesaria la inscripción del contrato en el registro de propiedad o en los libros territoriales. (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, Tomo II, 1998)

Por lo tanto, en este sistema de transferencia de bienes inmuebles no basta el simple contrato para transmitir la propiedad inmueble, pues este es solo el primer paso, se requiere además de la correspondiente inscripción registral, dicho de otro modo, el consentimiento o acuerdo entre transmitente y adquirente, se perfecciona sólo con la inscripción en el registro pertinente.

#### **2.2.4. El sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú**

En nuestro país, el sistema de transferencia de bienes inmuebles ha sido materia de regulación en los Códigos Civiles de 1852, 1936 y el actual Código Civil, analicemos – de manera breve – cada uno de ellos:

##### **2.2.4.1. Código civil de 1852**

Como ha sido mencionado anteriormente, es el sistema francés el que inspiró nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, esto regulado en su Código Civil de 1804 (denominado Código Napoleónico) que fuera modificado por la Ley del 23 de marzo de 1855; en nuestro país – claro está – desde la ley de 28 de enero de 1888, que estableció el Registro de la Propiedad Inmueble y que modificó sustancialmente el régimen espiritualista del Código Civil de 1852.

Dicha ley, semejante a la francesa de 1855, estableció en su artículo 7º, que: “no podrá oponerse a tercera persona el dominio total o parcial, derechos reales, hipotecas, contratos, ni los demás títulos de derecho especificados en los artículos 3 y 4 si no están debidamente registrados”.

En este panorama, se discutía la posibilidad de implantar sistema Torrens en el Perú, sin embargo, dicha posibilidad se descartó en razón a lo siguiente:

- Que en nuestro sistema se carece de un catastro y existe dificultad para establecerlo dada la gran extensión territorial del país.
- Que los títulos son imperfectos o defectuosos. Existen lugares en donde ni siquiera hay notarios públicos.
- Asimismo, que el sistema Torrens resulta peligroso por falta de cultura jurídica en nuestro país.
- No existe personal especializado en materia registral.

Por otra parte, los codificadores Solf y Oliveira propusieron como alternativa la inscripción obligatoria de los actos que versaren sobre inmuebles registrados o que se registrasen y que la inscripción fuese sólo facultativa para los demás. (LINARES CARREON, 2010), por el contrario los doctores Calle y Olaechea sostuvieron la necesidad de mantener el sistema imperante hasta esos días.

A decir de Vidal Ramos respecto a este código, señala que: “(...) es influenciado eminentemente por el código de Napoleón, en el cual considera que el solo consentimiento “*consensus*” era necesario para poder transferir la propiedad inmueble” (VIDAL RAMOS, 2006)

En ese sentido, muchos juristas consideran que el problema se gestó de dicha codificación , en este caso, su artículo 1306, establecía el sistema espiritualista o francés, pues con el simple acuerdo de las partes sobre los elementos constitutivos de este contrato (transferir la propiedad y pagar el precio) se entendía perfeccionada el contrato. En consecuencia, con la creación del Código Civil de 1852 no se ofrece mayores expectativas de contar con un sistema traslaticio que genere seguridad jurídica.

Algunas particularidades que tendríamos que resaltar, respecto a este código es que se registraba en asientos el nombre del dueño del inmueble hipotecado, el valor de la obligación que se asegura con la hipoteca, el nombre de la persona a favor de la cual se constituye, la vecindad de los contratantes, la situación y los linderos de la finca hipotecada, y cuántas señales la determinen de modo que no pueda confundirse con otra.

En el caso de hipoteca, la anotación determinaba no sólo su validez sino también la antigüedad a efectos de obtener la preferencia en el derecho por fecha en el tiempo. De esta manera, el medio de publicidad era la certificación que debe dar el escribano de hipotecas sin necesidad de una orden judicial. De esta forma, un tercero con interés en el inmueble podía pedir información respecto al bien al escribano de Oficio de Hipotecas. (LINARES CARREON, 2010)

Otro punto importante es que se estableció que los Registros eran distritales territoriales, es decir, que los actos y contratos que son materia de inscripción se registran en la jurisdicción en que se halla radicado el inmueble. Igualmente, son materia de inscripción los actos y contratos de enajenación y, los demás títulos traslativos de dominio, las enfiteusis, censos, servidumbre, hipotecas legales, judiciales, convencionales, anticrisis y cualquier derecho real; las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya ó limite el derecho de libre disposición del propietario; los derechos de usufructo, uso y habitación; los contratos de arrendamiento, las promesas de los contratos que versen sobre bienes inmuebles, entre otros. La Inscripción se efectuó en Tomos o libros de inscripción oficiales de este Registro.

Por otro lado, el 19 de julio de 1902, entró en vigencia el Código de Comercio y se estableció el Registro Mercantil y de Buques. Asimismo, por Resolución Suprema del 30 de setiembre de 1922, el Estado proveyó el cargo de Registrador Mercantil. Consiguientemente, con la vigencia del Código de Comercio se denominó el Registro de la Propiedad Inmueble como el “Registro de la Propiedad Inmueble y Mercantil”.

#### **2.2.4.2. Código civil de 1936**

Este cuerpo legislativo se da por Decreto Supremo N° 95 de 1 de marzo de 1965 por el cual se creó la Comisión encargada del estudio y revisión del Código civil.

Al respecto, se creó una Comisión en 1980 el cual formulo un proyecto de Código civil, los que propusieron:

Artículo 938.- Los bienes fueron clasificados en registrados y no registrados, pudiendo ser estos últimos registrables y no registrables.

Artículos 939 y 940.- Los bienes registrados eran los que se encontraban incorporados a alguno de los registros existentes en el país. Los registrables, eran aquellos bienes que, por ser identificables, podían ser objeto de registro

Artículo 978.- La adquisición convencional de los bienes registrados se perfeccionaba con su inscripción en el registro respectivo.

Artículo 979.- La adquisición convencional de los bienes no registrados se perfeccionaba con la tradición.

Artículo 1094.- La prenda se constituiría sobre bienes no registrados.

Artículo 1117.- La hipoteca se constituiría sobre los bienes registrados.

En consecuencia, por Ley N° 23403 se facultó al Poder Ejecutivo para promulgar, dentro del período constitucional, mediante Decreto Legislativo, el Código civil cuyo Proyecto había preparado la Comisión encargada del estudio y revisión del Código civil de 1936.

Se dispuso la formación de una Comisión Revisora, integrada por tres Senadores, tres Diputados y tres Abogados designados por el Ministerio de Justicia, la que se encargaría de introducir las reformas que estimare pertinentes a ese proyecto.

Esta comisión revisora formuló algunas enmiendas al Proyecto, los cuales fueron incorporados en el texto final del Código civil vigente, a guisa de ejemplo, tenemos que los bienes son clasificados en muebles e inmuebles (artículos 886 y 887 del Proyecto; 885 y 886 del Código), la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario (artículos 925 del Proyecto y 949° del Código), la prenda se constituye sobre los muebles (artículos 1043 del Proyecto y 1055 del Código), la hipoteca se constituye sobre los inmuebles (artículos 1075 del Proyecto y 1097 del Código). se dedica el Libro IX del Proyecto a los Registros Públicos (artículos 1964 a 2001 del Proyecto y 2008 a 2045 del Código).

Como se puede apreciar, la solución propuesta por la Comisión Revisora, que es la del Código vigente, no significa otra cosa que admitir en la práctica que, aun cuando han transcurrido más de cien años del establecimiento del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, no han variado las circunstancias y que no es posible introducir cambios en el régimen registral vigente.

Vidal Ramos señala al respecto: “uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivo el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de los bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema todavía imperante, sustentado en el simple consentimiento, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de la vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones” (VIDAL RAMOS, 2006)

Por otro lado, Romero Romaña señalaba que: “es inadmisibles que subsista para la contratación de inmuebles el régimen actual de tener que estudiar títulos de propiedad de treinta o más años, no obstante estar inscrito el dominio en el registro de la propiedad. Ha debido hacerse el mayor esfuerzo para lograr el mejoramiento de ese organismo, de tan capital importancia para la propiedad inmueble. Nuestro registro es de tal manera deficiente que ni siquiera tiene adscritos ingenieros para que constaten la exactitud de las características que se atribuyen al inmueble, existiendo justificadamente el peligro de que se lleven a cabo inscripciones erróneas y aun de propiedades o construcciones que no existen. No creemos que sea acertado cruzarse de brazos, sino por el contrario que debe hacerse el mayor esfuerzo para facilitar y mejorar las inscripciones, hasta que pueda establecerse un sistema más avanzado, como es el Torrens”. (ROMERO ROMAÑA, 1947)

Cabe resaltar en esta parte que durante el proceso de revisión del Código de 1852 y en el proceso de elaboración del Código de 1936 se entabló una ardua discusión respecto al sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria que debía recogerse en nuestro cuerpo legal.

Tenemos entonces dos posiciones marcadas, la Alfredo Solf y Muro quien planteaba un sistema distinto a los hasta ahora mencionados, se trata del sistema constitutivo registral que establecería la obligatoriedad de la inscripción registral como acto constitutivo de la transferencia de los inmuebles, puesto que la registración viene a ser el modo más perfecto de darle a conocer a toda la comunidad de la existencia de un negocio traslativo de propiedad, armonizándose con la función social y económico de la propiedad y con el carácter absoluto que ella debe tener y que garantizaría que toda traslación vaya aparejada de la oponibilidad frente a terceros.

Por otro lado la posición de Manuel Augusto Olaechea, quien defendía la conservación del sistema de transferencia por el simple consenso planteada en el artículo 1306 del Código de 1852, argumentando que era menester mantener la tradición jurídica nacional; además, destacaba la agilidad que esta tesis le brindaba a las transacciones; y su alegación central radicaba en la precariedad del sistema registral peruano. Pero los grandes juristas de esa época - León Bariandarán y el mismo Olaechea - eran hidalgos en reconocer la imperfección del sistema espiritualista, el que sólo podía transmitir una propiedad relativa, sujeta a reclamos judiciales por concurrencia de "propietarios" que reclamasen el mismo inmueble. Después de intensas deliberaciones y debido a las circunstancias registrales caóticas, se decide mantener el sistema consensual, en el Código de 1936, Libro de las Obligaciones, artículo 1172: "la obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario".

Con el Código Civil de 1936 se designó a la Institución Registral con la denominación "Registros Públicos del Perú". Sin embargo, este código continuó con el sistema consensual para los bienes inmuebles, así se puede apreciar de la redacción del artículo 1172 del Código Civil.

El Código Civil de 1936 omitía toda regulación del derecho registral, estipulando que esta materia sea abordada por leyes especiales.

Finalmente, cabe señalar que en 1968, por acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se aprobó el nuevo Reglamento General, aprobado por la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos. Igualmente, se modificó el Reglamento de las Inscripciones, al dictarse un nuevo Reglamento del Registro de Testamento, el mismo que fue aprobado el 22 de enero de 1970 y luego el Reglamento Mercantil.

#### **2.2.4.3. Código civil de 1984**

El Código de 1984, ha tenido en cuenta básicamente la versión manejada por el jurista Manuel A. Olaechea, al señalar en su artículo 949º: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario", vemos entonces que esta norma legal es más técnico que su antecesor, 1172 del C.C. de 1936, que sólo se limitaba a la obligación de dar, sino a la enajenación en general y se refiere a bienes inmuebles, dejando de lado la vieja clasificación de cosas. (LINARES CARREON, 2010)

Por su parte, las posturas de los doctrinantes están bien demarcadas, algunos se inclinan por el respeto y vigencia fáctica y jurídica del artículo 949º, a los que se les denomina realistas o consensualistas; y por otro lado tenemos

a los propugnantes de un sistema de transferencia mediante registro, que enarbolan como bandera la del sistema de la yuxtaposición del título y el modo, por considerar que no existe posibilidad jurídica ni efectiva de que los contratos, en el Perú, pueda generar efectos reales o traslativos, a estos los llamaremos obligacionistas.

A decir del profesor Hugo Forno Flores, quien sostiene que el contrato de transferencia de propiedad inmueble tiene efectos reales, que es traslativo y no simplemente obligacional. Esto se desprende del propio artículo 949<sup>o</sup>, el cual no exige conducta alguna por parte del deudor para que opere la transferencia de propiedad; es decir, no existe prestación, entendida esta como contenido de la obligación, que se manifieste a través de un dar, un hacer o un no hacer; por lo tanto la transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación, más precisamente de una prestación, de enajenar, sino que surge directamente del contrato. (FORNO FLORES, 1993)

El profesor Freddy Escobar Rozas, manifiesta que "tomando en consideración el hecho que el artículo 949<sup>o</sup> del Código civil no requiere de la existencia de otro acontecimiento distinto del consentimiento de las partes para que opere la transferencia de propiedad inmueble, resulta evidente que hay que atribuirle a tal consentimiento la consecuencia jurídica prevista por dicho artículo". (ESCOBAR ROZAS F. , 2002)

Por lo tanto, el efecto traslativo de propiedad debe ser atribuido al contrato o al consenso, al que las partes arriben, por ser este el único acto que se sucede en la realidad, (supuesto de hecho del artículo 949<sup>o</sup>), antes de que opere el efecto traslativo (consecuencia jurídica del mismo artículo). La diferencia entre el planteamiento realista y el obligacionista, es que en el

primero se considera la existencia de un solo acto, el consenso; mientras que para los segundos coexisten dos actos bien diferenciados, el contrato o consenso y el modo que es hecho por el cual se perfecciona el contrato.

Es preciso señalar que para dotar al contrato de la facultad de transferir la propiedad, producir efectos reales, debería de existir una excepción a las consecuencias naturales que en Perú producen los contratos, para lo cual se hace necesaria una norma expresa, según lo prescrito por el artículo IV del Título Preliminar del C.C. de 1986, tal y como la existente en el C.C. Italiano de 1942 que en su artículo 1376º: "En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada (...), la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado". Otra crítica que se le achaca es la sostenida por el doctor De La Puente y Lavalle, al referir que este sistema es peligroso para el adquirente, desde que éste soportará el riesgo de pérdida o de deterioro del bien comprado, aunque este no se le haya entregado ya que se convierte en propietario desde la perfección del negocio, la cual se da con el solo consenso entre las partes; diremos al respecto que esta crítica es válida para un sistema consensual bien elaborado y engranado, pero podemos notar desde ya, estas características no se están presentes, tal es así que nuestro Código civil presenta internamente múltiples y garrafales incongruencias, entre ellas la del artículo 949º con todos los preceptos que regulan la contratación en el país; la transferencia del riesgo no es la excepción y el artículo 1567º lo confirma, en este dispositivo se establece que la transferencia el riesgo opera desde la entrega del bien y no desde el consenso.

Otra posición es la del profesor Manuel De la Puente y Lavalle, quién centro su argumento de defensa en el ya glosado artículo 1402º, pues, en virtud de este dispositivo queda sentado que en nuestro Código civil los contratos no son capaces de producir efectos reales o traslativos de propiedad. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, 1996) Por lo que, la celebración del contrato siempre deberá ir acompañado de un acto distinto que lo perfeccione, esto es, debe ejecutarse o cumplirse un modo.

Según lo señalado, nuestra normatividad civil adopta y se adhiere a la teoría de la yuxtaposición del título y el modo, asimismo, vemos que estas características de lo que debe ser un modo no están presentes en la elaboración teórica del jurista De La Puente, pues el sólo efecto legal del artículo 949º no tiene esta naturaleza de cognocibilidad social. Es más, el modo no puede ser comprendido sino solo como un hecho que se exteriorice en la realidad. El análisis de los artículos 1402 y 1529º, nos lleva a preguntarnos ¿qué relación se habrá creado por el contrato de compraventa y a que se compromete el vendedor?. No habrá nacido acaso una relación obligacional por la cual el vendedor deberá transferir la propiedad del inmueble y acaso esa transferencia a la que se comprometió la podrá realizar a la luz del artículo 949º, pensamos que comprender como un modo a este dispositivo sería quedarnos en el ámbito puramente obligacional, sin llegar jamás a producir una verdadera traslación de propiedad o efecto real.

Este problema – en realidad – se ha extendido hasta los fallos emitidos por las cortes superiores, lo que denota una preocupación por parte de toda la comunidad jurídica,

A guisa de ejemplo, presentamos dos jurisprudencias que nos dan una idea de la diversidad de criterios respecto a un mismo asunto, la transferencia de inmuebles, esto significa que el derecho en el Perú no tiene la característica de generalidad que debería presentar. La primera se construye sobre la teoría del simple consenso, la segunda se refiere al sistema del título y el modo, en la que el modo está encarnado en la inscripción registral – moderna vertiente de la teoría del título y el modo, denominada del sistema registral constitutivo:

- CAS. N° 1617-99-LIMA: “El artículo 949° del Código civil recoge la Teoría Francesa según la cual el mero consentimiento tiene la facultad de transmitir la propiedad al adquirente, con arreglo a la norma invocada, el solo intercambio de voluntades, o "solo consensus", perfecciona la transferencia de propiedad inmobiliaria; en tal sentido, el referido acuerdo de voluntades basta para transmitir el dominio de los bienes inmuebles. El sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico descarta como elemento constitutivo a la inscripción de un inmueble en el Registro Público”.
- CAS. N° 1322-2001-Lima: “En materia de derechos de propiedad, si bien el registro no cumple una función constitutiva de derechos sino meramente declarativa, la publicidad que brinda permite a terceros ajenos a la celebración del acto estén en condiciones de tomar conocimiento de su contenido, constituyéndose así el sistema registral en garante de la seguridad jurídica”.

## **2.2.5. El sistema de transferencia de propiedad inmobiliario en el derecho comparado**

Es importante tener un panorama abierto en cuenta respeta a nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, por lo que con la presente investigación me he permitido consultar al derecho comparado con la finalidad de tener una idea más clara respecto al modo de transferir un bien inmueble.

### **2.2.5.1. Alemania**

En Alemania el sistema de transferencia dominial, toma en cuenta profundamente el tema de la publicidad registral, no sólo con el objeto de resolver el problema de la publicidad en estricto, sino también para brindar seguridad a las operaciones comerciales de inmuebles. El registro se convierte así en la prueba definitiva del derecho inscrito.

Según Vidal Ramos, la transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la “Ausflussung” que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquirente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de “auflassung” emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que este al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El “Auflassung” también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la “in iure cessio” era un juicio simulado; el adquirente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del accionante entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el

contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro. (VIDAL RAMOS, 2006)

Salvat explica que en los países germánicos, respecto al valor de las inscripciones, se seguían dos sistemas: a) El principio de la fuerza jurídica formal de los libros territoriales: bastaba la inscripción en el libro para producir una modificación jurídica; y, b) El principio del consentimiento: por el cual era indispensable para operar un cambio jurídico en los libros territoriales, además de la inscripción, la manifestación de voluntad de las partes contratantes. Este sistema fue el que consagró la Ley Prusiana de 1872. (SALVAT, 1973)

En un punto aparte, cabe destacar las bondades de la Ley Prusiana de 1872 y toda la legislación posterior que la amplió, complementó y modificó, impone una absoluta correlación entre los libros territoriales, que están a cargo del Registro, y el catastro, a cargo de la administración. Cada inmueble se encuentra individualizado en la hoja territorial respectiva, en la que constan todos los negocios jurídicos referidos al bien.

Solf y Muro indicaba en el seno de la Comisión Reformadora del Código civil Peruano de 1852 que, si bien en aquellos libros territoriales cada inmueble tiene una hoja especial, su matriculación no se ha realizado individualmente, a medida que se han transferido las propiedades o se las ha gravado, sino que se ha operado en todo el país, por vía de medida general y conforme se iba fijando la ubicación de los inmuebles en el catastro.

La hoja territorial se compone de un título y tres secciones. En el título se describe el inmueble; se indica el nombre del distrito donde se encuentra

ubicado, si se trata de bienes rústicos, o el nombre de la calle y el número, si se trata de bienes urbanos; la naturaleza y el destino del predio; su venta o valor; el número que se le ha dado en el catastro; y las demás circunstancias que permitan su individualización.

Cabe indicar que, en este sistema, cuando una persona desea vender el predio de su propiedad, debe concurrir con el futuro adquirente ante el registrador. En presencia de éste, el enajenante declara su voluntad de transferir la propiedad y el comprador la de adquirirla, lo que se hace constar en acta. La propiedad no se transfiere antes de la inscripción de ésta. No basta siquiera el contrato celebrado entre las partes, que sólo otorga un derecho de carácter personal al adquirente para obligar al enajenante a que acuda al Registro, que es de carácter real, a fin de que se materialice la desapropiación del bien.

También es importante señalar que a partir de la inscripción, el título de adquisición de la propiedad es irrevocable. Si ocurriera que la inscripción perjudica los derechos de alguno, el Estado o el culpable, si lo hubiera, indemnizará al perjudicado. Asimismo, la prescripción no funciona contra el propietario inscrito. Se considera que proteger la posesión clandestina por sobre la garantía pública del Registro, debilitaría su valor y comprometería su autoridad.

#### **2.2.5.2. Australia**

El sistema Australiano o conocido como el sistema Torrens es muy peculiar, por cuanto las transferencias de bienes inmuebles son realizadas por el Estado. En efecto, la doctrina australiana ha señalado que este sistema no es un sistema de transmisión y construcción de derechos reales inmobiliarios,

sino un sistema registral. La transmisión y constitución de tales derechos se opera a través de negocios jurídicos a los que se integra la inscripción registral constitutiva; los medios jurídicos establecidos tienen carácter constitutivo y por su propia naturaleza cumplen además, un fin de publicidad. Este sistema toma en cuenta dos conceptos fundamentales los cuales son la inmatriculación y el título real.

Al respecto, Torrens notó que en el caso de transferencias de tierras del Estado, los adquirentes obtenían el dominio firme e indiscutible sobre las mismas, lo que incluso garantizaba la Corona Británica.

Por el contrario, no ocurría lo mismo con las tierras de los particulares, las que estaban sujetas a reivindicaciones y litigios. Pensó entonces en un sistema por el cual intervenía el Estado en toda transferencia de propiedad. Para el efecto ideó la ficción de que los inmuebles, al venderse, retornan al dominio del Estado, y éste los transfiere luego al comprador. Como señala Valiente Noailles, "en síntesis, todo el sistema Torrens tiene por fundamento el reemplazo de los antiguos títulos de dominio, por otros nuevos entregados y garantizados por el Estado, de modo tal que imaginariamente él recupera esas tierras cual si nunca hubiesen pertenecido a nadie y luego las otorga libres de vicio".

Este sistema se estableció como facultativo para los particulares, en la práctica, dadas sus ventajas, su empleo se generalizó. El sistema exige la existencia de un catastro. Empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta de la reunión de actos parciales como consecuencia de cada inscripción.

Asimismo, para las primeras inscripciones, es necesaria, además de la presentación de los títulos respectivos, la del plano y descripción del inmueble. Los títulos son estudiados concienzudamente por funcionarios especializados, que analizan el origen de los títulos, la legitimidad de la posesión, la ubicación del inmueble, su superficie, etc. A continuación se procede a la mensura del terreno por peritos, de acuerdo con los antecedentes reunidos. De considerar procedente la inscripción, se verifican publicaciones en los periódicos, notificándose a los colindantes. Si se produce alguna oposición, ésta se resuelve judicialmente, suspendiéndose el procedimiento registral hasta la resolución definitiva.

En consecuencia, se extienden dos certificados de igual contenido en los que se detallan todas las características del inmueble. Uno de los certificados queda en el Registro y el otro es entregado al interesado.

Cabe resaltar que, la inscripción de cualquier negocio relativo al inmueble, pueda producir la privación de su propiedad al verdadero dueño. De acuerdo con el sistema Torrens, en este caso el perjudicado no puede reivindicar el bien si ha pasado a manos de un tercero, y sólo procede que el Estado lo indemnice. Ello, sin embargo, raramente se produce por las publicaciones que se efectúan. La inscripción puede ser anulada, en cambio, si el bien aún no ha sido transferido a tercero, y por causa de fraude o dolo.

Al respecto, Romero Romaña ha señalado que: "las transferencias de dominio sobre inmuebles se verifican en forma muy simple, llenando los formularios del Registro con intervención del registrador y de un testigo. Cada inscripción produce el efecto de abolir los anteriores y se convierte en un título nuevo inatacable. Si se grava un inmueble con hipoteca, basta la simple

anotación en los certificados, tanto del registro, como del propietario del inmueble". (ROMERO ROMAÑA, 1947)

En este sistema es el Estado el que confiere los títulos, se obtiene el saneamiento absoluto de éstos y su inatacabilidad. Los títulos van acompañados de una validez absoluta que impide el ejercicio de las acciones reivindicatorias o persecutorias. Asimismo, este sistema ideó la ficción legal que los inmuebles, al venderse, retornen al dominio del Estado para que éste los transfiera al comprador. El Estado reemplaza los antiguos títulos de dominio, por otros nuevos que son entregados y garantizados por el Estado. De esta manera, éste recupera esas tierras como si nunca, hubiesen pertenecido a nadie y luego las otorga libres de cargas.

De esta forma, cada inscripción produce el efecto de desaparecer las anteriores inscripciones de forma tal que se convierte en un título nuevo perfecto e inatacable con validez absoluta e impidiendo el ejercicio de acciones reivindicatorias o persecutorias.

Desde el punto de vista económico, este sistema tiene la gran virtud de incrementar los negocios inmobiliarios, pues inspira plena confianza. Como expresó Torrens, para resaltar la bondad de su sistema: "El título de propiedad más excelente se asemeja a un lingote de oro, que cada vez que se trasmite hay que pesarlo y constatarlo, y para ello separarle un pedazo; pero una vez que este lingote se transforma en moneda legal, puede pasar de mano en mano sin deterioro ni pérdida de tiempo. El registro y la expedición del título es el equivalente a la acuñación de la moneda". (BULLARD GONZALES, 1991)

### 2.2.5.3. Francia

El sistema francés o de la transcripción inicia su aplicación a partir de 1855, en virtud de la ley de 23 de marzo de ese año, dictada como consecuencia de que el sistema consensualista puro consagrado por el Código Napoleón de 1804 se había revelado como deficiente, suscitando diversas dificultades. Así, los acreedores podían ser fácilmente burlados si, por ejemplo, habiéndose constituido una hipoteca a su favor, se vendía el inmueble antes de la inscripción del gravamen. De otro lado, los terceros adquirentes no podían encontrarse seguros de haber quedado libres de una reivindicación.

El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: a) La inscripción tendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, b) El registro sería personal, c) Los actos celebrados inter vivos necesariamente deberían ser inscritos, d) La inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias, e) Los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble, y f) De un lado, se llevaría un registro de hipotecas y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

Cabe indicar que el sistema de transcripción fue modificado por el Decreto de 30 de octubre de 1935. Esta norma, así como la ley de 23 de marzo de 1855, fueron después derogadas y sustituidas por el Decreto de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicidad inmobiliaria. El sistema de la transcripción no es, por tanto, el vigente en Francia.

Como se ha señalado anteriormente, este sistema estableció que para la transmisión de un inmueble bastaba el simple acuerdo de voluntades. Sin embargo, para que la transferencia pueda producir efecto frente a terceros, era

necesaria su inscripción. Asimismo, la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias.

Una casa importante, fue que desde la creación de este sistema, los acreedores eran burlados fácilmente al momento de constituirse una hipoteca a su favor, vendiéndose el inmueble antes de la inscripción del gravamen. Asimismo, los terceros adquirentes no podían encontrarse seguros de haber quedado libres de una reivindicación.

#### **2.2.5.4. Argentina**

EL sistema jurídico argentino se manifiesta como una exteriorización de voluntad tendiente a perfeccionar un contrato o a constituir un derecho real sobre la cosa entregada. Los efectos de la tradición escrituraria variarán según cual sea el título en virtud del cual ella se produce. Así, podemos hablar de tradición traslativa de la tenencia, supuesto contemplado en el artículo 2460 del Código civil; tradición traslativa de la posesión, contemplada en el artículo 2377 del Código civil; y, finalmente, la tradición traslativa del dominio, regulada en los artículos 2601 a 2603 del Código civil. (JORGE MUSTO, 2000)

Esa exteriorización posesoria que el codificador persigue al exigir la tradición en determinados actos y, sobre todo, en lo que aquí nos interesa, referido al especial efecto que consagra el artículo 577 del Código civil, procura pues una forma de publicidad, la denominada “publicidad posesoria”, término que se utiliza aun en aquellos casos en que la relación real es de mera tenencia. A ello se debe que se haya centrado la atención especialmente en este modo de adquirir el dominio, pues la existencia o no de tradición producirá, en principio, la apariencia y hasta la existencia misma del dominio. (MARIANI DE VIDAL, 2004)

En efecto, el Código civil francés, en su artículo 711 estableció que “la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones”, confiriendo entonces al contrato el efecto de transmitir el dominio. (SALVAT, 1973) Sin embargo, la necesidad de proteger al tercero, hizo que el sistema francés se complementara con la transcripción registral, exigiéndose, en el caso de inmuebles, además del consentimiento de las partes, manifestado en la causa o título de adquisición, la transcripción del acto en el respectivo registro.

Del mismo modo, el Código civil italiano, siguiendo el sistema francés, dispone en el artículo 1376 que “los contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o transferencia de un derecho real o bien la transferencia de otro derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado”.

Vélez Sársfield ha rechazado en forma expresa la posibilidad de transmisión por el solo consentimiento de las partes, así como la admisibilidad de la tradición escrituraria “o traditio cartae” (art. 2378 del Código civil). Esta forma de transmisión podrá convertirse en un ocultamiento al no traducir exteriormente el cambio de titulares posesorios, sirviendo de fuente a pleitos y perjudicando a su vez los derechos e intereses de los terceros ajenos al contrato que se encuentren en posesión de la cosa. (MARIANI DE VIDAL, 2004)

Por su parte la jurisprudencia ha enriquecido los principios legales expuestos, estableciendo en algunos casos que dicha declaración no sólo no será válida respecto de terceros, sino que no lo será ni aun entre las partes.

## **2.2.6. Análisis jurisprudencial del sistema de transferencia de propiedad inmobiliario en el Perú**

Evidentemente, nuestra jurisprudencia respecto al tema de investigación es amplia - pero contradictoria - al momento de ser resuelta por nuestros honorables tribunales, por ello, en la presente investigación tomaremos en cuenta alguna de ellas.

### **2.2.6.1. Casación N° 3671-2014 LIMA (VII PLENO CASATORIO)**

#### **2.2.6.1.1. Descripción:**

En la Casación 3671-2014 LIMA de fecha 5 de noviembre de 2015, las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica en un proceso de tercería de propiedad se pronuncian en la siguiente forma:

El recurso fue interpuesto por Mirian Ivonne Clavijo representada por Gloria Esther Hermida Clavijo contra la sentencia de vista de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (10 de setiembre de 2014), que resolvió confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, que declara fundada la demanda de tercería de propiedad.

El recurso de casación se declara procedente por la causal contemplada en los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil; se puede deducir de la resolución que la recurrente afirma:

- a) Que, respecto a lo establecido por el artículo 2012º del Código Civil, la Sala de mérito interpreta de manera errada la mencionada norma, por cuanto al haber operado la transferencia según lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, al tercerista le asiste oponer su

derecho, siempre y cuando haya sido inscrito su título en el Registro de Propiedad Inmueble.

- b) Que, en el caso de no ampararse los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil, se estaría resquebrajando su propia razón de ser, dándose lugar a la posibilidad de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente.

Los magistrados sostienen lo siguiente:

En relación a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, señalan que es importante tener presente lo señalado en el artículo 949 del Código Civil, el cual regula el sistema de transferencia de la propiedad inmueble, precisando que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”

De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que esta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente) y no necesariamente se exige la entrega de la posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público.

En relación a los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, señalan que la primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación, estos preceptos, según estos magistrados, no resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos.

Es notable la posición por los magistrados integrantes de esta casación, quienes consideran la inaplicabilidad del criterio registral, pues consideran que este conflicto no puede resolverse aplicando normativa registral.

A respecto los magistrados precisan que:

“... este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación”

#### **2.2.6.1.2. Análisis**

Como se avía señalado anteriormente, el recurso fue interpuesto por Mirian Ivonne Clavijo representada por Gloria Esther Hermida Clavijo contra la sentencia de vista de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (10 de setiembre de 2014), que resolvió confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013, que declara fundada la demanda de tercería de propiedad. La causal en que se sustenta el presente recurso son los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

Es importante resaltar lo siguiente:

a) Respecto a la transferencia de la propiedad de un bien inmueble

Este Colegiado Supremo ha señalado que “ (...) Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual solo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la

inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo”

De lo señalado se puede afirmar que los magistrados integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mantienen la posición adherida al modelo consensualista francés, en virtud del cual la propiedad sobre inmuebles se transmite al margen de la posesión y del registro.

Esta posición – de los magistrados – si bien se diferencia del sistema título y modo español, que señala que el transmitente tenga que estar en posesión del inmueble, también se aleja del modelo alemán, en la medida en que para los fines de la transmisión de la propiedad no se requiere de su inscripción en el Registros Públicos.

En esta casación – materia de análisis – se pone de manifiesto los criterios contradictorios adoptados por los magistrados anteriores al debate en el VII Pleno Casatorio, lo que evidencia actualmente a que el tema aún no está adecuadamente definido, existen en la actualidad posición aisladas, que necesitan ser resueltas, pues son los mismos magistrados quienes han manifestado la necesidad de adoptar cambios normativos para dar una mejor solución a este tema.

A decir del considerando 7.7., señalan que: “Con relación a que la protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de que se adopten cambios normativos para dar solución a este particular conflicto de derechos”

### 2.2.6.1.3. Comentario

En la fundamentación y resolución de la presente casación – materia de análisis – ha sido de suma importancia la opinión y punto de vista de los *aminus curiae*, pues las posturas adoptadas por los profesores Avendaño, Bigio Chrem y Walter Gutierrez fueron más que lo vertido por los profesores Lohmann y Fort Ninamanco.

Es importante también resaltar el carácter *erga omnes* puesto en relieve en esta casación, pues al margen de la discusión en torna a la prevalencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, se tuvo mucho respeto a la tradicional postura de transmisión de la propiedad inmueble en nuestro país, cual es el consensualismo entre las partes.

No se le dio mayor importancia a los principios que respandan a la inscripción registral, esto es, el principio de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), el principio de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y el principio de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para solucionar estos conflictos, pues ello permite la circulación de bienes y la que brinda a los terceros y al Estado los respaldos necesarios para realizar los negocios jurídicos que se deban efectuar en la vida en relación.

### 2.2.6.1.4. Acerca de la Eficiencia del Sistema

Este punto será más ampliamente abordado en los resultados de la presente investigación; sin embargo, debo adelantar que – según la postura adoptada en la presente casación – no resulta del todo eficiente, por la misma trascendencia y avances ya instaurados en el plano de los Registros Públicos.

## 2.2.6.2. Casación N° 2674-2003 Arequipa

### 2.2.6.2.1. Descripción

En la Casación N° 2674-2003 AREQUIPA de fecha 24 de agosto de 2004, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en un proceso de tercería de propiedad se pronuncia sobre la causa N° 2674-2003.

El recurso fue interpuesto por Servi Autos S.A., contra la sentencia de vista de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (de fecha 31 de enero de 2003), que resolvió revocar la sentencia N° 130-2002 (del 1 de setiembre del 2002), que declaró infundada la demanda que reformándola, la declararon fundada y ordenaron la desafectación del inmueble ubicado en la avenida Bolognesi N° 110 (Yanahuara), de propiedad de los demandantes.

El recurso de casación se declara procedente por la causal contemplada en el inciso 2° del artículo 386° del Código procesal civil por la inaplicación de los artículos 2012° y 2014° del Código civil; se puede deducir de la resolución que el recurrente afirma:

a) que no se ha aplicado lo establecido por el artículo 2012° del Código civil (que recoge los principios de publicidad y presunción jure et de jure), que ampara el derecho de la empresa recurrente y que rige los Registros Públicos.

Del referido artículo se puede deducir que todos los miembros de la comunidad conocen y saben de los actos jurídicos registrados –valga la redundancia– en los Registros Públicos, y en base a ellos realizan sus actos en vida social, siendo así, la aplicación de esta norma determina que la empresa recurrente, actuó de acuerdo a lo que aparecía en el registro;

b) que se ha inaplicado el artículo 2014<sup>o</sup> del Código civil, que recoge el principio de la buena fe registral de quienes celebran actos jurídicos, al amparo de los antecedentes que obran en registros públicos, principio que es congruente con la necesidad de seguridad jurídica. En el caso objeto de análisis la empresa Servi autos afirma que su actuar fue de buena fe de acuerdo a la información que aparecía en el registro.

Los magistrados en la parte considerativa de la resolución reiteran una fórmula ya implícita de nuestro sistema:

la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace al acreedor propietario del bien, la inscripción en los Registros Públicos solamente produce efectos declarativos mas no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada.

Respecto a la interpretación del artículo 2014<sup>o</sup> el Tribunal supremo precisa que se refiere a los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el registro con facultades para otorgarlo, supuesto distinto al caso de la inscripción de la medida cautelar trabada por Servi Autos S. A.; pues en ésta no concurre la voluntad de los codemandados, y el conocimiento, respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien (sin que se afecte derechos de terceros) como es el caso de los demandantes; que si bien no cuentan con el amparo del principio de publicidad, han demostrado la adquisición del derecho de propiedad anterior al del embargo trabado.

En lo relacionado con el principio estipulado en el artículo 2012º del Código civil (principio de prioridad), en la casación se explica que este se aplica cuando se trata de derechos inscritos de la misma naturaleza, en tal sentido dicho principio no rige cuando se tratan de derechos de distinta naturaleza; tal es el caso del crédito asegurado con embargo, ante el derecho real de propiedad adquirido por los demandantes, lo que se constata al concordar la norma citada con el segundo párrafo del artículo 2022º del Código civil, que establece una excepción al principio de prioridad; en tal sentido los magistrados recurren a una fórmula muy descriptiva y precisan que:

“...en caso que concurren un derecho real con otro de naturaleza distinta, como es el caso del embargo, prevalece el derecho real, aun este no haya sido debidamente inscrito”.

Valorados los considerandos anteriores y de conformidad con lo previsto por el artículo 397º del Código procesal civil los jueces supremos declararon infundado el recurso de casación, interpuesto por Servi Autos S.A., en consecuencia no casaron la sentencia de vista (del 31 de enero del 2003), condenaron a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, e impusieron la multa de una Unidad de Referencia Procesal.

#### **2.2.6.2.2. Análisis**

La empresa Servi Autos S.A. interpone recurso de casación contra la Sentencia de vista expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, con la finalidad de que la Sala Suprema declare nula esta resolución y, por consiguiente, se declare infundada la demanda de tercería. La causal en que sustenta su recurso es la inaplicación de los artículos 2012º y 2014º del Código procesal civil.

Es interesante el análisis realizado por los magistrados supremos, por ello, se procura en las líneas siguientes abordar algunos de los temas que mayor atención generaron para la presente investigación.

a. Transferencia de la Propiedad de un Bien Inmueble

La Sala Suprema señala que “(...) la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace al acreedor propietario del bien (...)”. Esta afirmación se puede interpretar de dos maneras:

- La primera, es que la sola voluntad de enajenar un bien, o para ser más precisos, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad; ello al parecer no reviste mayor discusión toda vez que así lo establece el artículo 949º del Código civil.

- La segunda interpretación se refiere a la frase “mediante un documento cierto”; de una interpretación literal de la frase entrecomillada en el párrafo anterior, se infiere que para la Sala, la transferencia de la propiedad inmobiliaria se produce no con el solo acuerdo de voluntades, sino que es necesario que el mismo conste en un documento de fecha cierta.

Tal afirmación carecería de todo sustento jurídico, pues no existe norma, jurisprudencia ni doctrina que sostenga tal afirmación. Por lo que podría sugerirse que la casación ha querido referirse a lo dispuesto por el artículo 949º, esto es, que el contrato transfiere la propiedad, sin alguna formalidad adicional, como el documento de fecha cierta.

La Sala señala más adelante que: “La inscripción en los Registros Públicos solamente produce efectos declarativos, mas no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que

la transferencia quede perfeccionada (...)" Respecto de este extremo, es acertada la precisión al ser consensual nuestro sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria, la inscripción en el registro solo declara "algo" que para el Derecho ya se había constituido con anterioridad: el derecho de propiedad.

El contrato transfiere la propiedad y no se requiere de algo más para que tal efecto se produzca; sin embargo, quien adquiere en estas condiciones, adquiere solo una propiedad relativa, es decir, su titular podrá oponerlo solo ante su vendedor (inter partes) y no frente a terceros (oponibilidad erga omnes); para que el derecho sea oponible será imperativo otorgarle un signo de publicidad, que en el caso de bienes inmuebles, es la inscripción en el registro.

Es fácil percibir que tener una propiedad relativa, es como no tener este derecho, pues una de las facultades que le dotan de importancia a la propiedad (como a todo derecho real) es su oponibilidad. Entonces de nada sirve que el artículo 949º diga que tengo un derecho llamado propiedad, si el mismo no me otorga la facultad de exclusión.

Ahora bien, cuando en el escenario de la transferencia de propiedad, se presentan otros sujetos con derechos incompatibles sobre el mismo bien, la vigencia del artículo 949º pasa a un segundo plano, pues en este caso se aplican las reglas previstas para el concurso de acreedores (arts. 1135º y 1136º del Código civil). Una aplicación conjunta del 949º y de las normas sobre concurso de acreedores podría resultar contraria a la lógica.

Este escenario descrito es el mismo en que se desenvuelve el caso bajo análisis, por lo que, hacer referencia al artículo 949º cuando estamos frente a

un concurso de acreedores, es erróneo y es la imprecisión en la que incurrió la Sala.

b. La Buena Fe Registral

En el segundo considerando, la Sala describe el Principio de buena fe registral contenido en el artículo 2014º, señalando que el mismo: “(...) se refiere a los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el registro con facultades para otorgarlo (...)”; más adelante señala que este principio no es de aplicación al presente caso, pues no se cumplen dos de los elementos que lo constituyen:

i) La concurrencia de la voluntad de los transferentes. En este aspecto la Sala al parecer restringe los alcances del Principio de buena fe registral al considerar que para la aplicación del mismo, es necesario que se exprese la voluntad de transferir el inmueble, y al no darse este supuesto en la medida cautelar (pues el propietario no consiente que traben sus bienes), no sería procedente la aplicación de este principio. Este razonamiento no puede ser compartido toda vez que la voluntad del deudor se expresa de manera tácita al momento de constituirse la obligación, así, cuando una persona contrae una obligación está consintiendo tácitamente que el acreedor afecte sus bienes en caso de incumplimiento, pues por el principio de responsabilidad patrimonial el patrimonio del deudor es garantía del cumplimiento de sus obligaciones (prenda genérica).

ii) El conocimiento de la libre disposición de quienes vendieron el inmueble. En este punto, la Sala no menciona algún elemento probatorio que demuestre que la empresa Servi Autos S.A. haya conocido que el real titular

del bien no era su deudor. Sin embargo, constituye una muestra clara de negligencia por parte del propietario, el no haber inscrito su derecho, de donde se presume que la empresa Servi Autos S.A. no tuvo cómo saber que el tercerista era el propietario, más aún si en los registros constaba como propietario una persona distinta al tercerista; además esto último es también reconocido por la Sala cuando hace referencia, en la parte final del segundo considerando, al Principio de publicidad.

### c. Derechos Reales vs. Derechos Personales

El último considerando de la Sala, se inicia haciendo referencia al principio de prioridad registral, sobre el cual nos referiremos más adelante. Lo más interesante de este considerando (y de toda la sentencia en general) se encuentra en la última parte que se refiere al ya tradicional conflicto de derechos de distinta naturaleza.

El referido conflicto encuentra su origen en el segundo párrafo del artículo 2022°, este artículo señala que “para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común” (subrayado agregado).

El legislador ha señalado que derechos de distinta naturaleza son reales y personales, y como los primeros gozan de oponibilidad erga omnes y de energía persecutoria y los segundos carecen de estas facultades, entonces en caso se suscite conflicto entre ellos deben ser preferidos los primeros (sic et simpliciter).

Además de que esta aseveración no está establecida en ningún dispositivo legal, tal razonamiento revela un grave desconocimiento de las categorías fundamentales y básicas del Derecho, ya que la oponibilidad no está en función a la naturaleza del derecho, sino al signo de reconocibilidad social que se le otorgue al mismo. Así, en el ejemplo anterior, no resultaría lógico preferir a B, pues no ha sido diligente en inscribir su derecho, mientras que sí lo sería preferir a C, quien sí lo ha hecho. Por demás, esta es la solución que brinda nuestro Código en materia de concurso de acreedores.

Entonces, el término “disposiciones del derecho común” debe significar una remisión al artículo 1135º, con lo cual el problema encuentra, a nuestro parecer, una solución adecuada.

Los resultados de razonamientos, como el que estamos comentando, generan consecuencias fáciles de predecir: las transacciones económicas se realizarán de manera insegura y en condiciones más onerosas, pues uno nunca sabrá con quién contratar, ya que un tercero puede luego decir que ha adquirido con anticipación el mismo bien y en una tercería saldrá vencedor; ante ello no se puede hacer nada, pues ante un derecho menor, el “personal”, está el derecho todopoderoso, del otro, el “real”.

Esta distorsión en el mercado producida por el criterio citado hacen perder eficacia a las medidas cautelares y en general a todos los derechos personales que sobre el bien se adquieran, lo cual aminora su importancia.

Para evitar tal consecuencia, es recomendable que exista un criterio jurisprudencial establecido, aun si el mismo sea errado; es mejor ello, a que no exista un criterio uniforme. De esa manera, las personas tendrán la seguridad

de cómo se resolverá su caso, y si no les conviene tomarán vías alternativas para realizar sus operaciones económicas, así por ejemplo, si sé que el trabar un embargo será riesgoso, ya que podría ser que llegado el momento de ejecutar el mismo, se presente otra persona con un documento de fecha cierta y diga que es el propietario, entonces procuraré asegurar mi crédito a través de otros mecanismos alternativos.

### **2.2.6.2.3. Comentario**

Entre las características claves que se exige de un Registro Inmobiliario está la seguridad, la cual debe ser jurídica, es decir, garantizar plena e incuestionablemente la titularidad e identificación de los inmuebles. Por otra parte, nuestro país en el cual se aplica una economía de mercado, es necesaria una fluidez en el tráfico de bienes y agilización de las transacciones inmobiliarias bajo parámetros normativos de seguridad jurídica, rapidez y bajos costos para la promoción de las inversiones nacionales y extranjeras que dinamicen la actividad económica.

Luego del análisis de la casación podemos afirmar que en procura de mayor seguridad jurídica y del fluido intercambio de bienes, el principio de prioridad registral debe ser aplicado para todo tipo de derechos sin distinción de su naturaleza, pues la norma no hace sino dar prioridad a la persona diligente (quien inscribió primero su derecho) y castigar a quien no lo hizo.

Puede señalarse que el principio de la fe pública registral surge como un mecanismo tendiente a corregir un defecto advertido en los sistemas de inscripción declarativa, cual es la no necesaria correspondencia entre la información publicitada y la realidad extrarregistral; situación que no se presenta en los sistemas de inscripción constitutiva.

Por consiguiente, surge como un “remedio” para efectos de que el registro cumpla con su finalidad, cual es la de dar publicidad jurídica o material –es decir, con efecto erga omnes–, respecto de los actos y contratos registrados, y de esta forma, los contratantes puedan adquirir derechos confiados en la información proporcionada, reduciendo de esta manera los costos de transacción.

La efectividad de este “remedio”, frente a la imperfección de nuestro sistema registral, va a variar de acuerdo con los alcances que se dé a los requisitos exigidos para que el adquirente se constituya en tercero registral.

De esta manera, para efectos de cumplir en forma adecuada con la finalidad de dicho “remedio”, es necesario interpretar, para que el adquirente sea tercero registral, que la buena fe exigida se dé solamente al momento de la contratación y no en la etapa de la inscripción; y que las causas que dan mérito a la nulidad, rescisión o resolución del título del transferente no se desprendan de los asientos de inscripción, no importando la información contenida en los títulos que les han dado mérito.

#### **2.2.6.2.4. Acerca de la Eficiencia del Sistema**

La doctrina (nacional y comparada) siempre ha polemizado respecto a la pertinencia del sistema consensual traslativo de propiedad y la eficiencia del mismo frente a un sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria mediante el registro. Es así como se construye una tipología de sistemas de adquisición de propiedad basados en la existencia o no de un contrato productor de efectos reales inmediatos.

La eficiencia en un sistema de transferencia de propiedad puede precisarse en dos características puntuales:

- a) La dinámica al permitir la circulación ágil de bienes y servicios.
- b) La seguridad jurídica respecto a los que participan en las transacciones.

Ningún sistema en la realidad ha podido cumplir con ambos objetivos, lo que trae como consecuencia que se privilegie uno de los objetivos. Así tenemos sistemas que le confieren mayor valor a la circulación de bienes (en la medida que permite generar riqueza), otros que consideran a la “seguridad jurídica” como interés primordial del sistema y por tanto núcleo de confianza y protección ante la amenaza de una nueva venta del mismo bien.

En el Perú la adquisición de propiedad siempre ha estado supeditada a priorizar uno de los objetivos, aunque durante largo tiempo se defendió el principio “nadie puede disponer más allá de sus bienes”. El principio antes citado, en la actualidad se ve debilitado por la proliferación cada vez mayor del principio de la buena fe, que se sustenta en criterios de confianza y creencia. Por tanto, no importará si el bien no es de la persona que lo tiene, sino que el adquirente haya actuado de buena fe. De esta manera se persigue agilizar el tráfico de bienes y de servicios dado que no se interrumpirá la cadena de transacciones. Afirmaremos entonces que un sistema que se apoya de manera excesiva en la buena fe, no es eficiente.

Además, un sistema basado en la publicidad del registro y en la necesidad de recurrir al mismo para realizar la transferencia de un bien

inmueble reduce significativamente los espacios de discusión respecto al “peso específico” que se debe asignar aun derecho personal sobre uno real.

Si bien en principio, recurrir al registro público implica asumir costos de transacción adicionales para la transferencia de un bien inmueble, esos costos a largo plazo implican un beneficio incluso para los contratantes ya que al otorgar mayor seguridad y claridad en el sistema se reducen las externalidades negativas producidas por la inseguridad de un sistema consensualista.

### **2.2.6.3. Casación N° 5135-2009- Callao**

#### **2.2.6.3.1. Descripción**

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en fecha 6 de marzo de 2014 emite la Casación N° 5135-2009-Callao pronunciándose sobre el recurso interpuesto por el demandado Reinaldo Valda Arribel (representado por sucesión procesal), contra la sentencia de vista (del 24 de setiembre de 2009) sobre tercería de propiedad.

La corte estimó procedente el recurso por las causales de:

a) La indebida motivación de la resolución impugnada, esto en atención a lo señalado en el artículo 139, inciso 5° de la Constitución Política del Estado

En atención a ello, la Corte Suprema ha señalado que:

“La motivación de la decisión judicial es una exigencia constitucional; por consiguiente, el Juzgador para motivar la decisión que toma debe justificarla, interna y externamente, expresando una argumentación clara, precisa y convincente para mostrar que aquella decisión es objetiva y materialmente justa, y por tanto, deseable social y moralmente.

b) El conflicto existente en la última parte del artículo 2022° del Código Civil, el cual derechos de distinta naturaleza.

En el cual Corte ya senta una posición al respecto, al señalar que:

“La Sala Superior estima que existiendo documento de fecha cierta, debe preferirse la propiedad del demandante, en tanto el derecho de un acreedor embargante no es equiparable a un derecho real de propiedad, pues los Registros Públicos no son constitutivos de derecho y la sola obligación de enajenar, conforme prescribe el artículo 949 del Código Civil, hace al enajenante propietario del inmueble. Tal es la controversia que debe dilucidarse”

La parte considerativa de la casación considera que, de conformidad con el artículo 533° del Código procesal civil:

- la tercería se entiende con el demandante y el demandado
- solo 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.

El artículo 535° del citado Código prescribe que la demanda de tercería no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424° del mismo Código y, además, si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta.

El Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que de acuerdo a la ley y a la doctrina:

...en el caso de la transferencia de inmuebles, la inscripción en los Registros Públicos no es constitutiva de derechos ya que conforme lo establece

el artículo 949º del Código civil, la sola obligación de enajenar un inmueble determinado, hace al acreedor propietario de él.

Bajo esa premisa La Sala suprema sostiene que:

“(…) no sea indispensable demostrar la propiedad registralmente no significa que el demandante no deba indicar de dónde nace su derecho ni que éste no se encuentre suficientemente acreditado como para detener un mandato judicial; ello fluye de lo prescrito en el aludido artículo 535 del Código Procesal Civil que exige para admitir la demanda la “prueba” de la propiedad, por lo que siendo ello una exigencia de admisibilidad, debe serlo más para su amparo. En ese sentido, la “fecha cierta” a la que alude la sentencia impugnada es un dato importante para la admisibilidad de la demanda, pero no cabe resolver el proceso sólo teniendo en cuenta dicho dato porque entonces se confundiría los requisitos para dictar el auto admisorio con el pronunciamiento de fondo”.

En ese orden, para dar solución al conflicto se ha invocado lo prescrito por el segundo párrafo del artículo 2022º del Código civil, el cual prescribe una excepción al principio de prioridad previsto por el artículo 2016º del referido código, esto es, que si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del Derecho común; lo que en opinión de los Magistrados supremos significa que:

...la inscripción de un derecho personal en los registros no convierte a este en real, sino que conserva su carácter; de tal modo, que ante la concurrencia de un derecho real con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero con prescindencia del tiempo de la inscripción; ello por aplicación del

derecho común que por mandato del referido artículo se impone al derecho registral.

En el presente caso se evidencia lo siguiente: La venta del bien a favor del demandante, se asegura, tiene como fecha cierta el 29 de enero de 1997, sin embargo, en abril de 1997, Manuel Silva García y su cónyuge hipotecaron el bien, de lo que sigue que públicamente estuvieron ejerciendo derechos de propiedad sobre el bien en litigio (página 7). Manuel Silva García (vendedor del bien al demandante) vende su bien a Luis Alberto Benites el 27 de setiembre de 2001, conforme aparece en la página 10. Esto es, vuelve a actuar como propietario después de la venta realizada al ahora demandante. Posteriormente, el referido contrato fue resuelto, con la devolución de las contraprestaciones respectivas. Tal hecho también ocurrió después de la venta al demandante y se hallaba inscrito en los Registros de Propiedad Inmueble (página trece). Desde luego, que se halla resuelto el contrato (ineficacia funcional) implica que este acto jurídico se encontraba revestido de validez, por ende se resolvió. Por otro lado, la venta que se hace al demandante es por la suma de US\$ 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 Dólares Americanos), el saldo de US\$ 20,000.00 (veinte mil con 00/100 Dólares Americanos) se cancelaban “con el financiamiento que (el comprador) pueda conseguir de alguna entidad financiera“, lo que representa una singular forma de pago en el contexto de los datos antes mencionados (página 2). Asimismo, se advierte de los documentos de las páginas cuatro a seis que hay un adeudo por la venta del bien. Tales indicios permiten indicar que la propiedad alegada no es lo suficientemente cierta para amparar la demanda incoada, existiendo, por el contrario, indicios que permiten controvertirla.

Ahora bien, examinado el segundo párrafo de esta norma, para dirimir la preferencia de derechos (por ejemplo: si uno es real y el otro personal), se remite a una fórmula genérica cuando dice que se aplicará el “derecho común”. Esta norma contiene el principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el derecho personal por gozar aquél de la oponibilidad erga omnes, que no tiene el último. Sin embargo, esta posición ha sido cuestionada por la doctrina elaborada y contenida en ejecutorias de casación dictadas por las salas en lo civil de esta Corte Suprema.

Frente al referido principio (prioridad de rango), el ordenamiento jurídico nacional tiene positivizados los principios registrales de:

- Buena fe. Recogido por el numeral 2014<sup>o</sup> del Código civil.
- Prioridad. Recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y por el artículo 2016<sup>o</sup> del Código civil

#### **2.2.6.3.2. Análisis**

Se entiende que la seguridad del Registro debe ser jurídica, es decir, garantizar plenamente la titularidad e identificación de los inmuebles sin ningún tipo de cuestionamientos que atenten contra tal calidad. Esta seguridad implica, que el Registro permita que la constitución de garantías sobre predios sea rápida y simple, a fin de coadyuvar a que el mercado inmobiliario opere efectiva y eficientemente.

Es frecuente encontrar demandas de tercería de propiedad presentadas por quienes pretenden evitar el remate del bien o bienes hipotecados alegando derecho de propiedad sobre ellos. La admisión de demandas de esta

naturaleza trae como consecuencia legal que el remate ya programado en el proceso principal se suspenda, evento que cesará cuando concluya el proceso derivado de la tercería de propiedad.

La respuesta del órgano jurisdiccional frente a estas demandas no es uniforme, y se puede advertir cuando menos dos posturas. Una que rechaza de plano la demanda de tercería de propiedad bajo el argumento del petitorio jurídicamente imposible o de falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, y otra que la admite por estimar que la tercería de propiedad también procede contra bienes afectados para la ejecución, lo que incluye el proceso de ejecución de garantías.

Como vemos, la suerte de las demandas de tercería de propiedad continuará dependiendo del criterio que cada órgano jurisdiccional tenga sobre la materia, pues no existe aún en nuestro país jurisprudencia vinculante al respecto.

#### a. Tercería de Propiedad

El artículo 533<sup>o</sup> del Código Procesal Civil establece los supuestos para la procedencia de la tercería de propiedad. Prevé como tales:

- La afectación de bienes por medida cautelar; y,
- La afectación de bienes para la ejecución.

La interpretación de la citada norma ha generado discrepancia de criterios en el tratamiento de las demandas de tercería de propiedad. Es cierto que no hay mayor discusión respecto a la procedencia de la tercería de propiedad cuando se ha afectado bienes con medida cautelar. El problema

estriba en la comprensión del otro supuesto, afectación de bienes para la ejecución.

Corresponde delinear algunas reflexiones al respecto a fin de coadyuvar a un correcto empleo de la tercería de propiedad.

Una primera idea apunta entonces a determinar qué debe entenderse por bienes afectados para la ejecución. Consideramos que ello se refiere a aquellas afectaciones de bienes ocurridos en ejecución de sentencia para que el acreedor vencedor pueda ver satisfecho su crédito. Los bienes que se afectan (se embargan, por ejemplo) en ejecución de sentencia (cosa juzgada) constituyen los llamados bienes afectados para la ejecución. En este momento procesal no es válido señalar que se tratan de medidas cautelares, pues los requisitos de estas ya no se exigen para que el Juez afecte bienes en esta etapa. En efecto, cuando se solicita el embargo de bienes en ejecución de sentencia no es exigible acreditar verosimilitud o peligro en la demora, y menos ofrecer contracautela, pues el vencedor ya tiene el derecho declarado a su favor y solo corresponde la ejecución de la decisión judicial, para cuyo fin puede evidentemente solicitar que se afecten los bienes del obligado.

Ahora bien, si se hubiera trabado una medida cautelar, esta se convierte en medida para la ejecución cuando el acreedor vencedor decide llevar adelante la ejecución de la decisión jurisdiccional adoptada a su favor

Una segunda idea importante a nuestro juicio, incide en averiguar si la tercería de propiedad procede solo cuando la afectación de los bienes se realiza judicialmente o si ocurre lo mismo cuando se hace extrajudicialmente. El proceso que se genera con toda demanda de tercería deriva de otro anterior y

principal. No cabe pensar en tercería de propiedad sin un proceso judicial en curso donde se hayan afectado bienes sea mediante medida cautelar o para la ejecución. Siendo esto así, no parece propio suponer que la tercería de propiedad queda habilitada cuando se constituye garantía hipotecaria en respaldo de un crédito, pues aquí la afectación es extrajudicial y voluntaria. Si un tercero estima que el bien dado en hipoteca es de su propiedad, debe intentar la tutela respectiva con pretensión distinta de la que corresponde a una tercería de propiedad (nulidad de hipoteca, por ejemplo). Es más, las normas del Código Procesal Civil regulan los actos procesales dentro del proceso, mas no se refieren a los actos realizados conforme a la norma sustantiva y fuera del proceso, que son justamente los que regulan la constitución de la hipoteca. Por lo tanto, afectar un bien mediante hipoteca no habilita a un tercero, que entiende que dicho bien es de su propiedad, para que presente una tercería.

Conforme al punto de vista expuesto, solo debe proceder la tercería de propiedad cuando se han afectado bienes vía medida cautelar o en ejecución de sentencia (embargo, por ejemplo) por orden judicial.

#### b. Las Normas del Derecho Común y el Embargo

La propiedad no inscrita no puede sobreponerse al embargo ejercido por un acreedor de buena fe. Y para ello, la alegación de las normas del Derecho común, para determinar que al ser el embargo un derecho personal no puede oponerse al derecho real, es infundada.

- Primero, porque el embargo no es un “derecho personal”;
- Segundo, porque se hace una referencia a las “normas del derecho común” de manera totalmente desinformada.

Empecemos con el embargo. La determinación de su naturaleza jurídica constituye un espacio gris en la doctrina. Así, hay concepciones privatistas del embargo que la consideran igual a la prenda contractual, otros, como el Código brasileño lo regulan como un verdadero derecho real.

En el campo procesal la doctrina tampoco se pone de acuerdo si el embargo constituye un acto ejecutivo o un acto cautelar, aún más con la deficiente regulación de esta figura en nuestro Código Procesal Civil. Así, autorizada doctrina señala que:

“el embargo es una institución procesal que se expresa como el acto del proceso de ejecución mediante el cual se identifica e imprime la responsabilidad ejecutiva en un concreto bien del deudor o de tercero responsable” .

Sin embargo, “nuestro legislador desnaturalizando esta importantísima institución no ha regulado el embargo dentro del proceso de ejecución, sino dentro del proceso cautelar”.

Frente a tantas teorías en torno al embargo, es necesario intentar delimitar el concepto. El derecho de crédito, personal u obligacional es aquel establecido en un programa contractual como derecho subjetivo mediante el cual puede exigirse una futura actuación susceptible de satisfacer un determinado interés. El derecho de crédito es un derecho subjetivo que está acompañado de otras situaciones jurídicas durante el iter de la relación contractual.

Entonces, vemos que el derecho de crédito forma parte de la operatividad de las relaciones contractuales. Pero dicho derecho de crédito

tiene a su vez, diversos mecanismos de tutela. Estos mecanismos son aquellos que pueden hacer que ese derecho no se vea afectado y en muchos casos lo hace efectivo. Así, los mecanismos de tutela pueden ser sustanciales o procesales.

Serán sustanciales por ejemplo, la resolución por autoridad del acreedor (artículo 1429 del Código Civil) o la suspensión de la ejecución de la prestación por incumplimiento (artículo 1426), y entre los procesales tenemos por ejemplo a la acción pauliana y el embargo.

Nótese que el embargo no es un derecho de crédito (personal u obligacional, si se quiere) sino que es un mecanismo de tutela procesal del derecho de crédito. Cabe señalar que el hecho de que el embargo sea un mecanismo de tutela del derecho de crédito no implica que tenga naturaleza personal, pues esta lectura obligaría a afirmar que todos los mecanismos de tutela del derecho de crédito tengan su misma naturaleza cuando incluso normativamente se les ha otorgado naturaleza distinta (por ejemplo, la hipoteca o la prenda).

Así, el hecho de ser un mecanismo de tutela no implica tener la misma naturaleza jurídica de la situación jurídica tutelada, se afirma por ello que los mecanismos de tutela o remedios comúnmente gozan de autonomía respecto al derecho y/o interés a cuya tutela es preordenado y se distingue además de la acción procesal o sea del instrumento con el cual puede ser hecho valer en juicio.

Asimismo, siendo el embargo un mecanismo de tutela procesal, es claro que también constituye una institución de la teoría general del proceso que se

expresa mediante el acto de individualización de los bienes para la futura ejecución forzada, es decir, es instrumental al derecho de crédito pues efectivizará su satisfacción.

Por otro lado, la remisión a “las normas del derecho común” se hace de forma totalmente desinformada. El ius comune o derecho común nació como concepto en la edad media y estaba referido a la aplicación del Derecho Romano a los ordenamientos particulares. Así, el Derecho común estaba constituido por la co-vigencia de más sistemas jurídicos, de los cuales uno era residual (el Derecho Romano) o sea dotado de extensión máxima y de incidencia efectiva menor comparativamente a los otros sistemas. Así, el Derecho común era un Derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por cualquier ley particular.

Por ello, durante todo el siglo XIII permanece por todas partes una superposición y convivencia, muchas veces en armonía, otras integrándose, a veces enfrentándose, entre Derecho común y Derechos particulares, entre un patrimonio jurídico de raíz científico universal, y un conjunto local de instancias consuetudinarias. Estatutos comunales, costumbres locales, la primera legislación de los príncipes en las monarquías, Derecho feudal, Derecho Mercantil, se consolidan y respiran el aire del Derecho común, en un pluralismo que duró hasta el surgimiento del Estado nacional en el Derecho moderno.

#### **2.2.6.3.3. Comentario**

Con esta sentencia casatoria la Corte Suprema, una vez más, se pronuncia sobre la controversia entre el derecho de propiedad del tercerista y el embargo en forma de inscripción el cual considera que la propiedad no inscrita no puede sobreponerse al embargo ejercido por un acreedor de buena fe.

En contra de ello, la alegación de las normas del derecho común, para determinar que como el embargo es un derecho personal no puede oponerse al derecho real, es infundada. Primero, porque el embargo no es un “derecho personal”; segundo, porque se hace una referencia a las “normas del derecho común” que no parece adecuada.

Cabe señalar que el hecho de que el embargo sea un mecanismo de tutela del derecho de crédito no implica que tenga naturaleza personal, pues esta lectura obligaría a afirmar que todos los mecanismos de tutela del derecho de crédito tengan su misma naturaleza cuando incluso normativamente se les ha otorgado naturaleza distinta (por ejemplo, la hipoteca o la prenda). El embargo es un mecanismo procesal de tutela del derecho de crédito y, por lo tanto, está fuera de la gaseosa distinción entre derechos reales y personales.

Por otro lado, la remisión a “las normas del derecho común” se hace de forma imprecisa. El *ius commune* o derecho común nació como concepto en la edad media y estaba referido a la aplicación del Derecho Romano a los ordenamientos particulares.

Es necesario reconocer que si el punto esencial del derecho común era su “residualidad” en confrontación con los derechos particulares cabe plantear una interrogante: ¿cómo es posible entender que siendo el libro de registros públicos uno ajeno al “derecho común” no se aplican sus reglas en los casos en donde está en juego la confrontación entre dos situaciones subjetivas, una de las cuales está inscrita?

Si se pretende mantener el nombre “derecho común”, entonces, necesariamente, esta supuesta regulación (no registral) que configuraría

nuestro “derecho común”, tendría que respetar la regulación particular (registral) y, por lo tanto, respetar los principios de prioridad y buena fe registral.

En conclusión, podemos afirmar que los operadores jurídicos, antes que acudir a esta fórmula vacía y ajena a nuestro sistema jurídico como la establecida en el segunda párrafo del artículo 2022<sup>o</sup>, debe tener en cuenta los parámetros normativos establecidos en el Código civil tales como los principios registrales y la buena fe. Una orientación similar a la aquí planteada sigue el voto en minoría, que consideramos debería prevalecer en la Corte Suprema.

El Registro debe proveer acceso eficiente y efectivo a todos los ciudadanos de cualquier nivel social mediante el establecimiento de tarifas razonables para el usuario basadas principalmente, en el costo del servicio, asimismo; procedimientos simples y disminución de requisitos complicados e inútiles.

#### **2.2.6.3.4. Acerca de la Eficiencia del Sistema**

En el sistema legal peruano la inscripción de una garantía no nos libra de la incertidumbre que implica una interpretación diversa del derecho positivo que tienen que realizar los jueces.

Por ejemplo, la hipoteca un bien que había sido vendido con anterioridad a otra persona, (hecho ignorado por una transferencia no inscrita). Pues ha surgido una interpretación, “literal” de la norma, según la cual la hipoteca es nula, por tanto no puede garantizar nada, se trataría de una garantía que no cumpliría su función de tal. Según esta interpretación en el conflicto planteado

entre la propiedad no inscrita y la hipoteca inscrita, la primera se impone a pesar de dicha falta de inscripción.

Esta interpretación no toma en cuenta desde luego las consecuencias para la dinámica y seguridad del sistema de transferencia de la propiedad, tampoco interesa que por el riesgo las tasas de interés crezcan y dichos costos terminen siendo asumidos por personas que nada tienen que ver en el asunto, pues dichos costos generados por la incertidumbre los termina pagando la sociedad entera.

Las interpretaciones de los tribunales pueden tener grandes efectos sociales y, desde luego, económicos, qué duda cabe; el problema es que tales consecuencias pueden constituirse en una injusticia para todos. Los abogados y jueces suelen subsistir en una burbuja llamada Derecho y pretender que la interpretación que se hace de tal o cual norma no tiene ningún efecto fuera de ella; pero tales consecuencias no queridas sí existen (he ahí la ineficiencia). Por tanto, la interpretación que solucione el conflicto antes planteado es –a no dudarlo– importante para la sociedad en su conjunto e implica lograr mayor eficiencia en las transacciones de bienes.

Al asumir el Código el sistema francés consensualista para la transferencia de propiedad inmueble, le está dando un respaldo a lo clandestino, pues en este sistema no es necesario un acto que dé publicidad a la transferencia. De esta forma puede haber una transferencia de propiedad totalmente oculta y, sin embargo, totalmente válida.

Por otro lado el mismo Código diseña la institución de los Registros Públicos y le dedica un capítulo completo, con un claro objetivo: proteger al tercero que inscribe. En esta parte el Código apuesta por la publicidad.

Esta doble regulación genera diversos conflictos que son solucionados no de manera homogénea y, en algunos casos, hasta contradictoria. Por ejemplo, el embargo inscrito debe sucumbir frente a la transferencia de propiedad anterior aunque esta no esté inscrita; en cambio, en el caso de la doble venta se prefiere al adquirente que inscribió a pesar que antes ya existía una transferencia de propiedad por el consenso a un adquirente que no inscribió. He ahí la inconsistencia del sistema y por ende su ineficiencia.

El Derecho debe buscar que todos actúen con transparencia, sin ocultar información, por una razón muy sencilla: la mejor decisión que uno puede tomar es aquella que considera toda la información disponible. La peor decisión probablemente sea aquella tomada sin información, o peor aún con información oculta, pues en tales casos tal información oculta podría cambiar los términos de mi decisión e incluso podría hacerme desistir de ella. Un sistema basado en la publicidad del registro en definitiva reduce los costos de transacción e incrementa la información disponible para todos.

El Derecho debe sancionar y no premiar al que oculta información relevante para tomar una decisión de celebrar o no un contrato, y proteger al que contrató confiado en la información que se le proporcionó. Si a una persona supersticiosa le ofrecen en venta, a un precio razonable, una casa que está construida sobre un cementerio, lo más probable es que no la compre y busque alguna otra opción; sin embargo, si se le oculta dicha información lo más probable es que compre la casa convencida de que es una buena

decisión. En este caso lo más justo es proporcionar toda la información sobre el bien al que tomará la decisión de celebrar o no el contrato.

El Derecho debe inclinarse por lo público y no por lo clandestino y oculto, por lo demás esto termina beneficiando a toda la sociedad y este interés debe primar por sobre el interés individual de ocultar información por razones que tampoco resultan claras.

Hay que considerar, sin embargo, que las personas tienen derecho a no proporcionar información por razones personales y particulares, pero resulta claro que esto tiene un límite, este es el derecho de los terceros a quienes dicha reserva de información puede perjudicar.

En atención a lo anterior resulta difícil sostener por qué un acto oculto debe tener más fuerza que un acto publicado (mediante la publicidad registral) y también resulta difícil sostener qué debe ser oponible a quien nunca conoció tal acto clandestino. No parece atendible preferir al propietario que no tuvo la diligencia suficiente para inscribir su propiedad y que más bien optó por la clandestinidad, y excluir al acreedor hipotecario que, por el contrario, fue diligente al obtener la información correspondiente del registro y que desembolsó el crédito confiando en dicha información.

Existen diversas evidencias que demuestran que el Código Civil prefiere lo público a lo privado en los términos expresados antes. Por ejemplo el caso de la hipoteca. En efecto, el mismo fundamento que tomó en cuenta el legislador para hacer que la inscripción de la hipoteca sea constitutiva debe servirnos para analizar este caso y darle solución. El fundamento fue que deberían eliminarse las cargas y gravámenes ocultos, por tanto solo una

adecuada publicidad le podrá dar validez a tal acto, así para el derecho positivo peruano es inadmisibles una hipoteca oculta y no publicada.

La misma idea que subyace en el caso citado debe ayudarnos a solucionar el conflicto hipoteca vs. propiedad; es decir, un acto oculto no tiene por qué perjudicar a alguien que desconocía tal acto. Por tales razones la adquisición de propiedad oculta y clandestina debe sucumbir ante el embate de la hipoteca debidamente publicada.

En conclusión: si en el Perú el Código Civil ha regulado una institución registral, queda claro que el concepto de publicidad registral debe estar presente en cualquier decisión que se tome, pues lo peor que puede pasar es ignorar su existencia y su utilidad, prefiriendo lo oculto, lo que nadie conoce. Entonces las interpretaciones que se hagan de las normas del Código deberían beneficiar más a la publicidad que a la clandestinidad. Ello será plenamente posible cuando se complete el catastro de bienes inmuebles que permitirá lograr la seguridad necesaria para encargar al registro el perfeccionamiento en la transferencia de bienes.

### **2.3. Glosario de términos básicos**

**2.3.1. Oponibilidad.-** Referida al poder de sobreponerse a cualquier poseedor del bien cuyo título carezca de una fuerza como la que ostenta el titular del derecho real que contiene la inherencia.

**3.3.2. Elasticidad.-** Propia solo del derecho real. Es decir, un derecho real tiene la posibilidad de “desmembrarse” y permitir el goce de otro derecho real manteniendo incólume su naturaleza jurídica.

**3.3.3. Derecho Real.-** El derecho real es aquel que se ejerce sobre bienes o cosas, es decir, es la relación que existe entre la persona y la cosa. Para Planiol y Ripert (1938), el derecho real existe cuando una cosa se encuentra sometida completa y parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata que puede ser invocada contra cualquier otra.

**3.3.4. Propiedad no inscrita.-** El VII Pleno Casatorio Civil contenido en la casación N° 3671-2014, del 5 de noviembre de 2015, refiere en su considerando VI.1., literal a) a propósito de las posturas enfrentadas en la jurisprudencia y doctrina respecto a la propiedad no inscrita que: “(...) la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, debiendo el tercerista probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta”

**3.3.5. Derecho Personal o de crédito.-** El derecho personal o de crédito es aquel que otorga la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera: a dar, suministrar, a hacer y a no hacer alguna cosa.

**3.3.6. Embargo inscrito.-** En cuanto al embargo inscrito, Flaminio Vigo señala que la preferencia de la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito, que se suele sustentar en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se traduce en un resquebrajamiento de la seguridad jurídica que otorga el registro, haciendo que esta pierda su razón de ser. (VIGO SALDAÑA, 2009)

**3.3.7. Derecho común.-** El derecho común tiene su base en el artículo 2022, segundo párrafo, del Código Civil, el cual señala que: “Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

**3.3.8. La buena fe pública registral.-** En relación a lo anteriormente dicho la buena fe pública tiene que ver con el siguiente principio “prior in tempori potior in iure” – primero en el tiempo mejor en el derecho.

## **2.4. Hipótesis**

### **2.4.1. Hipótesis General**

Dado que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana solo exige que el perfeccionamiento del contrato se realice bajo el acuerdo entre las partes (solo consensu), es probable que dichas transferencias no garanticen la seguridad jurídica buscada por el adquirente, y por el contrario generen riesgo, perjuicio, desconfianza y clandestinidad en el tráfico mobiliario.

### **2.4.2. Hipótesis específicas**

#### **2.4.2.1. Hipótesis específica 1:**

Los criterios adoptados en jurisprudencia peruana se dividen en dos posiciones.- el primero sostiene que el sistema de transferencia de propiedad inmueble debe conservarse, es decir, sostiene que para celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble es suficiente el solo consensu, por otro lado la segunda posición sostiene que la necesidad de realizar una modificar ese modo de transferencia de propiedad inmueble, esto bajo la a del título y modo, ello nos invita a delimitar cual debe ser el criterio que debe adoptarse.

#### **2.4.2.2. Hipótesis específica 2:**

El tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada esta sesgado a favor un sistema constitutivo de

derechos, con ello lo que se pretende es generar mayor seguridad jurídica. Propugnan el sistema del título y modo.

**2.4.2.3. Hipótesis específica 3:**

Dado que no existe uniformidad en nuestra jurisprudencia, es necesario una modificación en su regulación, por ello, proponemos modificar el artículo 949<sup>o</sup> y 1529<sup>o</sup> del Código Civil, en el sentido que al igual como se establece para la celebración del contrato de donación, se imponga como requisito de validez del contrato de compraventa que este se celebre por escritura pública y se perfeccione con su inscripción en los Registros Públicos cuando se trate de bienes inmuebles.

**2.5. Operacionalización de variables**

Variable	Dimensiones	Indicadores	Método	Técnica	Instrumento
Transferencia de propiedad inmueble Art. 949 y 1529 del Código Civil	Criterios adoptados en la jurisprudencia nacional	Prevalencia del derecho real  Prevalencia del derecho personal	Método dogmático  Cualitativo.	-Análisis  -Comparación  -interpretación	Ficha documental
	Tratamiento de la legislación comparada	La inscripción registral como seguridad jurídica	Método dogmático  Cualitativo	-Análisis  -interpretación	Ficha de análisis.

## CAPITULO III

### DISEÑO METODOLOGICO DE LA INVESTIVACIÓN

#### 3.1. Tipo de diseño de investigación

Es una investigación cualitativa, en razón a que se procede mediante técnicas de análisis y la observación de la ley, la doctrina y los expedientes referidos al problema planteado.

Respecto al tipo de investigación, corresponde el jurídico dogmático, ya que la presente investigación tiene un contenido exclusivamente técnico – jurídico.

#### 3.2. Población y muestra de la investigación

El ámbito de estudio es la legislación, la doctrina y la jurisprudencia referido al tema de investigación.

La muestra de estudio en la presente investigación es el precedente vinculante contenido en la Casación N° 3671-2014 (Lima), Casación N° 2674-2003 (Arequipa), Casación N° 5135-2009(Callao), así también la revisión de la doctrina y la jurisprudencia relacionada al tema de investigación.

#### 3.3. Ubicación y descripción de la población

El ámbito de estudio es la legislación, la doctrina y la jurisprudencia referido al sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú, teniendo en cuenta el Derecho Comparado.

### 3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Respecto a las técnicas e instrumentos de recolección de datos tenemos:

- Análisis de las casaciones señaladas en el punto población y muestra.
- Observación e interpretación de la ley.
- Descripción, análisis, comentario, determinación de eficiencia de la jurisprudencia analizada en la presente investigación.

## CAPITULO IV

### ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 4.1. Resultados y discusión

Para alcanzar nuestros objetivos antes señalados se tuvo que realizar un análisis de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, esto, a través de doctrina jurisprudencia existente, los cuales que marcaron el concepto del derecho de propiedad inmueble en el Perú. Asimismo se tiene en cuenta el derecho comparado, algunas de las cuales fueron y son base para los diferentes países de América Latina, en cuanto se refiere a la regulación de la transferencia de bienes inmuebles.

En efecto, realizamos un análisis de nuestro propio sistema de transferencia de propiedad inmueble, teniendo en cuenta el Código Civil de 1852, Codicio Civil de 1936 y nuestro actual Código Civil de 1984. Al respecto analizamos – a manera de ejemplo – tres casaciones emitidas por nuestra Corte Suprema de Justicia y una de ellas calificada como precedente vinculante.

Finalmente, realizamos una revisión del derecho comparado para tener una visión más abierta respecto al sistema de transferencia de propiedad inmueble en nuestro país.

#### **4.1.1. Respeto a nuestro sistema transferencia de propiedad inmueble**

En primera instancia, decimos que el problema nace a partir de la primera codificación, esto es, desde el Código civil de 1852 el cual se ha extendido hasta la fecha, puesto que en dicho cuerpo normativo se recogió por vez primera un sistema que regularía la transferencia de propiedad inmueble importado del Código Napoleónico de 1804 el sistema denominado francés, del simple consenso o espiritual, por el que basta solo el acuerdo de las partes para dar por efectuada o transferida la propiedad de un bien inmueble. Esta adopción legislativa se ha mantenido en los dos Códigos Civiles subsiguientes, el de 1936 y el de 1984.

Pues bien, al margen de lo que sostenga la doctrina, el hecho es que en nuestro Derecho Civil Patrimonial, cuando se trata de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, es de aplicación el artículo 949º del Código civil, esto en concordancia con el artículo 923 del mismo Código sustantivo, el cual define al derecho de propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; debiendo ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Asimismo, el artículo 1529º del Código civil expresa que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Respecto a esta definición, la compraventa presenta dos características: es un contrato obligacional, en el sentido de que la traslación de dominio es una consecuencia del perfeccionamiento del contrato; y, es consensual, porque requiere solamente el consentimiento de las partes.

Por lo tanto, decimos que la transferencia de inmuebles por compraventa resulta siendo de carácter consensual; habiéndose adoptado la teoría espiritualista de procedencia francesa; siendo suficiente que entre vendedor y comprador exista un acuerdo respecto a los elementos esenciales de la compraventa, para que este último se convierta en propietario del bien inmueble, no requiriendo de formalidad alguna (RAMIREZ CRUZ, 2007). Debido a ello la transferencia de la propiedad se produce en un solo momento: únicamente con el título -la sola obligación de dar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él-; no existiendo como en otras legislaciones dos momentos (título y modo). (GONZALES BARRON, 2013). Por tanto, la inscripción registral en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es obligatoria, siendo declarativa más no constitutiva de derechos (excepto en el caso de la hipoteca en el que la inscripción sí es constitutiva).

#### **4.1.2. Respecto al tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada.**

Para lo cual se analizó el sistema alemán, australiano, francés y el argentino, respecto a estos sistemas decimos lo siguiente:

En **Alemania** el sistema de transferencia dominial, toma en cuenta profundamente el tema de la publicidad registral, no sólo con el objeto de resolver el problema de la publicidad en estricto, sino también para brindar seguridad a las operaciones comerciales de inmuebles. El registro se convierte así en la prueba definitiva del derecho inscrito.

Al respecto, Salvat explica que en los países germánicos, respecto al valor de las inscripciones, se seguían dos sistemas: a) El principio de la fuerza jurídica formal de los libros territoriales: bastaba la inscripción en el libro para

producir una modificación jurídica; y, b) El principio del consentimiento: por el cual era indispensable para operar un cambio jurídico en los libros territoriales, además de la inscripción, la manifestación de voluntad de las partes contratantes. Este sistema fue el que consagró la Ley Prusiana de 1872. (LINARES CARREON, 2010)

Siguiendo el segundo sistema, en Alemania cada inmueble se encontraba individualizado en una hoja territorial, en la que constan todos los negocios jurídicos referidos al bien. La hoja territorial se compone de un título y tres secciones. En el título se describe el inmueble; se indica el nombre del distrito donde se encuentra ubicado, si se trata de bienes rústicos, o el nombre de la calle y el número, si se trata de bienes urbanos; la naturaleza y el destino del predio; su venta o valor; el número que se le ha dado en el catastro; y las demás circunstancias que permitan su individualización.

Por lo tanto, en Alemania la propiedad no se transfiere bajo el solo contrato celebrado entre las partes, que sólo – valga la redundancia – otorga un derecho de carácter personal al adquirente (carácter real), sino, además se requiere su inscripción en la hoja territorial. Sin embargo, si ocurriera que la inscripción perjudica los derechos de alguno, el Estado o el culpable, si lo hubiera, indemnizará al perjudicado. La prescripción no funciona contra el propietario inscrito. Se considera que proteger la posesión clandestina por sobre la garantía pública del Registro, debilitaría su valor y comprometería su autoridad.

En **Australia**, a diferencia del sistema Aleman, el sistema australiano o conocido como el sistema Torrens es muy peculiar, Torrens vio los problemas que se suscitaban en las transferencias de inmuebles entre particulares, pensó

entonces en un sistema por el cual interviniera el Estado en toda transferencia de propiedad. Por lo que construyo una ficción legal por el cual los inmuebles, al venderse, retornan al dominio del Estado, y éste los transfiere luego al comprador. Según señala Valiente Noailles, "en síntesis, todo el sistema Torrens tiene por fundamento el reemplazo de los antiguos títulos de dominio, por otros nuevos entregados y garantizados por el Estado, de modo tal que imaginariamente él recupera esas tierras cual si nunca hubiesen pertenecido a nadie y luego las otorga libres de vicio". (VALIENTE NOAILLES, 1958)

Cabe resaltar que si bien este sistema se estableció como facultativo para los particulares, en la práctica, dadas sus ventajas, su empleo se generalizó. El sistema exige la existencia de un catastro. Empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta de la reunión de actos parciales como consecuencia de cada inscripción. Asimismo, los títulos son estudiados concienzudamente por funcionarios especializados, que analizan el origen de los títulos, la legitimidad de la posesión, la ubicación del inmueble, su superficie, etc. A continuación se procede a la mensura del terreno por peritos, de acuerdo con los antecedentes reunidos. De considerar procedente la inscripción, se verifican publicaciones en los periódicos, notificándose a los colindantes. Si se produce alguna oposición, ésta se resuelve judicialmente, suspendiéndose el procedimiento registral hasta la resolución definitiva.

Como explica Romero Romaña: "las transferencias de dominio sobre inmuebles se verifican en forma muy simple, llenando los formularios del Registro con intervención del registrador y de un testigo. Cada inscripción produce el efecto de abolir los anteriores y se convierte en un título nuevo

inatacable. Si se grava un inmueble con hipoteca, basta la simple anotación en los certificados, tanto del registro, como del propietario del inmueble". (ROMERO ROMAÑA, 1947)

Desde el punto de vista económico, este sistema tiene la gran virtud de incrementar los negocios inmobiliarios, pues inspira plena confianza. Como expresó Torrens, para resaltar la bondad de su sistema: "El título de propiedad más excelente se asemeja a un lingote de oro, que cada vez que se trasmite hay que pesarlo y constatarlo, y para ello separarle un pedazo; pero una vez que este lingote se transforma en moneda legal, puede pasar de mano en mano sin deterioro ni pérdida de tiempo. El registro y la expedición del título es el equivalente a la acuñación de la moneda". (BULLARD G, 1991)

En **Francia**, la transcripción inicia su aplicación a partir de 1855, en virtud de la ley de 23 de marzo de ese año, dictada como consecuencia de que el sistema consensualista puro consagrado por el Código Napoleón de 1804 se había revelado como deficiente, suscitando diversas dificultades. (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, 1988)

El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: a) La inscripción tendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, b) El registro sería personal, c) Los actos celebrados inter vivos necesariamente deberían ser inscritos, d) La inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias, e) Los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble, f) De un lado, se llevaría un registro de hipotecas y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

Cabe indicar que el sistema de trascrición fue modificado por el Decreto de 30 de octubre de 1935. Esta norma, así como la ley de 23 de marzo de 1855, fueron después derogadas y sustituidas por el Decreto de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicidad inmobiliaria. El sistema de la trascrición no es, por tanto, el vigente en Francia. Este sistema estableció que para la transmisión de un inmueble bastaba el simple acuerdo de voluntades. Sin embargo, para que la transferencia pueda producir efecto frente a terceros, era necesaria su inscripción. Asimismo, la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias.

Finalmente en **Argentina**, la tradición reviste una especial importancia. Se manifiesta como una exteriorización de voluntad tendiente a perfeccionar un contrato o a constituir un derecho real sobre la cosa entregada. Esa exteriorización posesoria – consagrado en el artículo 577 del Código civil – procura una forma de publicidad, la denominada “publicidad posesoria”, término que se utiliza aun en aquellos casos en que la relación real es de mera tenencia. A ello se debe que se haya centrado la atención especialmente en este modo de adquirir el dominio, pues la existencia o no de tradición producirá, en principio, la apariencia y hasta la existencia misma del dominio.

Vélez Sársfield ha rechazado en forma expresa la posibilidad de transmisión por el solo consentimiento de las partes, así como la admisibilidad de la tradición escrituraria “o traditio cartae” (art. 2378 del Código civil). Esta forma de transmisión podrá convertirse en un ocultamiento al no traducir exteriormente el cambio de titulares posesorios, sirviendo de fuente a pleitos y perjudicando a su vez los derechos e intereses de los terceros ajenos al

contrato que se encuentren en posesión de la cosa. (MARIANI DE VIDAL, 2004)

#### **4.1.3. Respecto a la proposición de medidas para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble.**

Según lo vertido anteriormente, plantamos la necesidad de cambiar nuestro actual sistema de transferencia, en razón a los siguientes fundamentos:

a) Tener un sistema jurídico de transferencia propiedad inmueble, que admita la teoría del título y el modo. De acuerdo a esta teoría (título y el modo), la transferencia de todo derecho de propiedad sobre los bienes se daría en dos momentos; primeramente, debe haber una causa que justifique la transferencia o el traslado del derecho de propiedad y, por otro lado, debe haber un hecho, medio o modo apto para trasladar tal derecho.

En este orden de ideas, Jorge Avendaño afirma que: “para analizar el tema de la transferencia de la propiedad es preciso distinguir entre título y modo. El primero es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva el contrato. Es también la causa jurídica de la enajenación del dominio [...] El modo es un hecho, que es consecuencia del título. Pero es el hecho determinante el (sic) que produce la traslación. Ciertamente es que dicho modo no puede ocurrir si no hay título”. (AVENDAÑO VALDEZ, 2001)

Por otro lado, tenemos que nuestro Código civil clasifica a los bienes en muebles e inmuebles. Tal vez, a primera vista, el tema de la clasificación de los bienes parezca inocuo o irrelevante ; pero muy por el contrario, es un tema de vital importancia en todo el sistema jurídico, puesto que, la forma de clasificación o el criterio que un determinado Código civil utilice para clasificar los bienes es de gran trascendencia para temas como el de la transferencia de

los derechos sobre los bienes –tema que nos ocupa en esta oportunidad– y los tipos de las garantías que sobre los bienes se pueden constituir . (ALBALADEJO, 1977)

Ahora bien, el problema se origina basicamente por lo dispuesto en el artículo 949º, pieza fundamental en el sistema de la propiedad de este tipo de bienes, el mismo que prescribe lo siguiente: Artículo 949º.- La sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Cómo podemos ver el artículo nos dice que el sólo consentimiento es suficiente para transferir el derecho de propiedad. Asimismo, el artículo antes señalado se contradice con lo estipulado con el artículo 1529º, 1549º y 1567º: Artículo 1529º.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste debe pagar su precio en dinero. Artículo 1549º.- Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Artículo 1567º.- El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.

En efecto, de los artículos transcritos se desprende que: 1) Del contrato de compraventa sólo se crean obligaciones: para el vendedor transferir la propiedad y para el comprador pagar el precio en dinero; pero en ningún momento se prescribe que el contrato por sí mismo hace al comprador propietario del bien materia de la venta; 2) Es una obligación esencial del vendedor, aquél que transfiere el derecho de propiedad, el perfeccionar la transferencia de la propiedad, lo cual alude nítidamente al modo o medio idóneo que perfeccionará la transferencia. Esto abona lo planteado anteriormente, pues la obligación creada por el contrato no es en sí misma

suficiente para lograr la transferencia de la propiedad, hace falta algo más; 3) En el artículo 1567º, se nota claramente la referencia a los bienes muebles, pero en el caso de los inmuebles, cómo considerar que un inmueble ha sido entregado, si el hecho mismo de entregar un bien acaso no supone desplazamiento, al respecto nos formulamos la siguiente pregunta ¿pueden los inmuebles desplazarse?

Por lo tanto, la contradicción es evidente. Por un lado tenemos el artículo 949º, que prescribe que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del bien objeto de la transferencia, mientras que los artículos 1529º y 1549º, nos señalan que no es así, que la obligación no es suficiente, que hace falta algo más, y que además eso corresponde, como obligación esencial de la transferencia, al vendedor.

Ahora bien dentro de la transferencia de bienes inmuebles debemos hacer una nueva distinción: cuando la transferencia es realizada a una sola persona y cuando el deudor se ha obligado a transferir la propiedad del inmueble frente a un universo de acreedores. En el primero de los casos tal vez no haya mayor inconveniente, puesto que sólo se trata de dos individuos y entra a tallar en este campo la buena fe objetiva, lo que nos lleva a manifestar que ambos contratantes están actuando leal y honestamente, y que el vendedor no será un mal vendedor, es decir, no transferirá nuevamente el derecho de propiedad (que teóricamente no tiene) a otro comprador dentro del mercado. (FERNANDEZ CRUZ, 1997)

Pero bien sabemos que no todos los agentes del mercado actúan conforme a la buena fe. Desde luego habrá un vendedor que timará a un incauto comprador transfiriendo un derecho que en teoría no tiene; en este

caso nuestra visión debe cambiar, ya no se trata de una relación bilateral sino de un conjunto de relaciones intersubjetivas que entrarán en conflicto.

Decimos que no genera seguridad jurídica, porque al dejar el problema de la incoherencia sistemática entre los artículos 949º y 1135º, 2012º, 2013º y 2014º librada a la interpretación jurídica de nuestros magistrados, pueden obtenerse múltiples y muy dispares resultados ante los casos concretos, puesto que, las interpretaciones que se le pueden dar a dichas normas son también muy variadas; algunas de ellas de repente muy coherentes con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las transacciones y la transferencia de los derechos que de dichas operaciones económicas se derivan; pero también pueden generarse criterios contrarios a dicho fin, porque nuestros jueces, muchos de ellos no ven más allá del expediente, puesto que, la gran mayoría de ellos tienen una visión diádica y no sistémica de los problemas jurídicos.

Al respecto, la inscripción de una compraventa en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble se realiza en mérito a la escritura que consta por instrumento público. En razón a ello el Notario o los interesados podrán inscribir el referido acto en la partida registral del inmueble transferido, por medio del parte notarial que contenga la escritura pública de la mencionada compraventa.

La importancia de la inscripción registral radica en la seguridad jurídica que brinda a la adquisición del bien inmueble, así el comprador (adquirente) que actuando de buena fe, adquiere a título oneroso el predio de una persona que en el registro aparezca con facultades para disponerlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del vendedor (transferente) por causas que no consten en los Registro Públicos.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.-** Respecto a nuestro actual sistema de transferencia de bienes inmuebles, llegué a la siguiente conclusión: **i)** el sistema de transferencia de propiedad inmueble que ha adoptado nuestro país (solo consensus de las partes), propio de los sistemas jurídicos francés e italiano no es adecuado para nuestro país, no garantiza la seguridad jurídica, y más aún si tenemos un sistema registral facultativo en nuestro país, el cual incrementa la problemática puesto que el sistema facultativo constituye una de las principales limitaciones para acceso, desarrollo y actualización del Registro. Por tal motivo, es vital contar con un Registro que inspire confianza y seguridad en la ciudadanía, a fin que ésta acceda al Registro y, **ii)** un sistema de transferencia de propiedad inmueble bajo el simple consenso, implica clandestinidad, desincentivo de inversión económica, inseguridad.

**SEGUNDO.-** Respecto a lo vertido por la legislación comparada, tenemos que existe una inclinación por hacer prevalecer los principios registrales y la buena fe. Por ello, la protección de la propiedad inmueble a nivel de la legislación comparada es mayor cauteloso en comparación con nuestra legislación nacional, el cual inspira una mayor dinámica y seguridad al momento de realizarse transferencias de propiedad.

**TERCERO.-** Respecto a la a la seguridad jurídica como garantía en nuestro Sistema Transferencia de Propiedad, existe una eminente necesidad de establecer Sistema Transferencia de Propiedad basado en la inscripción registral puesto que en materia de derecho reales es declarativo y no constitutivo de derechos no ayuda en el tráfico mobiliario; en consecuencia, es necesario tener un sistema registra constitutivo de derechos, así la publicidad

que en él se ofrece, otorga presunción de certeza del derecho inscrito, es decir, lo que aparece en él, es lo que en la realidad se presenta eso evitará problemas tan graves, como es el caso de la doble venta, o del tráfico de predios, pues como está estipulado en nuestro ordenamiento jurídico actual, aquellos que adquieren de quien aparece con derecho para hacerlo en los registros públicos, y no inscriben su derecho, corren el riesgo de que el primero vuelva a contratar con un tercero sobre el mismo derecho

## SUGERENCIAS

**PRIMERO.-** Se sugiere establecer un registro de carácter constitutivo de derechos puesto que así es mayor la seguridad jurídica. Para ello, resulta recomendable y necesaria la modificación de los artículos 949 ° y 1529° del Código Civil, en el sentido que al igual como se establece para la celebración del contrato de donación, se imponga como requisito de validez del contrato de compraventa que este se celebre por escritura pública y se perfeccione con su inscripción en los Registros Públicos cuando se trate de bienes inmuebles.

**SEGUNDO.-** Teniendo en cuenta la naturaleza de la presente investigación se sugiere tomar todas las medidas necesarias para poder adoptar un registro de carácter constitutivo de derechos, esto implica trabajar en temas de catastro y habilitación urbanas de la mano con institución como COFOPRI, entre otros.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho Civil , Tomo III*. Barcelona: Libreria Bosh.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. (1998). *Exégesis del Código Civil Peruano 1984, Tomo IV*. Lima: Gaceta Juridica.
- AVENDAÑO VALDEZ, J. (2001). *Clasificación de Bienes y Transferencia de Propiedad. En AA. VV. ¿PORQUE HAY QUE CAMBIAR EL CODIGIO CIVIL?* Lima: 1° Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- AVENDAÑO, F. (2000). *Reforma del Libro de los Derechos Reales en el Código Civil Peruano*. Lima: 1° Ed. Ediciones Juridicas.
- BELTRAN PACHECO, J. A. (Diciembre de 2001). La posibilidad de reconocer un sistema de causa unica de transferencia de propiedad inmobiliaria en el Código Civil de 1984. *Tesis para optar el grado de magister en Derecho*. Lima, Lima, Lima: Tesis PUCP.
- BULLARD GONZALES, A. (1991). Un mundo sin propiedad. Analisis del Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Peru, N° 45*.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (1996). Perfeccionamiento de transferencia de Propiedad. *Scribas, N° 2*.
- DELGADO PEREZ, C. (noviembre de 2008). "El principio de inoponibilidad registral y los conflictos entre derechos reales y derechos personales en la jurisprudencia". *Dialogo con la jurisprudencia, 279*.
- ESCOBAR ROZAS, F. (1998). Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad. *Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Perú, 117*.
- ESCOBAR ROZAS, F. (2002). *Teoria General del Derecho Civil*. Lima: Ara.
- FERNANDEZ CRUZ, G. (1997). *La obligacion de enajenar y el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Peru*. Lima: THEMIS, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Peru.
- FORNO FLORES, H. (1993). El contrato con efectos reales. *Ius et Veritas, Revista de Derecho de la Universidad Catolica del Peru, N° 7*.
- GONZALES BARRON, G. (2013). *Los Derechos Reales y su Inscripción Registral*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- JORGE MUSTO, N. (2000). *Derechos Reales Tomo. I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- LAMA MORE, H. E. (setiembre de 2015). "La propiedad y el embargo". *Gaceta civil y procesal civil, 179*.
- LINARES CARREON, J. (2010). Analisis de la eficiencia del sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria mediante registro en el Peru, 2000-2009. Arequipa, Peru: No especifica, sin embargo se encuentra en la bibliografía de de UNSA.

- MARIANI DE VIDAL, M. (2004). *Derechos Reales, tomo I*. Buenos Aires: Zavalía S.A.
- MERINO ACUÑA, R. (agosto de 2006). "Propiedad no inscrita versus embargo inscrito". *Actualidad jurídica*, 51.
- PLANIOL, M. y. (1938). *Tratado Practico de derecho civil frances*. La Habana.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. (1988). *Tratado Practico del Derecho Civil Frances, Tomo III*. Madrid: Civitas.
- RAMIREZ CRUZ, E. M. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Editorial Rodhas SAC.
- RAMIREZ JIMENEZ, N. (2009). "Cual debe ser tutelado: el embargo inscrito o la propiedad no inscrita". *Dialogo con la jurisprudencia*, 123.
- RAMIREZ, E. M. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Editorial Rodhas SAC.
- ROMERO ROMAÑA, E. (1947). *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTeM.
- ROMERO, E. (1947). *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTeM.
- SALVAT, R. M. (1973). *Derecho Civil Argentino - Derechos Reales*. Buenos Aires: TEA, 5a ed. .
- TORRES VASQUEZ, A. (2006). *Dderechos Reales*. Lima: T.I. Lima: IDEMSA.
- VALIENTE NOAILLES, L. M. (1958). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- VIDAL RAMOS, R. (2006). *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil Peruano*. Obtenido de sistema de transferencia de propiedad inmueble:  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA\\_TRANSFERENCIA\\_PROPIEDAD\\_DERECHO\\_CIVIL\\_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)
- VIGO SALDAÑA, F. (2009). "La posicion de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho resal no inscrito: Especial consideracion de la seguridad juridica y la fe publica registral". *Revista oficial del Poder Judicial* , 69.

## ANEXOS

**Anexo 1: Proyecto de Ley**

**Anexo 2: Casaciones**

**Anexo 3: Matriz de Consistencia**

**Anexo 4: Artículo**

## **PROYECTO DE LEY**

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 949 Y 1529 DEL CÓDIGO CIVIL**

El ciudadano EDGAR SACACHIPANA APAZA, en ejercicio del derecho de iniciativa legal que establece el artículo 31 de la Constitución Política del Estado, concordado con el Artículo 74 del Reglamento del Congreso de la República y artículo 2 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos; presenta al Congreso de la Republica el siguiente Proyecto de Ley:

#### **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Todo Estado de Derecho se rige por un sistema de leyes, se establecen normas jurídicas que regulan la interacción entre los individuos que componen nuestra sociedad; siendo la Constitución la máxima expresión del sistema jurídico, y ninguna otra norma jurídica debe contradecir lo que en ella se establece; en el caso de que surja una circunstancia de contradicción, dicha norma deviene en inconstitucional, porque resulta no aplicable.

Por otro lado, es importante mencionar que en nuestro sistema jurídico la publicidad registral es relevante por el efecto de oponibilidad, sin embargo en la realidad se presentan problemas de seguridad jurídica cuando se trata de derechos de distinta naturaleza, privilegiándose muchas veces la clandestinidad, al hacer prevalecer derechos reales no inscritos incluso contra aquel que diligentemente registró un derecho diferente a los considerados reales como ocurre con el caso de la persona que anota un embargo contra el titular registral demandado, pero luego es desconocido en su derecho al preferir el sistema a un propietario oculto.

No vemos un sistema apropiado para la regulación del sistema de transferencia, por ello, planteamos la necesidad de modificar los artículos citados anteriormente, donde la publicidad dada por registros sea fiel reflejo de la realidad extrarregistral para todos sin excepción.

Experiencias e investigaciones multidisciplinarias, permiten determinar la necesidad de la protección de los derechos personales con un ordenamiento sistemático y coherente. Debe prevalecer la publicidad registral, en el caso de inmuebles inscritos, para toda clase de derechos, sean reales, personales, de tal forma que la tercería de propiedad no pueda desconocer los derechos de quienes tuvieron la diligencia de publicitar su derecho, pues de lo contrario los “terceros registrales” titulares de derechos no reales no tendrían incentivo alguno para inscribir.

La publicidad es la expresión más perfecta y eficiente inventada para dar a conocer situaciones jurídicas, oponer derechos, tutelarlos y brindar seguridad. Moisset de Espanés señala: “La publicidad es una actividad dirigida a hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica”.

En efecto, este problema afecta al ordenamiento jurídico peruano, pues contrapone los principios del derecho Registral considerados en el Código Civil en uno de sus libros, a las normas del Derecho Civil, pues pese de haber contratado bajo la fe registral, la publicidad registral, los acreedores de alguna manera no se sentirán seguros por este defecto que el sistema debe resolver, mientras tanto el Poder Judicial resolverá

aplicando las normas civiles y como su medida cautelar no tendría amparo legal, se verá entonces perjudicado, causando daños enormes a los acreedores.

Asimismo, vemos que se ve afectada la seguridad jurídica, la publicidad registral dando lugar a la inseguridad jurídica. Es decir se afecta la seguridad de aquellos que al acceder al Registro, consideran que cuentan con un derecho inatacable, basado en los principios registrales, confían de la protección más elevada que brinda nuestro sistema Registral Inmobiliario, a través de la presunción juris et de iure reflejada en el Principio de Fe Pública Registral.

En nuestro país la publicidad se exterioriza a través de la expedición de certificados compendiosos o literales, o certificados de gravámenes. Sin embargo qué efecto negativo encontramos, cuando el contenido expresado por el Registro, resulta inexacto entre el contenido del Registro y la realidad extrarregistral; de tal forma ello va permitir que la publicidad dada por Registros Públicos, como institución del Estado, sea válida para todos sin excepción. Consideramos que no debe beneficiarse uno y perjudicarse el otro, sino más bien ambos derechos tanto el derecho real y derecho personal deben complementarse entre sí; a fin de lograr el mayor equilibrio posible.

Por ello, la inscripción debe significar la forma más viable, adecuada para dar publicidad de los actos y derechos en salvaguarda de la titularidad de los mismos y brindar certeza, seguridad mediante la publicidad y lograr con ello un sistema jurídico registral coherente.

La inscripción constitutiva va permitir una mayor seguridad a las transacciones económicas basadas en los bienes inmobiliarios lo cual es sumamente importante para nuestra economía. Para que dicho sistema sea eficiente debe existir una adecuada publicidad basada en la prioridad registral, en el principio de tracto sucesivo y todos los principios registrales dotándola de veracidad.

Un Registro que promueva la eficiente asignación de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles involucra contar con una plena identificación del inmueble, de titulares.

## **II. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no genera gasto alguno para el Estado, por cuanto, no incide directa o indirectamente en el presupuesto de la República. Por el contrario, busca mejorar, los mecanismos que garanticen la transferencia de propiedad de bienes inmuebles con mayor seguridad jurídica y procurando una mayor dinámica mercantil lo que conlleva el beneficio en transacciones comerciales eficientes.

## **III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

El presente proyecto tiene como finalidad modificar los artículos 949° y 1529° Código civil, relativos a la transferencia de propiedad, para lo cual se propone las siguientes modificaciones:

## **IV. FÓRMULA LEGAL**

### **LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 949 Y 1529 DEL CÓDIGO CIVIL**

**Artículo Unico.- Modificase los Artículo 949° y 1529° del Código civil**

Modifíquese los artículos: 949° y 1529° del Código civil, los mismos que quedarán redactados en los siguientes términos:

**Artículo 949°.-** La sola obligación de enajenar un bien hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Para el caso de bienes inmuebles la transferencia de la propiedad se perfecciona con su inscripción en los Registros Públicos.

**Artículo 1529°** Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. En el caso de bienes inmuebles, dicha transferencia se perfecciona con su inscripción en el Registro Público respectivo.

Lima, Enero de 2017.



.....  
Edgar Sacachipana Apaza  
DNI. N° 45997017

**CASACIÓN N° 3671-2014-LIMA**

En la ciudad de Lima, Perú, a los 05 días del mes de noviembre de 2015, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 17 de julio de 2015, escuchados los informes orales y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo el magistrado ponente el señor Juez Supremo Mendoza Ramírez, de los actuados resulta: I. RESUMEN DEL PROCESO 1.1 Mediante escrito de fojas 37, subsanado a fojas 87, Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de Miriam Ivonne Hermida Clavijo interpone demanda de tercería de propiedad contra Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta solicitando se deje sin efecto la medida cautelar ordenada sobre los bienes de su propiedad. La actora argumenta en su demanda lo siguiente: 1.1.1 Refiere que con fecha 26 de mayo de 2004 suscribió con la demandada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta una minuta de compraventa por la que adquirió el Departamento N° 202 y el estacionamiento N° 202 (Segundo Edificio) Gran Mansión Monticello de la Manzana H, Lote 6-8, del Condominio Residencial Isla Cerdeña, Distrito de Lurín, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en las Partidas N° 12169166 y N° 12169170 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. 1.1.2 Agrega que como su representada reside en Italia, la compraventa fue elevada a Escritura Pública recién el 12 de octubre de 2011, mediante una aclaración y ratificación de compraventa e inserto de la minuta de compraventa del 26 de mayo de 2004, inscribiéndose el título de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble, el 03 de mayo de 2012. 1.1.3 Añade que con posterioridad a dicha venta, la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpuso una demanda de indemnización contra Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, y en dicho proceso por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima trabó embargo sobre los inmuebles materia de litis consignando como propietario a Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, título presentado el 10 de febrero de 2012. 1.1.4 Invoca como fundamento de derecho de su demanda los artículos 424, 533, 534 y 535 del Código Procesal Civil. 1.2 Mediante resolución obrante a fojas 89 se admite a trámite la demanda, corriéndosele traslado a la parte demandada por el plazo de ley. 1.3 Por escrito que obra a fojas 141, la demandada Jesús Esther Tambini Miranda contesta la demanda señalando que la minuta de fecha 26 de mayo de 2004 no ha sido certificada por Notario Público, no es un documento de fecha cierta y que el embargo fue ejecutado con anterioridad a la inscripción de la compraventa de la demandante. 1.4 Mediante resolución obrante a fojas 153 se declara rebelde a la demandada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, se declara saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida. 1.5 Por resolución que obra a fojas 222 se fijan los puntos controvertidos, se califican los medios probatorios ofrecidos por las partes y se decreta el juzgamiento anticipado del proceso. 1.6 A fojas 234 se emite sentencia de primera instancia contenida en la Resolución N° 11 de fecha 27 de diciembre de 2013, en la que se declara FUNDADA la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes: 1.6.1 La escritura pública de fecha 26 de octubre de 2011 es un documento público y por ende de fecha cierta desde que fue otorgada ante notario público, de conformidad con el artículo 235 inciso 2 del Código Procesal Civil. 1.6.2 De la copia literal de fojas 29 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de \$21,500.00 dólares americanos sobre el inmueble

denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscribiéndose el embargo en el asiento D0003 de la Partida N° 12169166 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, con fecha 05 de marzo de 2012.

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

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

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

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

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

1.7.1 Según la interpretación del artículo 949 del Código Civil, la transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extra registralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace con el contrato de compraventa; en este caso, la minuta de compraventa de fecha 26 de mayo de 2004 respaldada con las copias de las letras de cambio que acreditan el pago mensual, el impuesto predial pagado el 24 de agosto de 2005 y el impuesto del alcabala pagado el 31 de agosto de 2005, que acreditan no solo el acuerdo de voluntades respecto del bien que se enajenó y al precio y convierte a la tercerista en propietaria del inmueble, sin que sea necesario que el A quo así lo declare; además acreditan que se encuentra en posesión y es anterior al embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de propiedad de la tercerista y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en consecuencia, la referida minuta de compraventa otorga a la tercerista un derecho real y resulta oponible al embargo trabado en virtud al crédito de Jesús Esther Tambini Miranda (demandada) por su acreencia contra la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en la cual la tercerista, no es parte de la obligación demandada.

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

contenida en el acto jurídico creador de la relación obligatoria, resulta suficiente para producir un efecto traslativo de la propiedad. 1.7.3 Siendo objeto de la tercería de propiedad, levantar el embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de la tercerista que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar en forma de inscripción, ya era de propiedad de Miriam Ivonne Hermida Clavijo y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta; por tanto, se concluye que el contrato de compraventa del inmueble sub litis, otorgado a favor de la tercerista con fecha 26 de mayo de 2004 con los demás documentos ya citados, acredita ser de fecha cierta y anterior a la fecha en que se trabó la medida de embargo en forma de inscripción; y como tal resulta oponible al derecho de crédito. 1.8 Contra dicha resolución de vista la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpone recurso de casación con fecha 29 de octubre de 2014; sustenta su recurso en los siguientes argumentos: 1.8.1 La recurrente en su recurso de casación manifiesta que se han infringido los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. 1.8.2 En relación al artículo 2022, señala que la Sala de mérito interpreta de manera errada la mencionada norma, por cuanto al haber operado la transferencia según lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, al tercerista le asiste oponer su derecho, siempre y cuando haya sido inscrito su título en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente; sin embargo, cuando se dio inicio a la ejecución forzada de la sentencia, la recurrente solicitó tutela cautelar de embargo en forma de inscripción, que fue concedido por el Primer Juzgado Civil de Lima; agrega además, que dicho mandato fue inscrito el 10 de febrero de 2012, cuando los inmuebles embargados aparecían inscritos a favor de la empresa Desarrollos Siglo XXI (ejecutada); por otro lado, la demandante presentó su título en SUNARP el 03 de mayo de 2012, luego de varios meses de haberse inscrito el embargo; asimismo, aplica erróneamente las disposiciones del derecho común, lo cual ha originado que se emita una sentencia indicando que a pesar de existir un documento de fecha cierta que no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, respectivo, dicho acto jurídico es oponible al embargo inscrito, error material que tiene relevante incidencia en el resultado del proceso. 1.8.3 Cita como antecedentes las casaciones: 2807-99/ Callao, 1417-2000/Lambayeque, 2429-2000/Lima, 403- 2001/Piura, 2863-2001/Lima, 333-2003/Lambayeque, 720- 2011/Lima y 5135-2009/Callao, en los que se ha establecido que prevalece el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. 1.9 Por auto calificadorio del recurso de casación de fecha 10 de diciembre de 2014, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda, por la infracción normativa de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. 1.10 Mediante auto de fecha 11 de junio de 2015, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve convocara los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará el día 17 de julio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia. II. LA JUSTIFICACIÓN DEL PLENO CASATORIO Y DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN JURÍDICA QUE HABRÁ QUE DILUCIDAR. La presente sentencia del Pleno Casatorio Civil tiene como objeto dilucidar el problema o cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Así se advirtió en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de esta Corte Suprema, con fecha 11 de junio de 2015, en la cual se precisó lo siguiente: “(...) se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles de este Supremo Tribunal, que se avocan al conocimiento de procesos de tercería de propiedad, están resolviendo,

específicamente en lo concerniente a la aplicación de la última parte del artículo 2022 del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, referidos a si debe o no primar o imponerse la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito”. Habrá que precisar, entonces, que se habrá de hacer referencia a procesos de tercería de propiedad que implican bienes inmuebles inscritos en el Registro Público. En efecto, con frecuencia ocurre que, de un lado, se traba embargo sobre un bien que figura inscrito a nombre del deudor demandado y, de otro lado, un tercero, que alega ser el propietario pero en virtud de una adquisición que no inscribió, plantea una tercería de propiedad para levantar aquel embargo. La doctrina ha planteado esta situación en los siguientes términos: Se ha sostenido que la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad no es la probanza del derecho no inscrito que alega el demandante, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es o no oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito un embargo a su favor, es decir una cuestión de derecho sustantivo, antes que de derecho procesal. Se ha afirmado, en este sentido también, que el problema de derecho sustantivo involucrado en la tercería excluyente de dominio sobre bienes inscritos, bien puede ser resumido en la siguiente pregunta que refleja un conflicto de derechos: “¿Qué debe prevalecer en caso de conflicto, el embargo inscrito o la propiedad no inscrita?”. También se ha planteado la cuestión bajo un enfoque de oponibilidad de derechos, cuando se ha aseverado que “uno de los temas más conflictivos en sede judicial se produce cuando un acreedor traba embargo judicial sobre un inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que en la realidad jurídica ya fue transferido a un tercero, aunque este no ha inscrito su derecho. En tal caso nos encontramos ante dos posibilidades contrapuestas: la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él ignora esa circunstancia; y en el otro extremo se encuentra el propietario que no inscribió, pero cuenta con título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena” La falta de uniformidad de criterios en las diferentes instancias judiciales ha sido destacada por la doctrina también. Así, ya en la década pasada se decía que “es una vieja discusión la que hoy nos ocupa. Existen posiciones contrarias a nivel de la Corte Suprema, pues una de las Salas le da preferencia al embargo inscrito, mientras que la otra lo hace, en línea con la ejecutoria comentada, a la propiedad no inscrita, situación que, por cierto, bien amerita la convocatoria a un Pleno Casatorio”<sup>4</sup>. De igual manera, se ha sostenido que la resolución de la cuestión de fondo de la tercería de propiedad es “un problema arduamente debatido, donde la doctrina y las decisiones de nuestra Corte Suprema no se muestran uniformes, debido a la oscuridad del texto de la última parte del artículo 2022 del Código Civil”<sup>5</sup>. En sentido análogo, se ha afirmado que “desde la vigencia del Código Civil de 1984 la solución jurisprudencial fue durante muchos años uniforme, y se basó siempre en el artículo 2022, 2º párrafo del Código Civil. De esta manera se entendió que el título de propiedad anterior, aún no inscrito, permitía levantar los embargos inscritos. Puede decirse que la jurisprudencia en este sentido es mayoritaria. No obstante, hace pocos años se empezó a cuestionar esta interpretación por cuanto se dijo que la primacía debía tenerla el registro, en vista de que el título de propiedad no inscrito es insuficiente para oponerse a un embargo inscrito”. Más recientemente, respecto a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se ha dicho que “esta norma no tiene una interpretación uniforme en la doctrina ni en la jurisprudencia (...) El problema es más grave porque la discrepancia de opiniones ha sido llevada al Poder Judicial y existen un sinnúmero de resoluciones en un sentido y en otro. Es decir, sobre un problema tan importante no existe predictibilidad”. Considerando que el Pleno Casatorio Civil, contemplado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, se debe

enmarcar dentro del proceso de uniformización de la jurisprudencia, que es un objetivo fundamental del recurso de casación tal como lo dispone el artículo 384 del Código Procesal Civil, la convocatoria a este Pleno Casatorio se encuentra justificada. Resulta oportuno recordar que la figura de la casación, y por ende su función de uniformización explicitada por la ley, tienen también un respaldo constitucional, contemplado en el artículo 141 de la Constitución<sup>8</sup>. En este sentido, se ha sostenido enfáticamente que “no solo la casación se orienta única y exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384 del CPC). Sobre el particular, SERRA DOMÍNGUEZ considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias”<sup>9</sup>. Y esta necesidad de uniformización jurisprudencial se funda en los principios de certeza y seguridad jurídica<sup>10</sup>, que indudablemente inspiran nuestro ordenamiento jurídico. En el presente caso, resulta que no existe uniformidad en torno a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Existen básicamente dos interpretaciones en sede judicial, cada una de las cuales conduce a resultados diferentes al momento de emitir sentencia en los procesos de tercería de propiedad que involucra bienes inscritos. En la resolución de convocatoria a este VII Pleno Casatorio Civil, se hizo referencia a las siguientes sentencias emitidas por esta Suprema Corte: i) Cas. N° 3262-2001-Lima; ii) Cas. N° 2472-2001-Lima; iii) Cas. N° 1253-2002-Ica; iv) Cas. N° 3194-2002-Ica; v) Cas. N° 3194-2002-La Libertad; vi) Cas. N° 2103-2006-Lima; vii) Cas. N° 909-2008-Arequipa; viii) Cas. N° 3687-2009-Cusco; ix) Cas. N° 5532-2009-Lambayeque; x) Cas. N° 720-2011-Lima; xi) Cas. N° 2429-2000-Lima; xii) Cas. N° 403-2001-Piura; xiii) Cas. N° 333-2003-Lambayeque; xiv) Cas. N° 4448-2010-Arequipa; xv) Cas. N° 1117-2011-Lima; xvi) Cas. N° 5135-2009-Callao. En todas estas decisiones judiciales, se aprecia que el núcleo de su análisis radica en la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, puede decirse que la ratio decidendi de estas sentencias depende de tal interpretación. Los obiter dicta que estas decisiones puedan tener, en ningún caso versan sobre el contenido normativo de dicho artículo. La “médula” de lo decidido por los jueces supremos, en estos casos, siempre dependen de la lectura que hacen del artículo en mención. Es oportuno agregar también que este es el enfoque de la doctrina que se ha ocupado de analizar estas sentencias en casación, la cual se ha mostrado conforme al señalar que la ratio decidendi debe circunscribirse a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. De este modo, la doctrina no ha planteado la posibilidad de que la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos deba resolverse al margen de lo dispuesto en este dispositivo legal. La interpretación de este es simplemente determinante para la resolución de estos procesos. III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Este Pleno Casatorio no pretende efectuar disquisiciones teóricas y/o doctrinarias que resultan ajenas a la cuestión central que es objeto de análisis. Por el contrario, se ceñirá estrictamente al análisis de los puntos centrales que han sido materia de controversia en la jurisprudencia y en la doctrina, expresando las razones por las cuales acoge cierto planteamiento en desmedro de otro. Para tal fin, este Alto Tribunal efectuará una suerte de diálogo crítico con los principales planteamientos doctrinales que se han esbozado en torno a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, evitándose en todo momento “citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes”<sup>13</sup>, puesto que se quiere evitar “el empleo innecesario de elementos argumentativos”<sup>14</sup>. Por lo demás, ya la doctrina ha hecho un reclamo en este

sentido<sup>15</sup>, cosa que se considera ciertamente atendible. Conforme a lo ya expuesto, nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que no se trata de ventilar si los derechos (en conflicto) efectivamente existen o no. No se trata de establecer si existe o no un derecho de crédito. Tampoco se trata de establecer si existe o no un derecho real de propiedad. La cuestión es diferente, sólo se busca establecer qué derecho debe prevalecer en caso de conflicto<sup>16</sup>. Por ende, resulta un error de perspectiva pretender incluir análisis probatorios sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema. No se trata, cabe reiterarlo, de establecer si un derecho existe o no. La cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos. Este mismo enfoque ha sido planteado por la doctrina procesal que se ha ocupado del tema, cuando precisa que, por lo general, el tema de fondo en una tercería no es el relativo a la prueba del derecho alegado por el tercerista, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es oponible o no al acreedor ejecutante, lo cual se resuelve con normas de derecho sustantivo, y no con normas procesales. Ahora bien, es interesante notar como los Jueces Superiores de la República han planteado el problema en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil del año 2012: “Formulación del problema: ¿El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito? Primera ponencia: el derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería vence al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones del Derecho común, que dan prioridad a los derechos reales. Segunda ponencia: el derecho de propiedad no inscrito no es oponible al embargo inscrito. Deben prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, toda vez que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título del tercerista. De acuerdo al artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de derecho común, el principio de prioridad en el tiempo determina la preferencia en el derecho”. Como se puede apreciar, aquí también se delimita el problema a una cuestión de oponibilidad (no determinación de existencia) de derechos de naturaleza diversa. La cual, según nuestro Código Civil, se debe resolver aplicando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Las opiniones desarrolladas en nuestra doctrina, pese a discrepar radicalmente en sus soluciones, coincide plenamente en señalar que el problema de fondo de la tercería de propiedad es determinar la preferencia entre un derecho de crédito y un embargo. Un asunto de oponibilidad. Así, una doctrina que ha defendido la postura de la propiedad no inscrita señala que “se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o ‘no reales’, da lo mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tienen su propia norma de protección frente a terceros (artículos 1708-1 y 2023 del CC). Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito”. Otra doctrina, que ha defendido con fuerza la primacía del embargo, concluye que el problema sustantivo de la tercería de propiedad “se reduce a determinar la interpretación más adecuada para el segundo párrafo del citado artículo 2022”. III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. Un sector minoritario de la doctrina ha postulado que el embargo inscrito tiene naturaleza de derecho real, de manera que el conflicto en cuestión podría resolverse de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, algunos autores han expresado lo siguiente: El

embargo, por recaer en un inmueble, tiene la calidad de “derecho inmobiliario” de conformidad con el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil, de manera que “el embargo es un derecho de características reales antes que personales, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del Código Civil”. Hace poco, en esta misma línea de razonamiento, se ha expresado que “el artículo 881 del Código Civil califica como derechos reales los regulados en otras leyes. ¿Está legalmente regulado el derecho que deriva de un embargo?: sí. ¿Recae sobre un bien?: sí. El que el embargo sea derecho accesorio porque tiene causa o deriva de un derecho de crédito no le priva de tener una proyección o expresión como derecho real; es decir, sobre un bien. También la hipoteca deriva de deuda propia o ajena. Es más: a los fines del inciso 10, artículo 885, el embargo es un derecho sobre un inmueble inscribible en el Registro. Ocurre una situación semejante a la del arrendamiento inscrito, que es oponible al nuevo adquirente (art. 1708 del CC) aunque es un derecho contractual. De una u otra forma, aunque de distinta fuente, tanto la hipoteca como el embargo inscrito son gravámenes que pesan sobre inmuebles y que los persiguen sin importar el propietario”. La naturaleza de derecho real del embargo ha sido defendida por la doctrina según la cual “la fuente legal de este derecho o el hecho de provenir de un mandato judicial no enerva en lo absoluto la conclusión. ¿Acaso la propiedad es menos propiedad y derecho real cuando proviene de la usucapión y no de un contrato, o cuando deriva de la adjudicación judicial luego del remate y no de la compraventa? Es evidente que la ley define la estructura del derecho, pero ella puede emerger de cualquier causa válida. El embargo da lugar a un derecho real sobre el bien afectado, sujeto a las condiciones del mandato judicial. Es una garantía temporal al servicio de la sentencia que resuelva el reclamo del acreedor”. La opinión de este Alto Tribunal es diferente. No cabe equiparar al embargo con un derecho real. El argumento basado en el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil ha sido criticado incluso por la doctrina defensora del crédito inscrito. Así, se argumenta que los derechos no pueden ser catalogados como bienes en sentido propio, de tal manera que no puede técnicamente sostenerse que la propiedad puede recaer sobre derechos. Así las cosas, el embargo, si es concebido como un derecho, no podría ser catalogado como un bien rigurosamente hablando, por lo que no cabe considerar que tiene rasgos de un derecho real por tener la calidad de bien: “(...) el derecho de propiedad no puede recaer, a su vez, sobre ningún derecho subjetivo. Los derechos subjetivos (y, en general, las situaciones jurídicas de ventaja, a las que me referiré dentro de poco) no tienen la calidad de bienes, como lo puede tener un auto, un cuadro artístico, un predio, una marca o un invento, razón por la cual no pueden tampoco ser objeto de los derechos de propiedad. De inmediato, un lector avisado dirá que traiciono la definición de bien que estaría proporcionando el Código Civil. Pues no, en absoluto. Por el contrario, siempre teniendo en cuenta la letra de la ley, sostengo que la interpretación extensiva del término bien que consta en los listados mencionados [artículos 885 y 886 del Código Civil y artículo 4 de la Ley N° 28677], es una necesidad ineludible. Así, se tiene que concluir que – en dichos listados– el legislador emplea la palabra bien en un sentido muy lato y, por lo tanto, poco técnico. Esta interpretación impone la innegable diferencia que existe entre los conceptos de situación jurídica, titularidad y propiedad”. Estas consideraciones encuentran respaldo en la doctrina europea que postula lo siguiente: “objeto de los derechos no pueden ser otros derechos, que sería errado calificar como bienes. En efecto, desde hace algún tiempo la doctrina ha venido rechazando la categoría de los derechos sobre derechos, cuya inconsistencia denuncia, observando que el objeto de un derecho no puede ser otro derecho, sino el bien que es el objeto de este”. De otro lado, si se postula que el embargo es un derecho real, se coloca incorrectamente en la penumbra al rol que, en este problema, cumple el

derecho de crédito. Cuando se enfrentan el embargo y la propiedad no inscrita, no puede quitarse del análisis al crédito. Detrás de todo embargo, existe un crédito necesariamente. El embargo tiene un papel, a todas luces, secundario o complementario de cara al crédito. No tiene un rol protagónico. En consecuencia, cuando se enfrenta el embargo inscrito a la propiedad no inscrita, es el crédito el que, en verdad, se termina enfrentando al derecho real no inscrito. III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley. Pese a que la jurisprudencia y la doctrina, de forma prácticamente unánime, han establecido que la cuestión sustancial a dilucidar es la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, alguna doctrina ha sostenido que el problema bajo análisis se puede resolver aplicando otras normas jurídicas. Esta posición señala que “existen 18 normas que expresamente favorecen al propietario no inscrito en el debate que se trata de resolver mediante el VII Pleno Casatorio Civil, referido a la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad que involucran inmuebles inscritos”. Tales dieciocho normas serían las siguientes: Una norma de la Constitución: artículo 70. Seis normas del Código Procesal Civil<sup>28</sup>: artículos 100, 533, 535, 624, 642 y 656. Una norma del TUO del Código Tributario: artículo 102. Una norma de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva: artículo 20.2. Una norma del Código de Procedimientos Penales: artículo 94. Dos normas del Código de Procedimientos Penales: artículo 302 y 308. Dos normas del Código de Justicia Militar-Policial: artículos 335 y 351. Dos normas del Código Civil: artículos 1584 y 2022. Una norma del Decreto Legislativo N° 299: artículo 11. Una norma del Decreto Legislativo 1177: Primera Disposición Complementaria y Final. El rol que corresponde al artículo 70 de la Constitución será analizado en el apartado siguiente. En este punto, el análisis versará sobre la pertinencia de las otras diecisiete normas que tienen rango de ley. De inmediato, debe resaltarse que el problema en cuestión trata de un tipo especial de conflicto de derechos. Por consiguiente, la norma aplicable debe tener como supuesto de hecho un conflicto entre derechos subjetivos sobre un mismo bien, o sea una hipótesis en la cual dos partes aleguen, u opongan entre sí, derechos subjetivos sobre un mismo bien, derivados de un mismo “causante”. La consecuencia jurídica, entonces, debe indicar qué derecho subjetivo debe primar, imponerse o resultar oponible frente al otro. Así las cosas, el supuesto de hecho de una norma que resuelve conflicto de derechos debería aludir a, por lo menos, tres partes: el “transmisor” o “causante” común y los “adquirentes” o “causahabientes” enfrentados. Ejemplos típicos de normas que resuelven conflictos de derechos, los tenemos en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, que se refieren a conflictos de derechos de crédito sobre un mismo bien. Ambas normas, en sus respectivos supuestos de hecho, aluden a un “transmisor” o “causante” común, en este caso el deudor, y a los “adquirentes” o “causahabientes” en conflicto, en este caso los acreedores enfrentados. Es el caso, sin embargo, que trece de las diecisiete normas mentadas no tienen como supuesto de hecho un conflicto de derechos subjetivos. Los supuestos de hecho de estas normas, si se observan con cuidado, no aluden a un “transmisor” o “causante” común, ni tampoco a “adquirentes” o “causahabientes” en conflicto. Al respecto, se ha apuntado que “el artículo 100 del Código Procesal Civil (CPC) regula, vía remisión, la legitimidad para obrar de los terceros para intervenir en un proceso. El artículo 533 del CPC se refiere a la legitimidad para obrar de las partes en los procesos de tercería. El artículo 535 del CPC no hace más que normar la admisibilidad de la demanda de tercería. La legitimidad para obrar pasiva en los procesos cautelares es objeto de regulación en el artículo 624 del CPC. Una vez más, esta legitimidad, ahora en materia de medida cautelar de embargo, es objeto de los artículos 642 y 656 del CPC (cuando se refiere al sucesor). Por último, la legitimidad para obrar en las medidas cautelares, enmarcadas en un procedimiento

administrativo o proceso penal, también es lo que se regula en los artículos 102 del TUO del Código Tributario, 20.2 del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, 94 del Código de Procedimientos Penales, 302, 308 del Código Procesal Penal, 335 y 351 del Código de Justicia Militar Policial”. Efectivamente, estas trece normas no tienen como supuesto de hecho a un conflicto de derechos subjetivos sobre un mismo bien, por lo que se entiende que en su consecuencia jurídica no establezcan una oponibilidad de un derecho subjetivo frente a otro. Cuando una norma indica que el acreedor puede embargar los bienes del deudor, la misma está haciendo referencia simple y llanamente a dos partes en el marco del llamado principio de responsabilidad patrimonial. No se refiere a un conflicto entre “causahabientes” que tienen un “causante” común. Obsérvese que cuando se dice que “el acreedor puede embargar los bienes que son de su deudor”, se hace referencia a dos partes, no a tres, como correspondería en una auténtica norma que regula conflictos de derechos. En ese orden de ideas, no es posible compartir la opinión según la cual el “crédito es un derecho patrimonial que faculta al acreedor a ejecutar (embargar y rematar) los bienes de su deudor para satisfacer la prestación adeudada, pero jamás se permite que ello ocurra respecto de los bienes de terceros, que son extraños a la obligación. La justificación es de sentido común, que actualmente parece escasear, pues la libertad contractual permite vincular a la persona que celebra el contrato, por virtud de su autonomía privada, pero no a los sujetos ajenos. Lo mismo ocurre con las obligaciones legales, en tanto la ley individualiza al deudor”. En efecto, el principio de responsabilidad patrimonial no es un principio o norma relativa a la solución de un conflicto de derechos. Universalmente se reconoce que el deudor responde de sus obligaciones con su patrimonio, pero de este principio no se puede deducir ninguna solución necesaria para el conflicto entre derechos subjetivos. El principio de responsabilidad patrimonial regula el alcance de la responsabilidad del deudor, no dirime conflictos o “colisiones” entre derechos subjetivos. Ahora bien, esta Corte Suprema comparte la siguiente opinión: “considerando la -más que obvia- idea según la cual las normas procesales o de derecho público no tienen como función resolver cuestiones sustantivas de derecho privado, es fácil percatarse de que ninguna de las referidas 13 de normas tiene (ni podría tener, dada su naturaleza procesal o pública) por objeto dirimir el específico conflicto material o sustantivo que es objeto de nuestra preocupación”. Cabe precisar que, para esta Corte, el argumento decisivo para no aceptar el argumento que sostiene que hay dieciocho normas que claramente resuelven el conflicto de derechos materia de este caso, es que trece de ellas no regulan realmente un conflicto de derechos sustantivos derivados de un “causante” común. En este Pleno Casatorio se resolverá un particular conflicto de derechos: el que enfrenta al crédito del acreedor con embargo inscrito y al derecho de propiedad no inscrito del tercerista demandante en un proceso de tercería. El artículo 1584 del Código Civil sí regula un supuesto de conflicto de derechos, en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. La segunda parte de esta norma hace referencia al caso de bienes inscritos, que es lo que acá importa. Este precepto establece que la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente inscrito. Es decir, el conflicto de derechos en cuestión se dirime en favor de la inscripción registral. Por consiguiente, llama la atención que se haya invocado al artículo 1584 del Código Civil como una norma que supuestamente favorece a la propiedad no inscrita, cuando en realidad es todo lo contrario, puesto que expresamente resuelve el conflicto de derechos en base a un criterio registral. De este modo, por ejemplo, si los acreedores del comprador pretenden ejecutar los bienes materia de la compraventa, el vendedor estará interesado en que esto no suceda puesto que, si no se ha terminado de cancelar el precio respectivo, todavía conserva en su

patrimonio la propiedad sobre tales bienes. En el caso de bienes registrados, el vendedor podrá realizar este interés siempre que el pacto de reserva de propiedad haya sido inscrito previamente. Sin embargo, es fácil notar que el artículo 1584 del Código Civil se refiere a un conflicto muy específico entre crédito y propiedad. Así es, esta norma solamente aplica cuando se enfrentan un derecho de crédito y un derecho de propiedad en el marco de una compraventa con reserva de propiedad. Fuera de este marco, tal norma es inaplicable. Mal puede decirse, en consecuencia, que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1584 del Código Civil. Esto mismo sucede con el artículo 11 del Decreto Legislativo 299. Si bien regula un conflicto de derechos, se refiere solo a aquel conflicto que se enmarque en un contrato de arrendamiento financiero. Fuera de este ámbito, esta regulación no es aplicable. En tal sentido, tampoco puede afirmarse que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 299. Idéntica es la situación de la Primera Disposición Final y Complementaria del Decreto Legislativo 1177, ya que se refiere únicamente al arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda y a los contratos que se suscriban bajo este decreto (artículo 2 del Decreto Legislativo 1177). Fuera de este ámbito, no es aplicable dicha disposición final y complementaria. No es correcto postular, entonces, que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita se deba resolver, por regla general, aplicando alguna norma de este decreto. Por último, se ha señalado que la modificación del artículo 7.4 de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, es una norma que expresamente favorece al propietario no inscrito en los procesos de tercería de propiedad<sup>36</sup>. No obstante, este dispositivo solo hace referencia a un conflicto de derechos en el marco de un Contrato de Capitalización Inmobiliaria. Fuera de este ámbito, el artículo 7.4 no resulta aplicable. A mayor abundamiento, llama la atención que se invoque esta norma, que establece que en virtud del Formulario que contiene el Contrato de Capitalización Inmobiliaria (FUCI) se puede levantar embargos que se hayan trabado sobre el inmueble materia del contrato, puesto que el artículo 5.3 de esta misma ley establece expresamente que el FUCI debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de Predios de la SUNARP. A juicio de este Alto Tribunal, se impone una interpretación sistemática de los artículos 5.3 y 7.4 de la Ley N° 28364, de tal suerte que se tendría que concluir que la inscripción del FUCI es necesaria para que este sea oponible a los acreedores embargantes. La inscripción no es constitutiva de derechos, pero sí es una inscripción de oponibilidad. Los derechos entre las partes del Contrato de Capitalización Inmobiliaria surgen por la sola suscripción del FUCI. Empero, si pretenden oponer sus derechos a terceros, el FUCI debe encontrarse previamente inscrito. Sostener lo contrario, implicaría negar sentido al carácter obligatorio de la inscripción. Y contra esta conclusión, no cabe argumentar que se trata de una inscripción propia de un sistema registral obligatorio, de tal manera que la ausencia de inscripción no repercute en la constitución u oponibilidad de los derechos en cuestión. Para que fuese así, se requeriría la presencia de una sanción legal en caso de inobservancia de la inscripción. Estas sanciones son la característica esencial de estos sistemas<sup>37</sup>. Ocurre, sin embargo, que no existe una sanción legal o una norma legal que prevea las sanciones a la falta de la inscripción aludida en el artículo 7.4. De las diecisiete normas que se invocan para resolver el conflicto de derechos materia de este Pleno Casatorio, resulta pertinente solo una, la que siempre ha sido considerada la única norma aplicable y pertinente para el caso que ahora nos ocupa: el artículo 2022 del Código Civil, segunda parte, misma que ha sido objeto de dispares interpretaciones

en doctrina y jurisprudencia, lo que precisamente ha justificado la convocatoria a este Pleno Casatorio Civil, como ya se ha mencionado. No resultan aplicables, en consecuencia, las otras normas legales referidas, puesto que el radio de acción de estas es bastante limitado, regulando especiales conflictos de derechos. Como ya se expresó, el supuesto que aquí interesa es aquel donde un acreedor traba embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro público aparece como si todavía fuese propiedad de su deudor, pero que previamente ya fue transferido a un tercero, quien no ha inscrito su derecho. A este caso no es aplicable el artículo 1584 del Código Civil, puesto que este sólo regula un conflicto de derechos en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. De igual forma, no es aplicable el artículo 1708 del Código Civil, dado que este regula un conflicto de derechos solo en el ámbito de los contratos de arrendamiento. El artículo 2023 del Código Civil no es pertinente tampoco, puesto que esta norma no dirime conflictos de derechos que no pertenezcan al ámbito de los contratos de opción. El artículo 7.4 de la Ley N° 28364, interpretado sistemáticamente con el artículo 5.3 de la misma ley, únicamente se refiere al contrato de capitalización inmobiliaria, no aplicando esta norma para supuestos ajenos a tal contrato. Si bien todas estas normas se refieren a conflictos de derechos que se solucionan privilegiando la inscripción registral, ninguna de ellas puede tomarse como regla general para resolver directamente el conflicto entre un acreedor embargante y un adquirente del derecho de propiedad que no ha inscrito, ya que su ámbito de aplicación es demasiado limitado. Igual ocurre con el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 299, que si bien soluciona un conflicto de derechos dejando de lado la inscripción registral, no es menos cierto que su radio de acción no abarca más que los contratos de arrendamiento financiero y aquellos que se suscriban bajo el Decreto Legislativo N° 1107. Este artículo 11 no puede, por tanto, constituirse como regla general para solucionar el problema que ahora nos ocupa.

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

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

Se ha dicho que la propiedad no inscrita debe imponerse al embargo inscrito, toda vez que el derecho de propiedad ostenta la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental. En tal sentido, se trataría del enfrentamiento entre un derecho que tiene la calidad de fundamental (artículo 70 de la Constitución) y humano (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), frente a otro que no tiene esta calidad. Bajo este orden de ideas, se ha opinado lo siguiente: “(...) es preciso establecer que la propiedad es un derecho real y, sobre todo, es un derecho que ha merecido el reconocimiento constitucional. El artículo 2 en su inciso 16 señala que la propiedad es un derecho humano. Pero lo más importante es que según el artículo 70 de la citada Constitución el derecho de propiedad es inviolable”. De igual forma, se sostiene que “no se entiende la razón por la que el supuesto derecho constitucional de crédito es preferente al de propiedad, pues el artículo 70 de la Constitución establece exactamente lo contrario: la propiedad es inviolable. No hay forma de obviar esta terminante disposición constitucional”. Es más, se precisa que en el problema bajo análisis, el enfrentamiento es entre la propiedad no inscrita y una medida judicial, el embargo, que no tiene ni siquiera la calidad de derecho. Esta doctrina invoca otro argumento más, nada menos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se afirma que resulta pertinente “el Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo del 07/09/2004, cuya doctrina establece que el título de propiedad preexiste a la inscripción, por lo que un mandato judicial arbitrario debe anularse cuando se acredita el derecho del titular conforme a las reglas civiles”. Para esto, se cita el fundamento 219 de esta sentencia, el

cual expresa: “Por lo que toca al automóvil que conducía al señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien”. Sobre el particular, se afirma que el criterio registral invocado en este fundamento no es aplicable al problema cuestión porque “el embargo no es un derecho sobre el bien, ni puede serlo, conforme se explica en el texto principal”. No escapa al criterio de este Tribunal Supremo que esta doctrina incurre en una contradicción de no escasa importancia. Como ya se ha indicado, anteriormente esta doctrina no dudó en señalar que la tercería de propiedad tiene como cuestión de fondo un conflicto de derechos que se resuelve de conformidad con lo estipulado en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil<sup>44</sup>. Luego, sin dar las explicaciones del caso, se postula que no se trata de un conflicto de derechos, sino de un conflicto entre un derecho fundamental y una medida judicial provisional, que no es un derecho<sup>45</sup>. Más recientemente, se cambia sustancialmente de opinión otra vez y sin explicar la razón, indicándose que el problema materia de este Pleno Casatorio se resuelve según lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil<sup>46</sup>, o sea se afirma que se trata de un conflicto de derechos. Como ya se ha dejado establecido, esta Corte Suprema no considera que se trate de un enfrentamiento o “colisión” entre propiedad no inscrita y una mera medida judicial provisional (embargo). Se trata de un conflicto de derechos. En este mismo orden de ideas, se ha afirmado que “nuestra doctrina y jurisprudencia (incluso la que falla en favor de la propiedad no inscrita) tienen claro que el embargo inscrito no es más que una manifestación del derecho de crédito. Hay que recordar que el embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Si el embargo carece de sustantividad propia, es porque representa al derecho de crédito”. No debe olvidarse que “la esencia de las instituciones procesales, en consecuencia, no es otra que ser instrumento –de carácter necesario– para la efectiva realización de las situaciones jurídicas materiales”<sup>48</sup>. En consecuencia, no puede entenderse al embargo de forma separada, independiente o “divorciada” del derecho de crédito del acreedor que ha embargado. Por esta misma consideración, como se recordará, no se acepta considerar que estamos ante un conflicto entre dos derechos reales, de tal suerte que es aplicable la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. De otro lado, entendiendo que nos hallamos ante un conflicto de derechos, no resulta exacto sostener que sólo uno de ellos tiene protección constitucional y la calidad de derecho humano, porque el derecho de propiedad previsto en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobrepasa, por mucho, el mero sentido civil de este derecho real. Sobre el particular, se ha expresado que “el derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 del GG [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania], forzosamente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca –qué duda cabe– el crédito”<sup>49</sup>. De este modo, se concluye que “el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor

embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos”. En idénticos términos se ha expresado la doctrina que opina lo siguiente: “Conforme al artículo 70 de la Constitución, la protección de la propiedad no se limita al dominio civil como derecho sobre bienes, sino que se extiende al total de derechos patrimoniales que corresponde a una persona. La inviolabilidad de la propiedad constitucional es una pieza clave del régimen económico de mercado. Este régimen requiere proteger todo el patrimonio de las personas, incluyendo el dominio civil, sus desmembraciones y por supuesto otros derechos como los créditos y los embargos que los garantizan. El sistema de libertades no funciona solo con la cautela de los predios, mucho menos solo con la atención a la vivienda, sino con la seguridad de que todo título patrimonial será amparado. En tal sentido, si se tratara de la disputa entre el propietario civil de un bien y el titular de un embargo sobre un bien, ambos son derechos constitucionales, ninguno es mejor que el otro”. Efectivamente, el derecho de crédito se encuentra abarcado por el derecho de propiedad, entendido este en un sentido constitucional y de derecho humano. Este sentido de tal derecho ya ha sido destacado por la más acreditada doctrina europea, a la luz de sus cartas constitucionales. Así es, se indica que el derecho de propiedad regulado en el Código Civil (BGB) “se circunscribe a un tipo especial de derecho real privado que se refiere a las cosas” y tal regulación se refiere, “en igual medida, a las cosas muebles y a las cosas inmuebles”. De modo distinto, el derecho de propiedad previsto en la Constitución germana “contiene una garantía constitucional de la propiedad, como institución jurídica (garantía institucional), y un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado”. La regulación constitucional del derecho de propiedad “va mucho más allá” que la regulación del Código Civil, dado que “asegura tanto la propiedad sobre cosas, como, sencillamente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial y las posiciones jurídico-públicas próximas a los derechos privados, contra una intromisión del Estado demoleadora de la utilidad privada del derecho subjetivo en favor de su vinculación social”. Este sentido ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en una decisión que constituye un referente al respecto: la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, pronunciada el 11 de noviembre de 2003. El fundamento 26 de esta resolución señala: “Tal como se estableció en el histórico caso Campbell vs Holt, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica”. Igual camino ha seguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fondo del caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, en cuyo fundamento 122, se explica el sentido que posee el término “bienes”, el cual es empleado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. La doctrina especializada ha dicho, sobre este punto, lo siguiente: “El artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte CIDH ha establecido

que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor”. Por tanto, los derechos subjetivos que se enfrentan en el conflicto que ahora estudiamos, tienen, por igual, protección constitucional y tutela como derechos humanos. Mal puede, en consecuencia, pretenderse extraer una solución de artículo 70 de la Constitución o del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que ambas normas tutelan al propietario y al acreedor de igual manera. La solución a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad, debe buscarse en normativa de rango legal, no supra-legal. III.4.2 El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil. Luego de haber refutado la idea según la cual la propiedad no inscrita debe imponerse al crédito (representado por un embargo) inscrito por aplicación del artículo 70 de la Constitución y del artículo 21 de la Convención, una doctrina que ha defendido la primacía del crédito inscrito, ha utilizado la propia jurisprudencia invocada por la defensa de la propiedad no inscrita, para la defensa de su propia tesis. En otras palabras, si la doctrina defensora de la propiedad no inscrita invocó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Tibi vs. Ecuador para argumentar en su favor, ha sucedido que la doctrina defensora del crédito ha refutado esta argumentación y, por el contrario, ha terminado sosteniendo que dicha sentencia no hace más que beneficiar la postura del crédito inscrito. El meollo de esta discrepancia se encuentra en el ya referido fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs Ecuador, según el cual el acto de inscripción registral “es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien”. Sobre esta idea, se procede a argumentar en favor del crédito inscrito en los siguientes términos: “Como se puede observar, la Corte Interamericana claramente señala que un derecho de propiedad no inscrito carece de oponibilidad frente a terceros. Ciertamente nadie que defienda la postura del acreedor embargante, en los procesos de tercería de propiedad, ha negado la titularidad del derecho del tercerista. En estos procesos no se trata de ventilar titularidades sobre derechos patrimoniales, sino que se trata de establecer justamente la oponibilidad. Es legítimo, en consecuencia, decir que esta sentencia de la Corte Interamericana no hace más que respaldar la tesis que favorece al acreedor embargante. Y, además, no resulta ocioso reiterarlo, el derecho de crédito también se encuentra protegido directamente por el artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención”. No puede negarse que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador se refiere a un conflicto de derechos, indicando que el conflicto debe dirimirse en base a un criterio registral. Hay que reconocer también que no es acertada la doctrina, ya citada, que ha pretendido desaplicar este fundamento alegando que no estamos ante un conflicto de derechos, sino ante la colisión de un derecho frente a una medida judicial provisional. Es menester recalcar que estamos ante un conflicto de derechos de naturaleza diversa. Sin embargo, no se puede compartir la opinión que considera que dicho fundamento respalda directamente la postura del acreedor embargante frente al propietario no inscrito. Y aquí este Supremo Tribunal no incurre en ninguna contradicción. Por el contrario, no escapa al criterio de este Colegiado que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, si bien favorece la inscripción registral como criterio dirimente de conflicto de derechos, no es más que un obiter dicta. La razón por la que esto es así es bastante simple: el caso Tibi vs Ecuador no versa sobre un caso de tercería de propiedad, ni de conflicto de derechos entre sujetos privados. El caso resuelto por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos es esencialmente diverso: se refiere a la responsabilidad internacional de un Estado (Ecuador) por la indebida privación de libertad del ciudadano francés Daniel David Tibi. Si bien este caso involucra la propiedad privada, no es menos cierto que un conflicto de derechos privados no es materia de este caso. Consecuentemente, el fundamento 219 de la sentencia respectiva está lejos de constituir una *ratio decidendi* y, por eso mismo, no puede resultar determinante para establecer una regla general vinculante sobre los conflictos de derechos. Por tales razones, no cabe más que ratificar la idea ya expuesta, según la cual la normativa constitucional y de derechos humanos no establece explícitamente ninguna primacía de alguno de los derechos en conflicto. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia señalan que tales derechos ostentan idéntica tutela a nivel de la Constitución y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y esta conclusión debe ser tenida en cuenta por el operador jurídico a todo nivel, en virtud del principio de unidad de la Constitución. Como explica una atenta doctrina<sup>55</sup>, conforme a este principio, la interpretación de la Constitución debe estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo ordenamiento jurídico, para lo cual debe ser considerada como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Ahora bien, la solución a la cuestión medular de este Pleno Casatorio Civil, por las razones expuestas, debe hallarse a nivel legal. Por lo tanto, se comparte la postura que afirma que, en realidad, “no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa. Las relaciones patrimoniales tienen como eje fundamental el interés material o beneficio que los sujetos pretenden satisfacer a través de objetos económicamente relevantes”. IV. LAS POSTURAS ENFRENTADAS EN LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA. IV.1 Argumentos en favor de la propiedad no inscrita. Los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para defender la primacía del derecho de propiedad no inscrito son bastante parecidos entre sí. Evidentemente no se puede pedir a una decisión judicial que sea exhaustiva como la doctrina, pero los argumentos empleados por los Jueces son esencialmente los mismos que emplean los autores que patrocinan la postura del tercerista, sólo que, dada la naturaleza de su trabajo, brindan mayores detalles o se explayan en su fundamentación. Y cuando se habla de la postura de los jueces, se hace referencia tanto a la postura de la jurisprudencia de mérito, como a la expresada por las Salas Civiles de este Supremo Tribunal cuando ha decidido fallar en favor del tercerista. En lo que a jurisprudencia de mérito se refiere, cabe destacar los argumentos que han expresado, en distintas oportunidades, los Juzgados y Salas Civiles con subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. a) El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito. Un argumento constante, probablemente el principal, que emplea la doctrina y jurisprudencia es aquel que entiende que el derecho del tercerista debe imponerse porque es *erga omnes* o absoluto, en tanto que el derecho de crédito es meramente relativo. Así, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha argumentado que “(...) el derecho de propiedad goza de la oponibilidad *erga omnes* que no tiene el derecho personal relativo al embargo (...) entonces, de acuerdo al artículo 2022 del Código Civil (...) podemos decir que las disposiciones de derecho registral no rigen pues, ante la existencia de un conflicto entre un derecho personal y un derecho real, prevalecen las normas del derecho común”<sup>57</sup>. En esta misma línea de argumentación se encuentran aquellas decisiones que, para amparar la demanda de tercería de propiedad, sólo se preocupan por verificar que la adquisición del derecho de propiedad haya sido antes que la traba del embargo. Este es el proceder del mismo órgano jurisdiccional cuando señala que “(...) la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida

cautelar o para la ejecución, debiendo el tercerista probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta, el mismo que permita establecer desde cuándo debe ser considerado como propietario del bien objeto de la tercería, procediendo el amparo de su demanda solo en el caso de que la afectación del mismo se haya producido con posterioridad a la fecha de su adquisición”. La Corte Suprema ha patrocinado un argumento similar, cuando ha señalado que debe imponerse el derecho real no inscrito puesto que, a diferencia del crédito, implica una relación directa o inmediata del titular del derecho con el bien. Esta circunstancia no cambia por el hecho de la inscripción, que no altera o trastorna la naturaleza de los derechos subjetivos implicados. En efecto, un argumento como este es expuesto en la sentencia en Casación N° 1253-2002-Ica, en cuyos considerando pertinentes se indica lo siguiente: “Noveno.- Que, la doctrina ha diferenciado, claramente, entre lo que constituye un derecho real y un derecho personal; así el derecho real es: (...) aquella categoría de derechos patrimoniales, que se caracteriza, en opinión común, por ser derecho sobre las cosas (...); Mientras que el derecho personal o de crédito: (...) son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión (...) (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Luis Diez Picazo; tomo I, Editorial Civitas, Madrid; 1993) Décimo.- Que, en el caso de autos conforme lo reconoce el propio recurrente, en su escrito de contestación de demanda, el siete de febrero de mil novecientos noventidós se trabó embargo en forma de inscripción respecto del bien objeto de tercería, siendo posteriormente inscrito con fecha doce de mayo de mil novecientos noventicuatro. Décimo Primero.- Que, es imprescindible en la tercería de propiedad, determinar si a la fecha de trabarse el embargo, el tercerista era propietario con documento de fecha cierta y que preceda en el tiempo a la de la medida cautelar a favor del recurrente; para ello, el actor, debe acreditar, su calidad de propietario del bien. Décimo Segundo.- Que, en consecuencia, el presente debate se encuentra orientado a determinar si es que, la medida de embargo dictada a favor del Banco demandado, constituye un derecho real y no un derecho personal, conforme parece sugerir el recurrente; en ese contexto, resulta necesario precisar que el derecho personal o de crédito responde a una expectativa de acción que tiene el acreedor para con el deudor; mientras que el derecho real, constituye una vinculación directa que recae e incide sobre el bien. Décimo Tercero.- Que, por tal razón, la naturaleza jurídica del derecho de crédito o personal no puede ser convertida en un derecho real por el solo hecho de inscripción en el Registro Público, esto es, que la inscripción registral no puede desnaturalizar o convertir el derecho, sea real o personal, que se ha logrado inscribir, porque ambos derechos, de acuerdo a la legislación nacional, responden a una situación jurídica distinta; en ese contexto resulta relevante lo expuesto en la propia Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, en lo referido al Libro de los Registros Públicos, donde se indica (...) quien embarga un inmueble, no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguirá siendo a pesar de la inscripción un derecho personal (...) (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil; Registros Públicos - artículos 2008 al 2045 del Código sustantivo; Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990, página 21)”. La prevalencia de la propiedad no inscrita en virtud de su carácter absoluto o erga omnes, en desmedro del crédito que sólo ostenta un carácter relativo o inter partes, es acogida en la sentencia en Casación N° 3194-2002-Arequipa, cuyo considerando pertinentes se transcriben a continuación: “Quinto: Que, sin embargo, respecto de esta materia casatoria no existe aún doctrina jurisprudencial en la forma y con los requisitos previstos en el artículo cuatrocientos del Código Procesal

Civil y si bien pueden haber existido casos como es el de la casación a que se ha hecho referencia, suscrito por magistrados distintos a los que componen este tribunal, que han fallado casatoriamente otorgando prioridad a los principios registrales frente al principio de rango recogido por el artículo dos mil veintidós del Código Civil, dicha ejecutoria no puede considerarse de obligatorio cumplimiento en aplicación del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo porque este es un Tribunal de Casación y no una instancia de mérito sino que, como se ha precisado, no constituye la doctrina jurisprudencial en la forma establecida por el citado artículo cuatrocientos del Código Adjetivo; Sexto: Que, siendo esto así, acorde con las reiteradas ejecutorias de esta misma Sala, en el caso sub litis resulta de aplicación el principio de rango que emana del artículo dos mil veintidós del Código Civil, y específicamente, de su segundo párrafo según el cual en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, es decir, prevalece el derecho real de propiedad, oponible erga omnes, frente al derecho personal crediticio, pues no cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza real a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe”. En la doctrina nacional, se ha sostenido la vigencia de la clasificación de derechos subjetivos entre absolutos y relativos, la misma que debe mantenerse. Ante las críticas a esta clasificación, las cuales postulan que todos los derechos subjetivos tienen protección extracontractual o erga omnes, se ha sostenido que al final, todo derecho subjetivo tiene un remedio resarcitorio, cosa que no iguala el derecho de crédito al derecho real de ningún modo<sup>59</sup>. En tal sentido, si un acreedor puede solicitar una indemnización a un tercero que ha perjudicado su derecho de crédito, ello no se debe a que el crédito tenga una protección extracontractual o erga omnes, sino a que opera o aplica una figura análoga a la llamada acción subrogatoria. Así, se entiende que el acreedor no se dirige al tercero porque este haya incurrido en responsabilidad extracontractual, sino porque hace valer una “acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) a efectos de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa (...). En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1219.4 del Código Civil), por el cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis [se refiere a la llamada tragedia de Superga, donde un club de fútbol se quedó sin plantel, debido a que un avión tuvo un fatal accidente con el plantel dentro. El club demandó a la línea aérea por responsabilidad extracontractual, porque ella habría perjudicado el derecho de crédito que tenía frente a sus jugadores], el acreedor sería el equipo de fútbol, el deudor el futbolista y el deudor la línea aérea. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta vía subrogación. De esa forma obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas”. Esta misma doctrina sugiere que la responsabilidad extracontractual no protege al acreedor como tal, pero sí puede protegerlo el enriquecimiento sin causa, “pues hay un daño injusto que da lugar a acción de resarcimiento por el deudor, pero que si puede obligar al tercero”. De igual forma, se opina que rechazar la tutela extracontractual (o aquiliana como también se denomina en la doctrina) del crédito puede conducirnos a resultados justos. De este modo, en el caso Meroni, en el que un sujeto atropelló y así ocasionó la muerte de Luigi Meroni –distinguido futbolista que perteneció al club Calcio Torino–, se hace bien en negar la pretensión indemnizatoria del club contra el particular, ya que así se impide que los familiares tengan una menor indemnización. De acuerdo con este planteamiento, la

tutela aquiliana del crédito opera en contados casos, de modo que resultaría ser un remedio excepcional, de modo que se hallaría más cerca al instituto del enriquecimiento sin causa, que a la figura de la responsabilidad extracontractual. Esta clase de protección solo tendría aplicación cuando el tercero ocasione la imposibilidad de la prestación, sin que haya intervenido la culpa del deudor. Acá la prestación se extingue sin responsabilidad del deudor, y al acreedor no le quedaría más remedio que accionar directamente contra el tercero “por lo que tal vez un resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista de que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no culpable. Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho. La doctrina que se viene citando concluye que “todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia tienen como remedio último la tutela por el resarcimiento, pero eso jamás puede significar que entre esos derechos no haya diferencias, o que todos sean lo mismo, o que sean absolutos”. b) La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador. El argumento descrito en el literal anterior también considera que la regulación registral no es aplicable. Y es que, de lo contrario, indefectiblemente tendría que imponerse el embargo inscrito por simple aplicación del principio de prioridad registral. Así, se entiende que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no puede hacer referencia a la normativa registral. De este modo, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha determinado que: “(...) es necesario recordar que el artículo 2022 del Código Civil establece en su segundo párrafo que el conflicto entre dos derechos de distinta naturaleza (real y personal) no se dilucida con la aplicación del principio de prioridad registral (según el cual se prefiere el derecho inscrito primero en el registro), sino con la aplicación de las disposiciones del derecho común, esto es, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de los derechos enfrentados”. Esta fundamentación judicial se ha ratificado cuando la Sala Superior referida postula que: “(...) tratándose de derechos de distinta naturaleza, como son: el derecho personal derivado del embargo (...) y el derecho real consistente en el derecho de propiedad que alega el demandante respecto del bien materia de litis, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil que señala: Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, las mismas que son mencionadas y desarrolladas, en lo que al caso resulta pertinente, en la sexta consideración de la sentencia apelada y que destacan el carácter consensual de la transferencia de propiedad tratándose de bienes inmuebles. Por lo dicho, el principio de prioridad en que se sustenta este fundamento del recurso de apelación no resultan de aplicación, por así disponerlo el Código Civil. En igual sentido y solo a modo ilustrativo, podemos señalar que es criterio de este colegiado, de conformidad con lo previsto por el artículo 2022 del Código Civil, que frente a la controversia de derechos de distinta naturaleza y otro real, prevalece el último aun no habiéndose inscrito, siempre que conste en documento de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, como ha ocurrido en el presente caso (...)”. La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha seguido los mismos planteamientos para amparar la pretensión de la parte demandante en un proceso de tercería, destacando que ha sido voluntad del legislador excluir la tutela de la seguridad jurídica que proporciona el registro público, al indicar en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil que no es aplicable la normativa registral: “La citada normativa [refiriéndose al artículo 2022 del Código Civil] establece una primacía o prelación en la oponibilidad de los derechos reales en función a la inscripción en el tiempo en el registro público. La razón fundamental es la

seguridad para el tráfico de bienes inmuebles, y la necesidad de otorgar confiabilidad y certeza a la publicidad registral (herramienta de seguridad jurídica de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de este y, por lo tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por lo tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se lo tiene antes de la acción del tercero, y se lo tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (artículo 1969 del Código Civil) (...). Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la tutela aquiliana del crédito, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad".

IV.2 Argumentos en favor del crédito inscrito. En este punto, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado argumentos distintos. Los autores han desarrollado líneas de argumento que no han sido empleadas en sede judicial al momento de hacer primar al derecho de crédito inscrito en contra de la propiedad no inscrita. Debe indicarse que a nivel de jurisprudencia de mérito, la gran mayoría de los jueces no patrocina esta idea. Sin embargo, como se ha resaltado últimamente, a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República no es factible establecer una posición claramente dominante, puesto que últimamente se han presentado fallos en favor del demandado con derecho inscrito en el proceso de tercería de propiedad. En tal sentido, se anota que "no parece que pueda compartirse la opinión que afirma que siempre ha existido una tendencia jurisprudencial claramente dominante a favor de la propiedad no inscrita y que, por consiguiente, los criterios jurisprudenciales a favor del embargo inscrito son recientes. Ya hemos visto que incluso dentro de las sentencias en casación que fallan a favor de la propiedad no inscrita, se aprecia una resistencia notable de parte de un grupo de jueces supremos que han emitido sus votos en sentido contrario. Además, desde inicios de la década pasada ya se aprecian decisiones favorables al embargo inscrito".

a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común. En algunas decisiones de hace varios años, este Supremo Tribunal ha considerado que "el derecho común" referido en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es compatible con el principio de seguridad jurídica, no existiendo contradicción entre la aplicación de esta norma y la regulación registral, puesto que debe tomarse en cuenta lo preceptuado en el artículo 1135 del Código Civil, en el que se prefiere un título inscrito en el registro a un título que solo consta en un documento de fecha cierta. En este sentido se ha expresado la sentencia en Casación N° 2807-99-Callao: "Sexto.- Que, como se advierte, entre la seguridad jurídica y el derecho común existe una relación de género a especie, pues es evidente que la seguridad jurídica sirve como pauta orientadora del derecho común, de modo tal que para resolver un conflicto de intereses como el caso sublitis, por las circunstancias antes descritas en el derecho común el que ha de aplicarse, toda vez que las relaciones en conflicto suscitadas entre las partes es de carácter patrimonial (...) debe tenerse en cuenta que el derecho común ha previsto la forma de resolver el conflicto de un derecho real con un derecho personal a través de distintas fórmulas jurídicas, entre ellas la prevista en el artículo 1135 del Código Civil, norma que contiene la posibilidad de que el efecto de la inscripción del título que se opone se prefiera al título del acreedor (propietario) que conste en documento de fecha cierta más antigua, entendiéndose como fecha cierta en forma estricta lo dispuesto en el artículo 245 del CPC". Esta Corte Suprema también ha sugerido, para privilegiar el embargo inscrito, que la inscripción del mismo en los registros públicos, ya hace que sus vicisitudes se encuentren

sometidas a la regulación registral. Es decir, la inscripción del embargo es, indudablemente, un “fenómeno registral”, por lo tanto mal se hace en someterlo a una regulación ajena al registro público. Sin perjuicio de esto, se resalta también la necesidad de salvaguardar la fe pública registral en todo momento. De este modo, el acreedor que inscribe su embargo resulta diligente, en comparación con el propietario que no inscribió su adquisición. Así se expresa la sentencia en Casación N° 2429-2000-Lima: “Segundo.- Que, la Sala Superior ha considerado que debe prevalecer el derecho real de propiedad emanado de escritura pública frente a un derecho personal de naturaleza crediticia, ya que en la época en que se inscribió la medida cautelar, ya dichos bienes eran de propiedad de los terceristas y no del deudor demandado, conforme a lo establecido en el 2° párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Tercero.- Que, la interpretación del citado artículo no es correcta pues la inscripción del embargo rige para cualquier otro derecho real que pudiera existir si no estuviese previamente inscrito; la razón estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos, sujeta a los principios de legalidad y publicidad, es decir, que todos conocen las inscripciones registradas como presunción jure et de jure, y la fe pública registral que da seguridad, permanencia y efectividad a los actos jurídicos que se realizan en base a la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan, con efectos erga omnes (...) Quinto.- Que, la fe pública registral debe ser siempre tutelada, por un criterio de seguridad jurídica, amparado por el derecho y, principalmente, como mecanismo de protección al acreedor diligente en el obrar. Sexto.- Que, al haberse dado la interpretación errónea denunciada, es claro que se han dejado de aplicar aquellas normas que rigen el principio de la buena fe registral y el principio de prioridad en el tiempo de la inscripción, contenidas en los artículos 2014 y 2016 del Código Civil, las mismas que están orientadas a dar valor preferente al derecho que surge de la mencionada inscripción del embargo”. La compatibilidad entre el derecho común y la regulación registral ha sido resaltada en la sentencia en Casación N° 403-2001-Piura, cuando sostiene que la aplicación del principio de prioridad registral no se encuentra excluida del “derecho común”, ya que se encuentra consagrado en una norma no registral: el artículo 1135 del Código Civil. No optar por esta interpretación, implicaría traicionar esenciales principios registrales de gran importancia para la seguridad jurídica: Cuarto.- La sentencia de vista, para confirmar la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de tercería, se apoya fundamentalmente en la previsión contenida en el artículo 2022 del Código Civil. Esta norma señala que: ‘Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común’. Examinado el segundo párrafo de esta norma, para dirimir la preferencia de derechos (por ejemplo: si uno es real y el otro personal) se remite a una fórmula genérica cuando dice que se aplicará el ‘derecho común’. Esta norma contiene el principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el derecho personal por gozar aquel de la oponibilidad erga omnes, que no tiene el último. Sin embargo, esta posición ha sido cuestionada por la doctrina elaborada y contenida en ejecutorias de casación dictadas por las Salas en lo Civil de esta Corte. Quinto.- En efecto, frente al referido principio (prioridad de rango), el ordenamiento jurídico nacional tiene positivizados los principios registrales de buena fe y de prioridad. El primero de estos principios ha sido recogido por el numeral 2014 del Código Civil, que señala que ‘el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de

causas que no consten los Registros Públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro'. En tanto que el principio de prioridad ha sido recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que dice que 'la prioridad en el tiempo de las inscripciones determina la preferencia de los derechos que otorgan los Registros' y por el artículo 2016 del Código Civil cuando dice que: 'La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro'. Sexto.- Compulsados el principio de rango (recogido por el artículo 2022 del Código Civil) frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, se llega a la conclusión que, en el presente caso, deben prevalecer estos últimos, en atención a que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título de la tercerista, por lo que el banco demandado mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, pues, en materia registral, quien entra primero al registro es primero en el derecho. El artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de 'derecho común', recoge también el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho. Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: a) El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...) b) El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otro, aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Sétimo.- Las razones anotadas conducen a considerar que en el caso sub materia, en la sentencia de vista, se han dejado de aplicar los numerales 2014 y 2016 del Código Civil, por lo que el recurso debe declararse fundado y la Sala, actuando como organismo de mérito, debe revocar la sentencia apelada". En sentido idéntico a la resolución anterior, pero en términos más simples, se expresa la Casación N° 2683-2001-Lima. Así es, esta resolución sólo señala que la seguridad jurídica brindada por el registro público no tiene porqué interpretarse como un factor ajeno al derecho común, de manera que se tiene que preferir al embargo inscrito para no defraudar principios registrales: "El artículo 2012 del Código Civil recoge el principio de publicidad registral y establece la presunción *iuris et de iure* de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; el artículo 2013 del mismo Código recoge el principio de legitimidad o legitimación por el cual el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su Invalidez, estableciéndose una presunción *iuris tantum* de exactitud entre la realidad y lo que publica el registro; el principio de buena fe ha sido consagrado en el artículo 2014 del anotado Código al establecer que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez Inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos, presumiéndose la buena fe del tercero y el artículo 2016 del aludido texto legal consagra el principio de prioridad de rango, que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro *prior in tempore potior in iure*. Quinto.- La sentencia de vista considera que con el testimonio de la escritura de compraventa que obra a fojas cuatro a siete es suficiente para definir la controversia declarando fundada la tercería al haberse cumplido con el artículo 535 del Código Procesal Civil; sin embargo, lo resuelto por el Superior colisiona con los principios registrales antes citados debiendo de prevalecer estos últimos en atención a que la medida cautelar de embargo en forma de Inscripción sobre el Inmueble materia de

litis aparece a nombre de los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato, inscrito en la ficha número veinticinco mil doscientos cincuentisiete del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, libre de gravámenes motivo por el cual se procedió a la Inscripción de la citada medida conforme aparece a fojas sesentitrés y sesenticuatro del acompañado; razón por la cual el Banco demandado mantiene su garantía una vez inscrito su derecho. Sexto.- Admitir lo contrario importaría hacer tabla rasa del sistema registral que nos rige y haría ineficaz los siguientes principios: a) el de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...); b) el de impenetrabilidad, que impide se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) el de publicidad, recogido por el artículo 2012 del Código Civil que establece la presunción absoluta sin admitir prueba en contrario, ya que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; y, d) el de prioridad de rango en el tiempo, determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. Sétimo.- El derecho de propiedad invocado por el tercerista conforme al testimonio de la escritura se encuentra en contraposición al título de propiedad que también tienen los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato cuyo título al no haberse declarado judicialmente su invalidez se encuentra vigente, por lo que el embargo en forma de inscripción a favor del Banco demandado está protegido por el principio de la buena fe registral lo que conlleva a desestimar la demanda de tercería. Tanto más, si el mejor derecho de propiedad debe dilucidarse en una acción distinta a la presente, como es la acción reivindicatoria. Octavo.- En el caso de autos, el embargo trabado sobre el inmueble materia de litis que se llevó a cabo el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventinueve según acta obrante a fojas cincuentiuno del expediente acompañado, fue presentado en los Registros Públicos con fecha doce de octubre de mil novecientos noventinueve conforme es de verse de fojas sesentitrés y sesenticuatro del expediente acompañado, por lo que la escritura pública de compraventa de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventicinco, que sustenta la tercería no inscrita en los Registros Públicos no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, por cuanto una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero de ninguna manera a terceras personas, sino está registrada oportunamente; siendo así, la citada inscripción tiene preferencia”. La Corte Suprema, en la sentencia en Casación N° 333-2003-Lambayeque, una vez más destaca que la prioridad registral no es ajena al derecho común, tal como lo demuestra el artículo 1135 del Código Civil, lo que hace cobrar sentido a la aplicación de la normativa registral: “Quinto.- Estando a que la norma contenida en el artículo 2022 del Código Civil establece la primacía entre derechos reales inscritos y señala que tratándose de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, entre las que encontramos al artículo 1135 del Código Civil, el cual precisa el criterio de que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente, por lo que en el presente caso debe preferirse el embargo inscrito a favor de la codemandada Silvia Maricela Neciosup Morales, que ha sido registrado con anterioridad al derecho alegado por la tercerista. Es más, el numeral 2016 del citado Código Civil, concordante con el principio señalado anteriormente, prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. De lo contrario no tendría sentido este principio registral”. Finalmente, de la mencionada Casación N° 4448-2010-Arequipa se puede extraer una idea importante: el embargante es un tercero interesado, de modo que si se le pretende oponer la adquisición de un derecho de propiedad, la misma debería haberse inscrito oportunamente. En ese orden de ideas, si el bien se

encuentra inscrito debe someterse a la regulación registral. Lo contrario solo se justifica en sede de bienes no inscritos: “Cuarto.- Que, el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada, considerando que tratándose de bienes registrados son de aplicación los principios y normas de derecho registral contenidos en el Código Civil, en consecuencia, en el caso de autos se determina que el derecho de cautela judicial anotado en el registro tiene prioridad sobre el derecho de propiedad de cualquier otro derecho inscrito, tanto más sobre un derecho que no ha sido inscrito nunca; que la eficacia alegada por los esposos terceristas del contrato de compraventa privado del año mil novecientos noventa y cinco solo puede ser oponible entre las partes del contrato, porque para ser opuesta a los terceros debe publicitarse en el registro, tratándose de bienes inscritos; que solo tratándose de bienes no inscritos, la antigüedad de los actos jurídicos celebrados resulta relevante para decidir la preferencia de los derechos generados por ellos, según las normas del derecho común y no las que regulan el derecho registral. Quinto.- Que, respecto a la denuncia de infracción normativa procesal - citada en el literal c) en cuanto a la Casación N° 2285-2001, debe señalarse que las ejecutorias supremas dictadas a la fecha no constituyen precedente judicial, al no haber sido expedidas con las formalidades exigidas por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil, en consecuencia la denuncia es inviable”. b) La protección erga omnes del derecho de crédito. Como ya se adelantó, se ha sostenido que el derecho de crédito, tal como le ocurre al derecho real, se encuentra amparado por la tutela extracontractual o erga omnes. Afirmación que se encontraría amparada en la doctrina y jurisprudencia europea. Así, se asevera que “prestigiosa doctrina italiana afirma también que sí es posible que terceros lesionen el derecho de crédito, agregando que la jurisprudencia italiana se ha pronunciado a favor de brindar tutela al acreedor en caso de lesión culposa o dolosa por parte de un tercero”. Bajo esta línea de argumento, siguiéndose a doctrina europea, se afirma que hay una serie de casos en los que la protección extracontractual del derecho de crédito no admite duda: Cuando ha sido lesionado un derecho relativo, aunque sea extraño a relaciones familiares y, en particular, un derecho de crédito: así, causar la muerte de un jugador de fútbol lesiona el derecho a sus prestaciones deportivas que, por contrato, corresponde a la sociedad futbolística. De igual forma, la destrucción, por obra de un tercero, de la casa en arrendamiento no lesiona sólo el derecho real del propietario, sino también el derecho de crédito del arrendatario, etc. En estos casos, el hecho del tercero ocasiona la extinción de la relación obligatoria: por muerte del deudor en el primer caso; por imposibilidad sobreviniente de la prestación en el segundo. Luego, la jurisprudencia (europea) ha reconocido el carácter resarcible de la lesión del crédito también en hipótesis en las cuales el hecho del tercero no extingue la relación obligatoria. Se alega también que la protección extracontractual del crédito es una figura compatible con una idea más social del Derecho. Puesto que negar la posibilidad de que terceros lesionen el derecho del acreedor, implicaría aceptar una visión demasiado individualista de la relación obligatoria y del contrato. Tal visión partiría de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administrarlos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan, lo que explica que los terceros puedan afectar, con su actuar u obrar, una relación obligatoria o contractual de la que no forman parte. Si el crédito tiene protección extracontractual, evidentemente no se puede seguir privilegiando al derecho del tercerista en base al argumento de la oponibilidad erga omnes del derecho de propiedad. V. LAS

OPINIONES DE LOS AMICUS CURIAE. Conforme a la política adoptada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a partir del III Pleno Casatorio Civil, se consideró oportuno invitar a docentes de reconocidas facultades de Derecho y especialistas en temas civiles, en calidad de amicus curiae de este Supremo Tribunal, con el objetivo de tener en consideraciones enfoques académicos y distintos a los de la judicatura. Por esta elemental razón es que los amigos de la Corte son personas ajenas al aparato judicial. Los seis amicus curiae tuvieron una interesante participación, la cual ha sido materia de una notable reseña publicada en distintos medios especializados. Debe indicarse que esta Suprema Corte comparte los términos de la síntesis contenida en tal reseña, en la cual se señala lo siguiente: “Las posiciones de los profesores no fueron uniformes, como era de esperarse, pudiéndose advertir que algunos de ellos sostienen que debe ser tutelado el derecho de propiedad, mientras que otros, defendieron que debe serlo el crédito inscrito. Los argumentos centrales que se expusieron fueron los siguientes: 5.1.

Juan Luis Avendaño se inclina por proteger la propiedad y no el embargo. Se basa en que: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 nos reenvía al derecho común y no al derecho registral, que es un derecho específico, especial. Por tanto, deben ser esas, y no éstas, las reglas que deben ser consideradas para solucionar la discusión; (2) El artículo 949 del Código Civil establece que el derecho de propiedad inmueble se perfecciona con el consentimiento; ergo, no se puede hacer distinciones entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita; se es propietario aún cuando no haya inscrito su derecho; (3) La Constitución protege la propiedad al declararla inviolable y el Estado está obligado a garantizarla. Por consiguiente, el propietario debe ser resguardado por mandato constitucional. 5.2. Guillermo Lohmann argumentó en favor de la protección al embargo inscrito. Sostuvo que: (1) No hay derechos absolutos. El derecho de propiedad no puede ser “reconocido” si antes no es “conocido”, y por tanto, en la medida que no es oponible erga omnes vía la inscripción registral, no puede merecer esa protección; (2) El embargo inscrito tiene proyección de derecho real, como sucede con la hipoteca; (3) Hay que evaluar también la diligencia del acreedor embargante y la no diligencia del propietario que no inscribe, pues el derecho protege apreciaciones y admite presunciones; (4) Hay que proteger el sistema registral. El registro otorga seguridad jurídica y no puede ser desconocido para proteger a un propietario singular que no inscribe su derecho. Es un tema de oponibilidad y no de propiedad. 5.3. Juan Monroy sostuvo que el caso discutido no debiera ser objeto de un precedente vinculante, pues: (1) El artículo 2022 al clasificar los derechos en personales y reales incurre en un anacronismo. Esa clasificación era históricamente entendible, pero hoy no tiene ningún significado y se encuentra superada; (2) La tercería no tiene por objeto titular con el derecho de propiedad a nadie, sino, liberar un bien afectado por una medida cautelar, finalidad que debe tenerse en cuenta; (3) El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria regulada en el sistema civil es desconocido por las grandes mayorías. Por ello, deben ser los jueces en el caso concreto los que resuelvan atendiendo a las especiales connotaciones del caso particular, razón por la cual no debiera generarse un precedente con alcance general. 5.4. Jack Bigio sostuvo que la protección debe otorgarse a la propiedad, pues: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 al hacer un reenvío al derecho común, hace referencia básicamente al derecho civil y al derecho comercial y por tanto, el derecho registral no debe ser tomado en cuenta para resolver el tema; (2) El acreedor embargante no debe ser considerado tercero registral, porque no lo es. El artículo 2014 dice que tercero es aquel que ha adquirido de quien es el dueño; además, esa adquisición se basa en un acto voluntario. En el caso del acreedor embargante es claro que no lo hace en mérito de un acto voluntario y no lo “adquiere” de quien es el dueño, por lo que no es posible reconocerlo como un

tercero registral; (3) Favorecer al embargante sería proteger a quien se basa en un registro público que es inexacto en la medida que no publicita la realidad de la propiedad al existir una transferencia no inscrita. La exposición de motivos del Código Civil señala que debe otorgarse preferencia al verdadero propietario; (4) Un principio de derecho señala que solo debe responderse por los actos propios, no por los ajenos; por ende, no corresponde que el embargante afecte un bien de quien no es su deudor; (5) El embargo inscrito no es un derecho real pues no forma parte del listado de derechos reales del Código Civil, que como bien se sabe, es un número clausus.

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

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

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

VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito. A juicio de este Alto Tribunal, se impone la necesidad de rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela erga omnes para el derecho de crédito. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela. Así, por ejemplo, la doctrina francesa actual afirma que “la responsabilidad extracontractual interviene, en efecto, muchas veces hoy para sancionar la inejecución o mala ejecución de un contrato cuando ésta se debe al hecho de un

tercero o perjudica a un tercero”<sup>72</sup>. Esta misma doctrina indica que la tutela extracontractual del derecho de crédito parece chocar con el principio clásico de relatividad de los contratos, pero la doctrina y jurisprudencia de este país no ha dudado en replantear los alcances del llamado principio de relatividad contractual. De hecho, en pleno siglo XIX, los jueces franceses no dudaban en sancionar la actitud de personas ajenas al contrato cuando ellas se habían asociado, con conocimiento de causa, al deudor para concretar el incumplimiento<sup>73</sup>. “(...) la jurisprudencia no ha cesado de reconocer además a la víctima el beneficio de una verdadera acción en responsabilidad contra el tercero que se asocia a la violación de sus derechos contractuales, despreciando la objeción derivada de los vínculos de esta responsabilidad con el contrato”. Esta misma idea, para no irse muy lejos, se ha defendido a nivel de doctrina sudamericana<sup>75</sup>. Por ejemplo, la doctrina latinoamericana ha destacado que no es ya posible seguir sosteniendo que únicamente los derechos reales ostentan protección aquiliana o extracontractual: “La verdad es que las hipótesis de lesión extracontractual del derecho de crédito son variadas y numerosas, y su revisión permite mantener la tesis que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este último la obligación de indemnizar los perjuicios causados (...) si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un tercero, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito”. La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento (suficiente y) convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual. No parece correcto tampoco sostener que la denominada acción subrogatoria, o una acción similar u análoga, explica los supuestos de tutela aquiliana del crédito. Al respecto, se ha dicho: “¿Cómo es eso de similar u análoga? ¿Es o no es un caso de aplicación de acción oblicua? Si es una acción solamente parecida a la oblicua, entonces ¿Qué acción es? ¿Cómo se denomina? A decir verdad, como bien señaló GALGANO, la acción subrogatoria no tiene aplicación en este caso porque al ser la prestación imposible, la relación obligatoria se extingue (art. 1316 del CC) y, en consecuencia, el afectado por el tercero pierde la calidad de deudor. Si no existe obligación, de qué acción subrogatoria u oblicua puede hablarse?”. Por último, no escapa al criterio de este Supremo Tribunal el hecho de que la opinión que ha negado la tutela aquiliana del crédito, ha terminado por aceptarla implícitamente. Como se recordará, esta opinión no puede evitar reconocer que todos los derechos subjetivos tienen una tutela resarcitoria, lo que resulta incompatible por completo con la tesis que defiende la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Esta parte de la premisa según la cual los derechos relativos, por no poder ser opuestos a la generalidad de sujetos, no son materia de protección extracontractual. Por lo tanto, reconocer, de alguna forma al menos, que todos los derechos subjetivos tiene una tutela extracontractual, no significa otra cosa que admitir la vigencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito. VI.2. La interpretación objetiva de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. a) Premisa. Es deber del Juez aplicar la ley, atendiendo a los mecanismos de interpretación que proporciona la teoría de la interpretación jurídica. En este caso, cuando la voluntad de la ley es patente, como se puede colegir, el Juez debe seguirla, al margen de si su contenido sea agradable o no agradable a la opinión del propio Juez. No estamos, nótese

bien, en un sistema político donde los jueces sean gobernantes, en base a decisiones propias. Estamos en un sistema que es un Estado de Derecho, donde debe imperar la voluntad de la ley, y no la voluntad de las personas. Esta afirmación, desde luego, no implica negar la posibilidad de que las normas puedan ser interpretadas de múltiples maneras. La interpretación no es, muchas veces, una tarea simple, precisamente por ello la teoría de la interpretación jurídica tiene áreas bastante complejas. Sin embargo, también es verdad que la ley, o la voluntad de la ley (en un sentido objetivo, más allá de la “mítica” voluntad subjetiva del legislador), muchas veces pueden presentarse de forma un tanto lineal y clara. A juicio de los jueces que suscriben la presente resolución, este es el caso de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, donde se advierte que el legislador ha pretendido solucionar el conflicto de derechos de diferente naturaleza en base a la no aplicación de los principios de derecho registral. Empero, es necesario precisarlo desde ya, esta interpretación no toma como base a consideraciones que se han venido esgrimiendo desde hace tiempo en favor de la propiedad no inscrita, puesto que estas han sido materia de una eficaz refutación por parte de la doctrina defensora del crédito inscrito, tal como se ha visto en las páginas precedentes. No sería, ciertamente, apropiado persistir en una interpretación con base en argumentos ya criticados con fundamentos atendibles. Empero, en opinión de este Supremo Tribunal, la doctrina defensora del crédito inscrito no parece haber centrado suficientes esfuerzos en postular una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Se ha centrado, más bien, en refutar las razones por las cuales se podría interpretar que esta normativa privilegia a la propiedad no inscrita. Aunque se considere que esta refutación ha tenido éxito, lo cierto es que una interpretación no puede sustentar su validez o idoneidad en el hecho de que otras interpretaciones sean endebles. No se debe elegir una interpretación en función de la debilidad de otras interpretaciones, sino en función de la solidez de sus fundamentos propios. De lo contrario, se incurre en algunos equívocos interpretativos. Así, por ejemplo, la doctrina defensora del crédito inscrito ha llegado a defender dos consideraciones interpretativas que, en rigor, no parece que puedan ser sostenidas al mismo tiempo: i) que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es una norma de remisión, y ii) que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita es un supuesto de laguna normativa, donde se hace necesario recurrir a la analogía. b) La interpretación de la ley y sus cánones: el rol decisivo del texto de las disposiciones normativas objeto de interpretación. Es menester recordar que una adecuada interpretación jurídica toma en cuenta fundamentalmente lo explicitado en las disposiciones normativas objeto de interpretación, dejando de lado la búsqueda de hipotéticas y/o voluntades ficticias. En este sentido, un autorizado autor ha sostenido que el objeto de la interpretación no puede ser una voluntad (la del legislador) como tal, sino más bien la forma representativa en la que aquélla viene explicitada: lo que se ha hecho o lo que se ha dicho. Esto porque precisamente la representación es un presupuesto de la actividad interpretativa, y si se entiende a la voluntad como una pura entidad psicológica, induce a pensar que tal actividad puede prescindir de una forma representativa, lo que bien puede resultar absurdo. Al ser objetiva la interpretación, es un presupuesto fundamental tener en cuenta que el intérprete no puede alterar el objeto de interpretación a su libre voluntad. Hay límites que no pueden ser trasgredidos, so riesgo de caer en un proceso de interpretación errado y no aceptable. En este orden de ideas, se ha destacado la imposibilidad de alterar la esencia del objeto de interpretación por parte del intérprete, cuando se advierte se impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de

subordinación. Pero como tal objetividad no opera sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquella y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada. Es decir: el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio, pero si bien se ha tornado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y ajeno. En la antinomia se encuentran, de un lado, la subjetividad inseparable de la espontaneidad del entender; del otro, la objetividad del sentido que se trata de obtener. De este modo, si bien no puede negarse que la actividad interpretativa es una labor subjetiva, al ser realizada por el intelecto humano, también tiene un innegable aspecto objetivo, marcado por el hecho de que el intérprete debe respetar ciertos límites marcados por el propio objeto de interpretación, en este caso la disposición normativa objeto de interpretación. Esta circunstancia explica la presencia de algunos cánones interpretativos. Veamos: Un primer canon prohíbe que el intérprete pretenda introducir un sentido que no emana del propio objeto de su interpretación. Por ello se decía que el Juez no puede, en base a sus personales y subjetivos criterios, alterar la sustancia o esencia de las disposiciones normativas. En otras palabras, el sentido debe ser recabado de las disposiciones normativas que se interpretan, no de los criterios o ideologías personales del Juez. Acorde con este canon, que se denomina de la autonomía hermenéutica, el sentido que se trata de hallar no debe ser introducido indebida o subrepticamente por el intérprete, sino que se debe, al contrario, extraer, recabar de la forma representativa. El segundo canon, que explica la llamada interpretación sistemática, es denominado de la totalidad y coherencia. Según este, el intérprete debe tener en cuenta la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación de pensamiento, y su común referencia al todo del que forman parte: correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos<sup>82</sup>. La prestigiosa doctrina que se viene citado anota que “la comprensión, en primer término provisoria, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando con el creciente extenderse del discurso del que el intérprete toma posesión, de modo que únicamente al final los elementos singulares, totalmente abarcados en su conjunto, resultan casi de golpe colocados a plena luz y representados en precisos y claros contornos<sup>83</sup>. Por consiguiente, para dejarlo anotado de una vez, la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil debe ser interpretado a la luz de otros dispositivos que también regulen conflictos de derechos, a efectos de captar adecuadamente su sentido conforme a su texto. No debería dudarse más en torno al hecho que cualquiera de nosotros puede sugerir o diseñar la mejor solución o teoría para resolver un determinado conflicto de intereses (que es el presupuesto para el dictado de una norma jurídica), pero jamás puede exigirse al Juez (simplemente porque no es legislador) modificar o desnaturalizar el texto y la voluntad legislativa contenida en las disposiciones normativas que debe interpretar. Semejante planteamiento no lo encontramos ni siquiera en las corrientes más hostiles al positivismo jurídico. En efecto, ha dicho una acreditada doctrina alemana contemporánea: “ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho el de la legalidad conforme al ordenamiento”. Se debe, pues, tener mucho cuidado con no tomar debidamente en cuenta el texto de la disposición normativa a interpretar, dejando que el sentido de la interpretación dependa de factores externos a dicho texto. Este punto no sólo ha sido resaltado por la doctrina italiana ya citada, sino también por otro sector de la doctrina alemana sobre interpretación, la cual ha resaltado el hecho que la “objetividad del criterio” pertenece al más distinguido canon de la hermenéutica, de forma que toda interpretación tiene que comenzar con la decisión del intérprete de ajustarse a la obra y no introducir nada en el texto, sino

revelar lo que en el texto se contiene, este canon es, con toda seguridad, el fundamento de la jurisprudencia como ciencia. Esta misma doctrina destaca que tampoco la más reciente hermenéutica, releva, en absoluto, al intérprete de dicha exigencia. Más bien, se asevera que la tarea primera, constante y última (de la interpretación) es no dejarse imponer nunca, por ocurrencias propias, por conceptos populares, la posición, la previsión y la anticipación, sino asegurar el tema científico, mediante la elaboración de tales elementos (posición previsión y anticipación) desde las cosas mismas; por consiguiente, este pre-suponer tiene sólo el carácter de un proyecto de comprensión, de manera que la interpretación preparada por tal comprensión permite precisamente tomar la palabra, en primer lugar, a aquello mismo que hay que interpretar. La “precomprensión” tiene, por tanto, solamente el carácter de una anticipación provisional de una expectativa de sentido, que “tiene que poderse rectificar cuando el texto lo exija y que está expuesta a riesgo de fracaso”. Resulta muy interesante destacar que esta misma perspectiva es manejada por quienes cultivan el Análisis Económico del Derecho. Efectivamente, un prominente representante de esta corriente de pensamiento ha subrayado el hecho de que bajo ninguna circunstancia el juez debe apartarse de lo expresamente señalado por la ley al momento de aplicarla, aun cuando ello implique consecuencias ineficientes económicamente hablando, ya que de lo contrario el carácter predecible de la ley peligraría, lo que es aún más indeseable que cualquier norma con efectos económicos dañinos<sup>87</sup>. Además, se ha destacado que esta es la perspectiva imperante entre los juristas del common law<sup>88</sup>. En esa misma línea, en sede nacional, se afirma: “(...) lo dicho hasta aquí solo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la ley y olvidarse de lo que conviene”<sup>89</sup>. En este punto, es oportuno insistir en que una vez que el intérprete haya reconstruido el sentido de la norma y le parezca contrario a ciertas exigencias de justicia u otro orden, pues tendrá que conformarse, ya que no es legislador y siempre estará en relación de subordinación frente a la norma, por lo que no pueden admitirse apreciaciones discrecionales al momento de aplicar la misma. Punto de partida inevitable, entonces, del proceso interpretativo es el empleo del criterio literal, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las palabras que la conforman, es decir, al interpretar la ley es necesario atender a las palabras de su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso<sup>91</sup>. Reforzando lo dicho con respecto al segundo canon descrito líneas arriba, se afirma que el atender a la globalidad o integridad del discurso no es una regla especial de la interpretación de la ley, sino una regla de interpretación del lenguaje común, que es el medio a través del cual se expresa la ley<sup>92</sup>. De esta manera, se destaca que el resultado final del proceso de interpretación no es producto sólo de la interpretación literal, pero tal resultado en ningún caso puede contradecir el significado literal de la ley porque a través de las palabras la norma es enunciada y comunicada a sus destinatarios<sup>93</sup>. Otra ilustre doctrina resalta que las actividades integradoras y manipuladoras son-dentro de ciertos límites- connaturales al proceso de interpretación y aplicación de las normas, pero ello no debe confundirse nunca con una invasión a la competencia legislativa. c) La inexistencia de laguna normativa en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. En opinión de este Colegiado Supremo, no es posible sostener que la segunda parte del artículo 2022 se traduzca en una laguna, puesto que ello implicaría privar de sentido a la frase “derecho común”. La tesis que sostiene que hay una laguna normativa, no parece tener en cuenta que la buena técnica de interpretación aconseja interpretar los textos legales en el sentido que tengan mayor eficacia. No debe olvidarse que la interpretación de las leyes importa respetar el llamado “principio de conservación del derecho”, el cual “pretende disipar el mentado horror

vacui (con él se busca evitar el surgimiento de lagunas o vacíos normativos en el ordenamiento jurídico), preservar la seguridad jurídica y mantener la obra del legislador”. Para sustentar que existe laguna, la doctrina defensora del crédito inscrito ha señalado que el artículo 2022 del Código Civil, en su segunda parte, no remite a ningún lugar o norma puntual que regule este específico conflicto de derechos entre acreedor embargante y tercerista de propiedad con derecho no inscrito. Sin embargo, con este enfoque se “vacía” el sentido normativo que tiene la frase “derecho común”. No se hace el esfuerzo de tratar de conservar este acto legislativo, asignándole un sentido, como manda el “principio de conservación del derecho”. Cuando el legislador indica que el conflicto de derechos de distinta naturaleza debe resolverse conforme al “derecho común”, se impone la necesidad de captar un sentido, un significado normativo para esta disposición. No puede concluirse, sin más, que la frase “derecho común” nada significa, de modo que se debe recurrir a la analogía irremediamente. Nótese que la laguna propiamente implica la ausencia de previsión normativa para un caso concreto, de modo que se carece de toda solución normativa para cierto caso<sup>96</sup>. Se tiene laguna, entonces, cuando la solución para un caso determinado es inexistente. Empero, en el caso que ahora nos ocupa, mal puede decirse que no hay solución para el caso en cuestión, puesto que sí hay un texto normativo. Quizá se trate de un texto cuya redacción dista de ser la mejor, pero justamente por ello es tarea del intérprete construir un sentido por medio de las herramientas que proporciona la teoría de la interpretación jurídica. Por consiguiente, desde que existe un texto normativo que establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho de conflicto de derechos de distinta naturaleza, no cabe postular la presencia de una laguna jurídica.

VI.3 El sentido de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la luz de una interpretación sistemática: la no aplicación de criterios registrales. Se dice esto no en base a la posibilidad de una redundancia, cosa que ya ha sido refutada por la doctrina<sup>97</sup>, sino en base a las expresiones empleadas por la ley. Para este Supremo Tribunal, existe una circunstancia que ayuda considerablemente a develar el sentido de los términos “derecho común”: la terminología y política legislativa expresada en otras disposiciones legales del propio Código Civil relativas a conflictos de derechos. Es decir, esta Corte Suprema considera que los términos “derecho común” pueden ser entendidos apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente. Así, se tiene que resaltar que cada vez que el legislador civil regula conflictos de derechos, si decide dirimir el conflicto en base a criterios registrales, lo hace explícitamente, sin “medias tintas”. Si de privilegiar el registro se trata, el Código Civil lo hace de forma expresa y clara, sin fórmulas vagas o un tanto imprecisas. Así se tienen los ya mentados artículos 1135, 1136, 1584, 1708 y 2023 del Código Civil, donde la política legislativa en favor del registro como medio para dirimir conflictos de derechos es patente o manifiesta. Es más, podrían agregarse también los artículos 1591 y 1670, que regulan también conflictos de derechos, estableciendo la solución en base a la inscripción registral. En un contexto como ese, es evidente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil “desentona” por completo. Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. Nótese que este Supremo Tribunal no acude a la exposición de motivos, tampoco al argumento de la redundancia, ambos rebatidos de forma contundente por la doctrina defensora del crédito inscrito. Se trata, como mandan las premisas interpretativas establecidas, de un análisis del texto de la disposición objeto de interpretación. La frase “derecho común”, consecuentemente, sí posee un sentido, el cual, en virtud de una interpretación sistemática, revela sin lugar a duda razonable, que

el legislador civil ha optado por no aplicar el criterio registral en la solución al conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. No se trata, por tanto, de privar de sentido al término “derecho común”, puesto que aplicando el “principio de conservación del derecho”, es posible arribar a una conclusión: el legislador civil ha dejado de lado el criterio registral en el conflicto normado por la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. En ese sentido, tenemos como norma aplicable al caso el artículo 949 del Código Civil, el cual regula el sistema de transmisión de la propiedad inmueble, precisando que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”. De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que ésta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente), y no necesariamente se exige la entrega de posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público. Asimismo, es norma aplicable también el artículo 1219 inciso 1° del Código Civil, según el cual: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”, de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares), sobre el patrimonio del deudor, puesto que es el deudor quien debe procurar satisfacer la acreencia, dicho de otro modo, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor. Si bien esta conclusión se apoya, como se ha visto, en una interpretación sistemática, la misma puede reforzarse tomando en consideración que la primera parte del artículo 2022 claramente opta por una solución registral, pero en el párrafo siguiente deliberadamente omite la solución registral, reenviándose al “derecho común”, de modo que éste debe interpretarse al margen de la regulación registral. Si realmente la voluntad (expresada y objetivada) de la ley fuese aplicar también a estos casos tal regulación, sin duda hubiese existido una remisión directa a la normativa registral, tal como sucede en todos los otros casos de conflictos de derechos regulados por el Código Civil. De igual manera, cabe señalar también que de la interpretación de ambos párrafos del artículo 2022 del Código Civil, se tiene que el primer párrafo regula el conflicto de derechos reales en base a las reglas registrales, el segundo párrafo no lo hace así, por lo que corresponde entender que este segundo párrafo prescinde de las reglas registrales, al remitirse al “derecho común”. En este particular contexto normativo, es válido entender al “derecho común” como aquel derecho no especializado. Una doctrina francesa señala sobre el particular lo siguiente: “El derecho común es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (...) El campo del derecho civil comprendía originalmente prácticamente todo el derecho privado, pero la especialización en el ejercicio de ciertas actividades o en la propiedad de ciertos bienes ha hecho que nazcan ramas nuevas que se han separado del derecho civil. Sin embargo, eso no significa que las reglas del derecho civil no sean parte del derecho común, sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial lejana al derecho civil o, aún, en ausencia de regla contraria, cuando ellas no contradigan los principios esenciales o el espíritu de una rama especial”. Así las cosas, puede afirmarse que el derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código Civil, sino en reglamentos y leyes especiales, motivo por el cual debe entenderse al “derecho común” como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas, son ajenas al derecho común. En el proceso de interpretación jurídica, debe asumirse que el legislador debe ser coherente. En este contexto, no se encuentra

razón de ninguna clase para que, en este específico conflicto de derechos, el legislador haya optado por emplear una terminología radicalmente distinta para hacer primar el criterio registral, pudiendo haberlo hecho de forma nítida como en los otros casos de conflictos de derechos. Por lo tanto, al aplicarse la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no resulta adecuado interpretar que también aquí existe remisión a la normativa registral, puesto que, como se ha venido diciendo en este apartado, es evidente que el texto de esta normativa indica otra cosa. Por ende, se tiene que aplicar una solución basada en la no aplicación de reglas registrales, dejando así de lado el principio de prioridad registral. De este modo, al no ampararse al criterio registral, no cabe más que concluir que, en el marco del conflicto de derechos que se presenta en los procesos de tercería de propiedad, la posición del acreedor embargante no puede ser amparada, puesto que la misma no encuentra otro sustento que no sea el registro público, esto es la aplicación del principio de prioridad registral. En efecto, conforme a lo ya expuesto, al prescindirse del registro público como medio de solución del conflicto de derechos, corresponde adoptar el criterio ajeno a la prioridad registral, que hace primar el derecho subjetivo alegado por el tercerista, no pudiendo el acreedor embargante imponer su inscripción, al no ser aplicables las reglas registrales. De este modo, conforme también a la doctrina prevaleciente, al tercerista le corresponde acreditar que su derecho de propiedad data de un momento anterior a la traba del embargo. En ese caso, su pretensión deberá ser amparada. Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual sólo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo. Finalmente, debe señalarse que no se puede avalar la solución brindada por aquél sector doctrinario, sobre la base de imputar “diligencia” o “negligencia” a los sujetos, pues ello significa perder la perspectiva del contexto histórico cultural en el cual nos encontramos; en donde nuestro sistema de transferencia de propiedad es para los especialistas jurídicos, lo suficientemente complicado y difuso como para que podamos afirmar que se trata de una información que es conocida por el promedio de justiciables, esto es, si este sistema de transferencia es complicado de entender para los profesionales del derecho, es de imaginar lo que puede significar para la comunidad en general tener claros temas sobre cómo se perfecciona una transferencia o cuál es la función que cumple el Registro Público respecto de su adquisición, para no citar temas evidentemente técnicos como el de la prelación o la fecha cierta. A lo cual debe agregarse que, la falta de inscripción registral, muchas veces no obedece a la negligencia de los propietarios, sino a un problema estructural del Estado, evidenciado en el complejo y oneroso acceso a la inscripción, que requiere muchas veces actos previos y burocráticos, como regularizaciones municipales y administrativas (licencias, permisos y autorizaciones); registrales, como la inmatriculación, tracto sucesivo; tributarias, como el pago de impuestos; entre otros. Es precisamente debido a la problemática registral expuesta, que en el Perú sólo se han inscrito el 30% de las propiedades inmuebles, porque de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, la inscripción no es obligatoria ni constitutiva del derecho real de propiedad; por ende el Código Civil incurriría en una contradicción si prefiere el embargo inscrito, porque para que se transfiera la propiedad inmueble sólo es necesario el acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador. VI.4 La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito

inscrito. Al no existir una laguna normativa, no cabe, en consecuencia, aplicar los mecanismos de integración que establece el ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de apariencia (invocado por la doctrina defensora del crédito inscrito) no resulta aplicable, ni tampoco las normas que privilegian la inscripción, en base a una analogía. Cabe recordar que la analogía, más que aplicar normas, en realidad lo que hace es crear una nueva disposición no existente previamente; así lo explica el profesor Marcial Rubio<sup>99</sup>, cuando señala que lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para un situación determinada y la aplica a otra que es distinta, pero semejante a la prevista; estrictamente aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es “análoga” a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en “algo” el supuesto. Al existir regulación para el conflicto que ahora nos ocupa, según lo ya explicado, no cabe aplicar analógicamente otras normas que regulen conflictos de derechos. En sintonía con lo anterior, debe recordarse que en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista, según lo estipula el artículo 949 del Código Civil. Por consiguiente, la transferencia de propiedad no necesita del registro público para ser obtenida. El registro tiene una función referida sólo a la oponibilidad, pero esta no tiene una función “natural”, sino una función delineada por la legislación. Y, como ya vimos, no se precisa la inscripción registral para que la propiedad sea oponible a un embargo judicial, según lo preceptúa la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Se han esbozado planteamientos doctrinales que niegan el carácter consensual de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Sin embargo, debe resaltarse que tales planteamientos no tienen mayor acogida en nuestra jurisprudencia, tanto la de mérito como la expedida por este Supremo Tribunal, así como que también no ha tenido mayor acogida entre los estudiosos del tema. Y no sólo eso, sino que también se tratan de opiniones que la doctrina mayoritaria ha criticado. En efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador. Según lo expuesto, el solo contrato, en principio, puede transferir el derecho de propiedad, mas no la oponibilidad a terceros, cosa que depende de los registros públicos. No es este el caso, en cambio, cuando se trata de oponer la propiedad a un acreedor embargante, donde el legislador, mal que bien, ha optado por dejar de lado la oponibilidad registral. Y es que, en general, los diversos conflictos de derechos se resuelven en base a las reglas registrales, tal como lo establece nuestro Código Civil en diferentes preceptos. Sobre el particular, se señala que “esta solución incentiva la inscripción de los derechos sobre bienes y transmite un mensaje muy claro: ¡el título no inscrito se puede perder! Además, protegiendo a los que inscriben se da seguridad y confianza al tráfico de bienes. La reiteración de esta respuesta en el Código Civil y en algunas normas especiales como la Ley de Garantía Mobiliaria, me permite afirmar que existe un principio o clara orientación del Derecho peruano a favor del título inscrito. Habría sido óptimo que este principio se replique en el concurso entre el supuesto dueño del bien y el acreedor embargante, pero lamentablemente no ha sido así”<sup>100</sup>. Es menester agregar en este punto, que futuros trabajos de reforma legislativa deberían tener en cuenta esta circunstancia, a efectos de establecer una solución

coherente, con el resto de normas del Código Civil, para el conflicto que se presenta entre un embargo (crédito) inscrito y una propiedad no inscrita. La falta de establecimiento del registro público en diferentes lugares del Perú no es, qué duda cabe, un argumento atendible para lograr progresivamente la inscripción de las propiedades. Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados. VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos. Aunque el Código Civil privilegia la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de una falsificación o actuar fraudulento. Para tratar de evitar la situación descrita en el párrafo anterior, cabe invocar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, a efectos de que el Juez realice los actos necesarios al “esclarecimiento de los hechos controvertidos”, en caso que los medios probatorios no le causen convicción. Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectúe actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias, no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada. VII. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN. 7.1. Conforme se ha explicado en los antecedentes, el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. Invocando el recurrente también que debe imponerse el registro porque de no ser así, se resquebrajaría su propia razón de ser, dándose lugar a las posibilidades de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente. 7.2. La parte recurrente también alega que existe uniformidad en la jurisprudencia nacional respecto a la tercería de propiedad, para lo cual cita un grupo de sentencias en casación que, al resolver procesos de tercería de propiedad, prefieren al embargo inscrito. Se invoca en respaldo de esta consideración, que en una sentencia en casación, se indicó que la inscripción registral del embargo hacía oponible erga omnes el derecho del acreedor embargante, en tanto que el derecho del tercerista, al no hallarse inscrito, no podría ser opuesto a terceros, como lo es el acreedor embargante. 7.3. Al respecto, debe indicarse que no es exacto, como se ha expuesto en los considerandos de la presente sentencia de Pleno Casatorio Civil, que exista jurisprudencia de esta Corte Suprema en un sentido uniforme en favor del crédito (representado por un embargo) inscrito. Si así fuese, ciertamente este Pleno Casatorio no habría sido convocado. En efecto, también hay un importante número de sentencias en casación que patrocina un criterio jurisdiccional opuesto, que defiende la tutela del tercerista con derecho de propiedad no inscrito. Por lo demás, a lo largo de los considerandos de la presente resolución, se han expuesto las razones por las cuales no se comparte el criterio expuesto en las diferentes sentencias en casación que respaldan al acreedor embargante en los procesos de tercería

de propiedad. 7.4. De acuerdo a lo ya expuesto, cuando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil se refiere al “derecho común”, expresa una voluntad (objetiva y explicitada) del legislador civil por no adoptar un criterio registral para resolver el conflicto de derechos materia de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inmuebles registrados. Una interpretación sistemática de las normas que regulan conflictos de derechos en nuestro Código Civil, demuestra que cuando el legislador ha preferido un criterio sustentado en la inscripción registral, ha expresado esta preferencia de forma diáfana e indubitable en las normas. En cambio, el texto empleado por el legislador en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no refleja en modo alguna una opción registral clara y concreta, lo que hace concluir que, en realidad, el legislador ha optado por un criterio distinto, no sustentado en el registro. Caso contrario, no tendría explicación el hecho de que el legislador no haya establecido un criterio registral de forma clara, sino apelado a una fórmula un tanto imprecisa como “derecho común”. Por consiguiente, el conflicto normado en la segunda parte del citado artículo 2022 no puede resolverse aplicando criterios registrales. No se puede amparar, en consecuencia, la interpretación del artículo 2022, segunda parte, hecha por la parte recurrente, según la cual debe aplicarse un criterio registral para dirimir el conflicto de derechos en cuestión. 7.5. En relación a la presunta infracción de los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, debe indicarse que los mismos no tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación a esta causa no resulta pertinente. Como también se expuso en los considerandos de esta resolución casatoria, el problema de fondo en los procesos de tercería de propiedad se refiere a la dilucidación de un conflicto de derechos, no a otra clase de problema, motivo por el cual la norma aplicable es la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no otra, cosa expresamente reconocida por la doctrina en favor de la propiedad no inscrita, como por la doctrina en favor del crédito inscrito. Siendo ello así, no resultan pertinentes las normas que no se refieren a conflictos de derechos subjetivos de naturaleza diversa. Estas, como también se indicó oportunamente, se caracterizan por aludir a por lo menos tres sujetos: los “causahabientes” o “adquirentes” y el “causante” o “transmisor” común. Esta estructura está por completo ausente en los artículos 2012 y 2013 del Código Civil. La primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación. Ninguno de estos preceptos o principios tiene por objeto dirimir conflictos de derechos de naturaleza diversa. A mayor abundamiento, estos preceptos tampoco resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos, puesto que, habiéndose adoptado la interpretación que no considera pertinente la aplicación del criterio registral, el conflicto de derechos materia de análisis no puede resolverse aplicando normativa registral. 7.6. Respecto al carácter erga omnes otorgado por la inscripción registral, de igual forma, en los considerandos ya se analizó el argumento normalmente empleado por la jurisprudencia de mérito para defender la propiedad no inscrita, arribándose a la conclusión de que, tal como lo expusiera la doctrina defensora del crédito inscrito, no resulta adecuado seguir postulando la diferencia entre tutela erga omnes (absoluta) y tutela inter partes (relativa), puesto que los mal llamados derechos relativos también tienen tutela extracontractual o erga omnes, por lo que no cabe amparar un argumento que se construya sobre la base de esa diferenciación. Por lo demás, cabe reiterarlo, según la interpretación adoptada por este Supremo Tribunal, el conflicto de derechos en cuestión no se soluciona, según el legislador civil, en función de un criterio registral, por lo que mal puede invocarse la oponibilidad que confiere la inscripción registral, ya que este es un criterio que no resulta aplicable al caso de autos, según una adecuada interpretación del tantas veces mencionado artículo 2022 del Código Civil, segunda parte. 7.7. Con relación a que la

protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, que haga primar el registro público. De hecho, este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación. A tenor de lo ya dicho, resulta que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil consagra una política legislativa que prefiere la aplicación de un criterio no registral, cosa que no puede ser obviada por este Supremo Tribunal. La adecuada interpretación de la ley, y no el criterio personal de la judicatura, es la que el Juez debe aplicar para resolver el caso concreto. 7.8. Por lo tanto, no cabe amparar ninguno de los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de casación, al no ser pertinentes las normas que invoca, ni tampoco plantear una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. III. DECISIÓN: Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil: Primero. Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda y, en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resuelve confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda. Segundo. Asimismo, declara que CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE las siguientes reglas: 1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1º del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo. 2. El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma. 3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada INFUNDADA, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones. SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial “El Peruano” y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de tercería de propiedad, seguido por doña Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de doña Miriam Ivonne Hermida Clavijo, contra doña Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta. SS.ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ, VICENTE RODOLFO WALDE JAUREGUI, EVANGELINA HUAMANI LLAMAS, CARMEN YLEANA MARTINEZ MARAVI, CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA COLUMBA, MARIA DEL SOCORRO MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ, FRANCISCO

MIRANDA MOLINA, FIDENCIO FRANCISCO CUNYA, CELI CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS, JOSE DE LA BARRA BARRERA

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

La suscrita comparte los fundamentos y la decisión a que se arriba en la ponencia que antecede; sin embargo, considera necesario realizar algunas precisiones sobre las razones por las que en el conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito con posterioridad, ha de prevalecer la primera: 1. Que el conflicto en los procesos de tercería de propiedad, se da cuando un acreedor traba un embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que extra-registralmente ya fue transferido a un tercero, aunque éste no ha inscrito su derecho en los Registros Públicos. En tal sentido, nos encontramos ante dos posiciones contrapuestas: por un lado, la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él desconoce dicha circunstancia; y por el otro, la del propietario que no inscribió, pero cuenta con un título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que, se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena. 2. Ambos derechos subjetivos, y los intereses que a ellos subyacen, son igualmente dignos de tutela jurídica, empero, al tratarse de derechos excluyentes terminan enfrentándose los intereses. El propietario quiere mantener el bien que ya adquirió, mientras que el acreedor quiere cobrar de cualquier forma, incluso si el bien no es del deudor. En tal sentido, al tratarse de derechos incompatibles o excluyentes - dado que no puede procurarse la satisfacción de uno sin impedir, al mismo tiempo, la satisfacción del otro - que concurren sobre un mismo bien inmueble inscrito, resulta necesario determinar qué derecho subjetivo prevalecerá frente al otro y cuáles serían las razones para afirmar tal preferencia. 3. Como se ha señalado en la Ponencia, la norma jurídica que resulta aplicable para resolver el referido conflicto es la contenida en el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, según el cual: “Si [el conflicto] se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. La disposición de la citada norma resulta evidente si tenemos en cuenta que el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito (entendido este como un mecanismo de tutela cautelar del derecho de crédito) son derechos de diferente contenido - aunque nuestro legislador prefirió referirse a derechos de diferente naturaleza -, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas: El derecho de propiedad, en tanto derecho real, presenta como contenido la facultad de goce o aprovechamiento del bien y la facultad de realización directa del interés del titular; mientras que el derecho de crédito presenta como contenido la facultad de pretender una cooperación ajena. Por lo tanto, corresponde encontrar el significado del segundo párrafo del Código Civil, es decir, si de acuerdo al mandato contenido en dicha normativa ha de prevalecer el derecho de propiedad no inscrito o el embargo inscrito posteriormente. 4. El texto íntegro del artículo 2022° del Código Civil es como sigue: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. De lo que se advierte que, en el segundo párrafo de la citada norma, se establece el criterio de solución para el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, no obstante, lejos de señalar con claridad cuál de estos derechos en conflicto deberían prevalecer (como en el primer párrafo), se hace una remisión a “las disposiciones del derecho común”, por lo que, toca determinar si tales disposiciones consagran como criterio de solución la inscripción registral (criterio adoptado en el

primer párrafo) o un criterio distinto. 5. Al respecto, debemos señalar que antes del Código Civil de 1984, la norma que buscaba solucionar el conflicto entre derechos subjetivos que recaían sobre un mismo bien inmueble inscrito, era el artículo 1050° del Código Civil de 1936 que a la letra decía: “Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, se precisa que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone”. Nótese que no se hacía ninguna distinción entre los derechos en conflicto, esto es, el conflicto entre derechos reales y el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, toda vez que, el criterio de solución era el mismo: la inscripción registral, es decir, prevalecía el primero que se inscribía en los Registros Públicos. Sin embargo, el legislador de 1984, al redactar el artículo 2022° del Código Civil, optó por distinguir los supuestos en conflicto: Por un lado, el conflicto entre derechos reales en donde el criterio de solución es - y continúa siendo - la inscripción registral (conflicto regulado en el primer párrafo); y, por el otro lado, el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza en donde el criterio de solución se encuentra en “las disposiciones del derecho común”. Esto ya nos evidencia que “las disposiciones del derecho común” tienen que consagrar un criterio de solución distinto al de la inscripción registral, pues, si el legislador hubiese querido que el criterio de solución sea el mismo - es decir, la inscripción en el registro tanto para el caso de conflicto entre derechos reales como para el caso de conflicto entre derechos con distinto contenido o naturaleza, no hubiese sido necesaria la distinción de los supuestos en conflicto; asimismo, no hubiese sido necesaria la redacción de dos párrafos; y por último, no hubiese sido necesaria la modificación del artículo 1050° del Código Civil de 1936, pues esta norma ya consagraba como único criterio de solución - sin importar la clase de conflicto - a la inscripción registral. 6. Un sector de la doctrina ha intentado replicar esta interpretación señalando que: “el artículo 2022 del CC no es el único caso en el que dentro de una específica norma se ha dado una misma solución para dos supuestos distintos, basta ver, por ejemplo, el artículo 911 del CC, en donde dos supuestos distintos: posesión sin título y posesión con título fenecido, tienen una misma solución: serán posesiones precarias. Lo mismo puede decirse del artículo 161 del CC, en donde supuestos distintos: exceso de representación y defectos de representación, tendrán una misma solución: la ineficacia del negocio jurídico”, y, en el mismo sentido que: “(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica. (...) Piénsese en el caso del artículo 161° del Código Civil: tres supuestos diferentes del indebido actuar del representante (ausencia, exceso y abuso del poder de representación), tienen la misma consecuencia jurídica: la ineficacia del acto o negocio jurídico. Ahora piénsese en el caso del artículo 219 del Código Civil, ocho supuestos diferentes tienen la misma consecuencia jurídica: la nulidad del acto o negocio jurídico. Recuérdese ahora el artículo 333 del Código Civil, que contempla numerosos supuestos diferentes, que tienen una misma consecuencia jurídica: provocar la separación de cuerpos o el divorcio. (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022 termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro (...)”; sin embargo, no parece que tal argumento pueda compartirse, puesto que, los artículos 911°, 161°, 219° y 333° del Código Civil - como bien se ha señalado - contienen hipótesis autónomas, no contrarias entre sí, que llevan a la misma consecuencia jurídica, por el contrario, el artículo 2022° del acotado Código contiene hipótesis autónomas, contrarias entre sí, toda vez que, en su segundo párrafo se consagra una oración adversativa, vale decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal<sup>5</sup>, por lo que, la referida oración adversativa vendría a ser la

afirmación de que el conflicto entre derechos de diferente naturaleza o contenido se resuelve sin tener en cuenta el Registro (segundo párrafo del artículo 2022° del CC), apartándose como se aprecia de lo señalado en la afirmación principal, en la cual se consagra al Registro como criterio de preferencia (primer párrafo del artículo 2022° del CC). 7. Además, el criterio de solución no es la inscripción registral lo que se ve ratificado, si nos atenemos a lo que antiguamente se entendía por *ius commune* que era un Derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por un Derecho especial o particular<sup>6</sup>, siendo que, en el presente caso, ese Derecho especial o, más específicamente, esas reglas especiales, vendrían a ser las reglas registrales que, evidentemente, priorizan la inscripción, y que quedarían de lado para dar lugar a la aplicación del Derecho residual conformada por reglas generales. Lo afirmado es compatible con lo señalado por un sector de la doctrina cuando indica que: “(...) Respecto al concepto de ‘derecho común’, este alude efectivamente al Derecho Civil, pero no a todo él, sino a la parte general de personas, cosas y obligaciones – materia clásica desde el Derecho Romano -, pero con exclusión de las disposiciones o parcelas especiales de la regulación jurídica-privada. Así, por ejemplo, las normas privadas del derecho mercantil, agrario, minero, urbanístico, de propiedad industrial e intelectual, notarial, son en términos generales parte del ‘Derecho Civil’, pero jamás se considerarían ‘derecho común’, pues se reputan como especialidades dentro del tronco unitario. El contrato de riesgo compartido, regulado en la legislación minera por ejemplo, está comprendido, sin duda, en el ámbito general del Derecho Civil, pero no en el derecho común. (...) En conclusión, la referencia del artículo 2022°, segundo párrafo, a las normas del derecho común se entienden claramente circunscritas al denominado ‘Derecho Civil puro’ o ‘Derecho Civil general’, en la que no juegan las especialidades propias del registro, el cual se considera una especialidad dentro del Derecho Civil”<sup>7</sup>. De lo expuesto, se advierte que el Derecho Registral y las normas y los principios que lo contiene - regulado en gran parte en el Libro IX del Código Civil – no corresponden al llamado “derecho común”, puesto que, los efectos jurídicos de la inscripción constituyen una excepción o modificación de los principios generales del Derecho Civil puro. 8. Descartada la inscripción registral como criterio de solución para el conflicto entre el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito con posterioridad, corresponde determinar, entonces, cuál es el criterio de solución que se desprende de las disposiciones del derecho común. Nótese que la expresión “disposiciones” contenida en el segundo párrafo del 2022° del Código Civil se expresa en plural, por lo que, debe existir más de una norma que nos permita encontrar dicho criterio. 9. En nuestra opinión, tales normas del Derecho sustantivo son los artículos 949° y 1219° inciso 1 del Código Civil. Así, el artículo 949° del Código Civil establece que: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”; de donde se tiene que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es uno consensual, es decir, uno en donde la transferencia de la propiedad inmueble opera por el solo consenso legítimamente manifestado<sup>8</sup>, de manera que el derecho de propiedad sobre un inmueble surge a favor del adquirente aun cuando éste no haya inscrito su adquisición, por lo que, el comprador que ya se hizo titular del dominio – aun cuando sea sobre la base de un título no inscrito – puede oponerse a un embargante que pretende afectar un bien de tercero, y no de su deudor. 10. Siendo así, es imperativo invocar una segunda norma que nos permita resolver el conflicto en cuestión, y dicha norma es aquella que aparece contenida en el inciso 1 del artículo 1219° del Código Civil, según el cual: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado”; de donde

se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares) sobre el patrimonio del deudor, puesto que, es el deudor (y no otro) quien (con su patrimonio) debe procurar satisfacer la acreencia de su acreedor, en otras palabras, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor. 11. De lo expuesto, se evidencia que las “disposiciones del derecho común” a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil son las normas del artículo 949° y el artículo 1219° inciso 1 del Código Civil, que consagran, la primera, que un adquirente se hace de la propiedad con el solo consenso y, la segunda, que un acreedor no puede afectar bienes que no son de su deudor. 12. Por otro lado, las normas del derecho sustantivo deben interpretarse también de manera sistemática con las normas del derecho procesal o adjetivo, y en lo que respecta al proceso de tercería de dominio, el artículo 642° del Código Procesal Civil, señala que: “Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado”. De lo que se advierte que a nivel del derecho procesal civil el argumento de que solamente pueden afectarse los bienes del deudor y no de un tercero extraño a la relación jurídica obligatoria se refuerza, por lo que, no cabe embargos sobre bienes que no pertenezcan al deudor u obligado, siendo ello una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial, que implica que solo el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; máxime si como bien se ha señalado en doctrina: “la oposición de terceros en la ejecución (como gusta llamarla Montero Aroca) o tercería de ‘propiedad’ (como la llama hoy nuestro CPC) tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo: solo los bienes del deudor (o de terceros ‘responsables’) podrán servir de bienes-instrumentos para la satisfacción del interés del acreedor, mas no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria”. 13. En este orden de ideas, es de señalar que de una lectura integral de las normas procesales referentes a la tercería de dominio, como son los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil, se establece que un propietario puede lograr desafectar un embargo con la sola presentación de un documento de fecha cierta que sea anterior a la traba del referido embargo, por lo que, no se requiere que el título de propiedad se encuentre registrado, bastando solo que el propietario no inscrito pruebe su derecho con documento fehaciente para que pueda desvincular su bien de la posible ejecución. 14. Ahora bien, una posición contraria a lo señalado, esto es, de adoptar como criterio de solución del referido conflicto a la inscripción en los Registros Públicos implicaría que la tercería de propiedad pierda funcionalidad y que solo sirva para ventilar conflictos sobre bienes muebles, puesto que, las tercerías sobre bienes inmuebles serían declaradas improcedentes liminarmente, ya que, no habría manera de que el propietario no inscrito pueda vencer al embargante inscrito, a pesar de que el primero muestre algún documento fehaciente de fecha cierta de que ha adquirido la propiedad del bien inmueble materia de litis antes de la traba del embargo. Es de señalar que esta posición contraria no se condice con los artículos 533° al 536° del Código Procesal Civil que regulan la procedencia del proceso de tercería para levantar embargos sobre “bienes”, no discriminando si deben ser muebles o inmuebles<sup>13</sup>, por lo que, no se puede distinguir donde la ley no distingue, máxime si no hay razones objetivas para ello. 15. Además, la tercería de propiedad es un mecanismo de tutela contra los embargos indebidos, esto es, aquellos embargos que han sido trabados sobre inmuebles cuya titularidad no es del deudor (como debería corresponder), sino de un tercero extraño a la relación jurídica que subyace entre el acreedor y el deudor, ello se advierte del mismo tenor del artículo 624° del Código Procesal Civil, el cual señala que: “Cuando se

acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso, si la medida no se hubiera formalizado”. 16. A lo anterior debe agregarse además, que la posición que adopta por preferir al propietario no inscrito que cuenta con documentación fehaciente de fecha cierta que acredite que su adquisición es anterior a la traba del embargo, no solo es una posición que se ajusta a la legalidad, esto es, que es concordante con nuestra normativa tanto civil como procesal civil; sino también, que guarda una adecuada coherencia con su respectivo mecanismo de sanción y desincentivo como, por ejemplo, ante los supuestos de connivencia entre el tercerista y el demandado deudor, no solo se sancionará con una multa solidaria no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (URP), más el resarcimiento de daños y perjuicios, y costos y costas que deriven del proceso, sino que además el Juez remitirá al Ministerio Público las copias certificadas de los actuados pertinentes a efectos de que se ejerza la acción penal correspondiente, de conformidad con el artículo 538° del Código Procesal Civil. Asimismo, debe puntualizarse que el acreedor mantiene incólume sus remedios o mecanismos de tutela contra su deudor como es la acción pauliana o la acción de simulación, entre otros, por lo que, o se ajusta a la verdad cuando se sostiene que la preferencia por la propiedad no inscrita desprotegería al acreedor embargante. 17. Son estas las razones por las que se considera que en el conflicto entre derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito posteriormente, ha de prevalecer el primero. 18. Que, sin perjuicio, de lo expuesto considero también oportuno mencionar que debe tenerse en cuenta que los planteamientos doctrinales en temas como el presente pueden cambiar en el tiempo, así que soy consciente que se pueden formular nuevas reflexiones con respecto a este planteamiento de la oponibilidad de los derechos en cuestión, por lo que, ninguna cuestión importante en Derecho deja de generar problemáticas. 19. Con tales precisiones suscribo el presente voto. CARMEN YLEANA MARTÍNEZ MARAVÍ

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

Aunque coincido con el voto de los señores magistrados debo hacer las siguientes precisiones: 1. He sostenido la prevalencia del embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. Tal tesis ha sido descartada en el Pleno Casatorio Civil desde una visión que considera que la expresión “derecho común”, utilizada en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, prescinde del registro público como medio de solución del conflicto de derechos. 2. Estimo que el referido dispositivo permite una lectura distinta a aquella de considerar que la expresión: “Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”, solo puede aludir a la clasificación de derechos reales y obligacionales, y a una supuesta prioridad del primero. No desconozco la importancia de esa sistematización ni tampoco la diferencia entre ambos derechos. Bastaría solo tener en cuenta el notable texto de Giuseppe Grosso para recordarlo. Lo que he expresado y expreso es que para interpretar la última parte del artículo 2022 del código civil es posible no tenerla en cuenta. Es verdad que se ha señalado que ello no es posible por la voluntad expresa del legislador. Pero ¿cuál es dicha voluntad?, ¿la de todos los legisladores en su conjunto?, ¿la de los que votaron por la promulgación de la norma?, ¿la de algún legislador en especial?, ¿acaso –como se ha dicho- la fijada en la Exposición de Motivos? ¿Es la Exposición de Motivos fuente única, inatacable que debe provocar el letargo interpretativo? 3. Asimismo, opino que el término “disposiciones del derecho común” nos conduce de manera inevitable a utilizar la vía registral. 4. Dos criterios sirven de base al razonamiento que propongo. En principio, la existencia de un lenguaje polisémico que evita interpretaciones oficiales y

explicaciones definitivas del texto jurídico, y que más bien genera multiplicidad de significados. Interpretar –en los términos de Riccardo Guastini, pero no solo de él- antes que descubrir un significado existente es asignar un sentido al enunciado normativo: el más apropiado, el que dote a la disposición de mayor eficacia, el que se sujete a un juicio de razonabilidad. El mismo Guastini ha indicado que no cabe confundir enunciado (disposición) con norma (atribución de significado del texto de la fuente), pues: “En Derecho, la interpretación es reformulación de los textos normativos de las fuentes”. 5. El segundo criterio tiene como razón de ser el firme convencimiento que las sentencias judiciales cumplen una función que excede el de los problema surgidos entre los litigantes. Las resoluciones judiciales también se proyectan a la comunidad para perseguir un efecto social<sup>5</sup>. Una sentencia responde a un debate concreto que debe resolver, pero también confirma, fortalece, modifica un programa económico y social al precisar las reglas que el legislador ha establecido para regular las relaciones de los individuos entre sí, y de estos con las entidades corporativas. Que la sentencia cumpla esas funciones se hace más evidente cuando el fallo es emitido por la Corte Suprema, pues entonces la entidad que se encuentra en la cúspide (vértice le dice Michele Taruffo) del aparato judicial, lo que quiere es uniformizar la jurisprudencia y ejercer su función nomofiláctica. En el primer caso, para evitar la anarquía jurídica que atente contra la unidad del derecho nacional, de suerte que se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica<sup>6</sup>. En el segundo supuesto, para lograr el “exacto significado de la ley”, en un determinado tiempo y lugar (lo que de paso descarta cualquier parálisis interpretativa). 6. El artículo 2022 del código civil dice lo siguiente: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. El debate se centra en la segunda parte del dispositivo. Así se ha señalado que, como el primer párrafo del artículo soluciona el problema desde la óptica registral, al no decirse lo mismo en el segundo párrafo del texto debe desecharse tal respuesta y buscarse una que atienda a la distinción entre derecho real y derecho obligacional, conforme lo ha entendido diversa jurisprudencia, fundamentalmente reiterando la distinción entre los derechos nacidos de una obligación y de carácter relativo (inter partes), pues sólo vinculan al acreedor con el deudor, y aquéllos posibles de oponerse a todos (erga omnes), de lo que seguiría su supuesta prioridad. 7. Discrepo de dicha interpretación, tanto porque la referida calidad erga omnes se refiere a un supuesto abstracto, como porque no hay ni legislativa ni conceptualmente razón alguna que permita sostener que uno de los derechos mencionados es superior al otro por su mayor grado de cuidado, no pudiéndose confundir el derecho subjetivo (real o de crédito) con la imposición de deberes a cargo de otros<sup>8</sup>. Esto es, que la protección sea general o relativa no origina una preferencia del derecho, más aún si el carácter relativo del derecho de crédito no significa que un tercero pueda lesionarlo y que no haya forma de tutela del afectado. Hay, además, otro punto que me lleva a rechazar el referido planteamiento: no veo ninguna razón por la que se deba concluir que porque no se alude a la inscripción registral en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, no pueda, después, utilizarse ésta. 8. En ambio, sostengo que debe asignársele un significado distinto a la expresión “disposiciones del derecho común”. Afirmo que cuando el enunciado normativo utiliza dicho texto quiere decir que deben aplicarse las disposiciones que el código civil (derecho común) utiliza para resolver casos similares, no refiriéndose en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito. 9. En esa perspectiva, se observa que el ordenamiento civil tiene casos similares de conflictos entres derechos.

Así, en el artículo 1708 del Código Civil, el legislador prescribe que el derecho de propiedad por enajenación del bien arrendado cede ante el arrendamiento si este estuviese inscrito. En dicho caso “el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador”<sup>11</sup>. Asimismo, un artículo posterior al 2022 del Código Civil, que sirve como respaldo a la tesis de prioridad del derecho real sobre el de crédito, desmiente tal hecho, pues indica que: “Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad”. 10. Por consiguiente, la tesis que el derecho real debe primar sobre el derecho de crédito no se sostiene: (i) Desde el artículo 2022 del Código Civil porque se trata de norma de remisión cuyo contenido se fija desde las otras formas de solucionar el conflicto fijadas en el código; (ii) Desde la clásica distinción entre derechos reales y obligaciones porque ella forma parte del presupuesto de la primera parte del segundo párrafo del artículo 2002 del Código Civil, pero no de su consecuencia; y (iii) Desde el propio articulado del Código Civil porque en algunos casos (artículos 1708 y 2023) el derecho de propiedad cede al derecho de crédito. En estos casos, la norma similar es perfectamente compatible de utilizar, pues en ambos supuestos hay: i) conflicto de derechos; y, ii) tal conflicto es uno entre derecho real y derecho de crédito, precisamente lo que es materia de este debate. Si el “derecho común” opta por una solución en casos similares ¿por qué en el supuesto del artículo 2022 debe optar por otra? 11. Tal interpretación, como se observa, encuentra sustento en el propio enunciado normativo, pero además atiende a la mayor eficacia de la norma y a los objetivos funcionales que debe cumplir. ¿Favoreciendo a la tercería de propiedad se logra esa eficacia? Considero que no; por el contrario, por una parte, el mensaje que se ofrece al propietario es que su propiedad puede permanecer en la informalidad; de otro lado, lo que se le dice al ciudadano es que la información que el Estado le brinda en el sistema registral no le sirve de auxilio para la tutela de sus derechos, a pesar que la ley le impone la presunción de conocimiento absoluto y que lo allí expuesto solo debe descartarse en los supuestos de mala fe. 12. Hay que reparar que el legislador quiere otorgar seguridad jurídica y fomentar la circulación de los bienes, de manera que los actos jurídicos celebrados no puedan después ser cuestionados y, en su caso, invalidados. 13. Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la debe otorgar los datos que brindan los Registros Públicos; de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Son, por lo tanto, los principios de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para remediar estos conflictos. 14. En ese orden de ideas, cuando el embargo se encuentre inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia, esto es, la parte que es acuciosa en el cobro de su crédito y se asiste de los datos que le proporcionan los Registros Públicos no puede ser preterida para favorecer al negligente titular de un derecho real que no supo cautelarlos; ni mucho menos pueden desdeñarse las inscripciones registrales que han sido establecidas precisamente para asegurar el tráfico económico, invocando una presunta prioridad de un derecho real que no se encuentra protegido por la publicidad que los registros le otorgan. En suma el derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto al legitimado registral aunque su derecho sea

uno obligacional. Para utilizar una frase de uno de los amigos de la curia: “La propiedad se reconoce cuando se conoce. 15. Lo expuesto en nada contradice que la transferencia de inmuebles opera bajo la simple consensualidad, conforme lo señala el artículo 949 del Código Civil, haciéndose la precisión que dicha norma regula una manera de transmitir la propiedad y no resulta útil para resolver los conflictos que pudieran suscitarse cuando se opone un embargo al referido derecho real. Tampoco supone rechazo del derecho de propiedad; por el contrario: la propiedad se fortalece cuando se formaliza, cuando se le otorga los cuidados necesarios para que no se vea afectada, cuando se la incorpora al mundo de las relaciones económicas. Una interpretación como la expuesta permitiría que las sentencias judiciales vayan moldeando un mundo económico que favorezca a todos, que estimule a la ciudadanía a la inscripción registral y que proteja debidamente a quien tiene el título de propietario evitando no solo litigios como el aquí debatido, sino también los derivados del mejor derecho de propiedad, reivindicaciones, nulidad de acto jurídico y otros. 16. Hay, sin duda, un activismo judicial en mi propuesta. Empero, la amenaza de un exceso judicial se ataja desde una interpretación posible del enunciado normativo; razonamiento que además parte desde la restricción literal de lo consignado en el artículo 2022 del código civil. Para utilizar una figura retórica de Pasco Arauco, estoy en contra de la “dictadura del crédito” pero también de la “prepotencia de la propiedad”; no creo tampoco en la santidad del dato registral, pues este siempre puede ser derrotado acreditándose la mala fe y así debe continuar. Pero es la buena fe la que se presume, tanto más que el embargo deriva de una decisión judicial y se impone para cautelar la ejecución respectiva; en buena cuenta, dicho mandato es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que supone se otorgue una respuesta debida para satisfacer las pretensiones de quien cauteló su derecho. 17. A pesar de las expresiones que he señalado, considero que debo suscribir el presente voto, pues las decisiones de un Tribunal y la de un Pleno deben atender a ideas de consenso. Es evidente que la tesis que planteo no es la que aceptan mis colegas, pero también queda claro -de las fundamentaciones que respaldan la decisión- que se ha advertido las limitaciones de una doctrina y de una práctica a favor de la propiedad. 18. Que el artículo 2022 del código civil genera problemas interpretativos, que la tercería de propiedad ha promovido maniobras fraudulentas, que el estado de la cuestión no es pacífico, que existen resoluciones judiciales que amparan una u otra pretensión ha sido precisado en esta sentencia plenaria<sup>16</sup>, que recoge tanto los debates académicos como las resoluciones discordantes y las propias expresiones de los amigos de la curia. Esta polémica hacía indispensable la realización de un Pleno Casatorio en el que pudiera optarse por la solución más saludable posible, lejos de cualquier unilateralismo conceptual o verticalismo doctrinario existente. 19. Convengo, por tanto, con la sentencia emitida por este Pleno Casatorio; hago mío los fundamentos por las que se recusa las unilaterales tesis a favor de la tercería de propiedad y aprecio que, un paso adelante, la sentencia recomiende actuar prueba que excluya la posibilidad de fraude y, otro paso más, señale que “futuros trabajos de reforma legislativa” deberán tener en cuenta que otras normas del código civil responden a este tipo de conflictos a favor del título inscrito. 20. Por ello, en consonancia con lo prescrito en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me aparto del criterio que expresé en la Casación 5135-2009-Callao y suscribo el presente voto. S. CALDERÓN PUERTAS

**CASACIÓN N° 2674-2003 AREQUIPA**

Lima, veinticuatro de agosto de dos mil cuatro.- SALA CIVILTRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: VISTOS; Con el acompañado, la causa número dos mil seiscientos setenticuatro guion dos mil tres, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos trece, por Servi Autos Sociedad Anónima, contra la sentencia de vista de fojas doscientos cuarentitrés, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, su fecha treintiuno de enero de dos mil tres, que resuelve revocar la sentencia número ciento treinta-dos mil dos, de fecha diez de setiembre del dos mil dos, que corre a fojas ciento setenta a ciento setenticuatro, que declaró infundada la demanda; reformándola, declararon fundada, en consecuencia, ordenaron la desafectación del inmueble ubicado en la avenida Bolognesi número ciento diez, Yanahuara, de propiedad de los demandantes, del embargo que el pesa sobre este; y los devolvieron; FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El recurso de casación ha sido declarado procedente por este Supremo Tribunal, mediante resolución de fecha veintiséis de noviembre de dos mil tres, obrante a fojas veinticinco del cuadernillo formado en esta Sala Suprema por la causal contemplada en el inciso segundo del artículo trescientos ochentiséis del Código procesal civil, esto es, la inaplicación de los artículos dos mil doce y dos mil catorce del Código civil, denunciando: a) que no se ha aplicado lo establecido por el artículo dos mil doce del Código civil que recoge los principios de publicidad y presunción jure et de jure, que ampara el derecho de la empresa recurrente y que rige los Registros Públicos, y por lo que todos los miembros de la comunidad conocen y saben de los actos jurídicos registrados en él, y en base a ellos realizan sus actos en vida social, siendo así, la aplicación de esta norma determina que la empresa recurrente, actuó de acuerdo a lo que aparecía en el registro; b) igualmente expresa que se ha inaplicado el artículo dos mil catorce del Código civil, que recoge el principio de la buena fe registral de quienes celebran actos jurídicos, al amparo de los antecedentes que obran en registros públicos, principio que es congruente con la necesidad de seguridad jurídica. En el caso de autos, la empresa actuó de buena fe de acuerdo a la información que aparecía en el registro; CONSIDERANDOS: Primero.- Que, la sola concurrencia de la voluntad de enajenar un bien inmueble mediante un documento cierto, hace al acreedor propietario del bien, la inscripción en los Registros Públicos solamente produce efectos declarativos mas no constitutivos del derecho mismo de propiedad, por lo que no se exige dicha inscripción para que la transferencia quede perfeccionada, desprendiéndose de autos que la adquisición de la propiedad por parte de los demandantes, está constituido en un documento público de fecha cierta, cual es la escritura pública del nueve de junio de mil novecientos noventitrés; Segundo.- Que, el artículo dos mil catorce se refiere a los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso de quien aparece en el registro con facultades para otorgarlo, supuesto distinto al caso de la inscripción de la medida cautelar trabada por Servi Autos Sociedad Anónima; pues en ésta no concurre la voluntad de los codemandados, y el conocimiento, respecto de la libre disposición que estos hayan tenido sobre dicho bien, sin que se afecte derechos de terceros, como es el caso de los demandantes; que si bien no cuentan con el amparo del principio de publicidad, han demostrado la adquisición del derecho de propiedad anterior al del embargo trabado; Tercero.- Que, asimismo el principio de prioridad, derivado del principio estipulado en el artículo dos mil doce del Código civil, se aplica cuando se trata de derechos inscritos de la misma naturaleza, en tal sentido dicho principio no rige cuando se tratan de derechos de distinta naturaleza; tal es el caso del crédito asegurado con embargo, ante el derecho real de propiedad

adquirido por los demandantes, lo que se constata al concordar la norma citada con el segundo párrafo del artículo dos mil veintidós del Código civil, que establece una excepción al principio de prioridad; en tal sentido, en caso que concurran un derecho real con otro de naturaleza distinta, como es el caso del embargo, prevalece el derecho real, aun este no haya sido debidamente inscrito; DECISIÓN: Estando a los considerandos anteriores y de conformidad con lo previsto por el artículo trescientos noventisiete del Código procesal civil: Declararon INFUNDADO el recurso de casación de fojas trescientos trece, interpuesto por Servi Autos Sociedad Anónima, en consecuencia NO CASARON la sentencia de vista de fojas doscientos cuarentitrés, su fecha treintiuno de enero del dos mil tres, CONDENARON a la recurrente al pago de las costas costos del recurso, así como a la multa de una Unidad de Referencia Procesal; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Francisco Carbajal Gorvenia y otro contra Servi Autos Sociedad Anónima y otros sobre Tercería de propiedad; y los devolvieron. SS. VÁSQUEZ VEJARANO, ROMÁN SANTISTEBAN, LAZARTE HUACO, RODRÍGUEZ ESQUECHE, EGÚSQUIZA ROCA.

### CASACION 5135-2009 CALLAO

A manera resumen, en el presente caso, podemos decir que el demandante, mediante minuta de compraventa, adquiere del titular “A” el bien sub materia. Posteriormente, un tercero acreedor del titular “A”, trabó una medida cautelar de embargo sobre el mismo inmueble, inscribiéndose en la partida registral respectiva. Por lo que se interpone una demanda de tercería de propiedad solicitando el levantamiento del embargo trabado. A criterio de la Corte Suprema, la solución la otorga los datos que brinda los Registros Públicos (principio de publicidad material, principio de legitimación y el principio de prioridad registral). Pues, el derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto a quien se asiste de los datos que le proporcionen los Registros Públicos y protege de manera eficaz sus derechos. De esta manera, nuestro Supremo tribunal no sería partícipe de la tesis que sostiene que el derecho real debe primar sobre el derecho de crédito. Aplicación de las disposiciones del “derecho común” Artículo 2022.- “(...) si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. Si bien el citado artículo del Código Civil no indica cuáles son esas “disposiciones del derecho común”, a criterio del Tribunal Supremo, ella no se refiere en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito, sino que implica observar casos similares en las que sí existen normas jurídicas que solucionan controversias como las presentadas (derecho real versus derecho obligacional). Así, de los artículos 1708 y 2023 del Código Civil se desprende que el derecho de propiedad cede al derecho de crédito atendiendo a los datos registrales. Es importante resaltar los siguientes considerandos: 10.4. (...) En el proceso en debate, la controversia gira en torno a determinar qué derecho debe favorecerse: el del propietario que tiene documento no inscrito aunque con fecha cierta o el del acreedor que tiene embargo inscrito registralmente. 10.11. (...) Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la otorga los datos que brinda los Registros Públicos, de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Es, por lo tanto, el principio de publicidad material, el principio de legitimación y el principio de prioridad registral a los que hay que acudir para solucionar estos conflictos (...) 10.12. En ese orden de ideas, cuando el embargo se encuentra inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los

principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia, esto es la parte que es acuciosa en el cobro de su crédito y se asiste de los datos que le proporcionan los Registros Públicos no puede ser preterida para favorecer al negligente titular de un derecho real que no supo cautelarlos (entiéndase inscribirlos).” Principalmente podemos señalar que esta sentencia casatoria usa el término diligente y la relaciona con el derecho de publicidad y legitimación para amparar el derecho del embargo inscrito vs. la propiedad, razonamiento criticable que no compartimos porque vacía de contenido al artículo 70[12] de la Constitución Política del Estado que protege inexorablemente a la propiedad, así como también, vacía de contenido al sistema declarativo del cual se basa nuestro ordenamiento jurídico que como ya sabemos no es necesario acceder al registro para gozar de la propiedad de los bienes adquiridos.

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

TÍTULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	Tipo de Inv.	INSTRUMENTOS
"Análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble y la seguridad jurídica a través de la inscripción registral"	¿El sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana, dada la dinámica de los tiempos actuales, garantiza la seguridad jurídica?	<b>Objetivo general</b> Analizar y establecer si el sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana garantiza la seguridad jurídica.	Dado que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana solo exige que el perfeccionamiento del contrato se realice bajo el acuerdo entre las partes (solo consenso), es probable que dichas transferencias no garanticen la seguridad jurídica buscada por el adquirente, y por el contrario generen riesgo, perjuicio, desconfianza y clandestinidad en el tráfico mobiliario.	Transferencia de propiedad inmueble Art. 949 y 1529 del Código Civil	Criterios adoptados en la jurisprudencia nacional	El tipo de investigación es cualitativo y el diseño dogmático argumentativo.	- Ficha de análisis de contenido - Ficha de observación.
		<b>Objetivo específico 1</b> Analizar los criterios adoptados en jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de propiedad inmueble	Los criterios adoptados en jurisprudencia peruana se dividen en dos posiciones.- el primero sostiene que el sistema de transferencia de propiedad inmueble debe conservarse, por otro lado la segunda posición sostiene que la necesidad de realizar una modificar ese modo de transferencia de propiedad inmueble, esto bajo la a del título y modo,		TÉCNICAS		
		<b>Objetivo específico 2</b> Analizar el tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica	El tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada esta sesgado a favor un sistema constitutivo de derechos, con ello lo que se pretende es generar mayor seguridad jurídica. Propugnan el sistema del título y modo.		Tratamiento de la legislación comparada		- Análisis, comparación e interpretación
<b>Objetivo específico 3</b> Proponer las medidas necesarias para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice mayor seguridad jurídica.	Dado que no existe uniformidad en nuestra jurisprudencia, es necesario una modificación en su regulación, por ello, proponemos modificar el artículo 949 ° y 1529° del Código Civil, en el sentido que al igual como se establece para la celebración del contrato de donación, se imponga como requisito de validez del contrato de compraventa que este se celebre por escritura pública y se perfeccione con su inscripción en los Registros Públicos cuando se trate de bienes inmuebles.						

## TITULO DEL ARTÍCULO

“SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y LA SEGURIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL”

**AUTOR:**

**Edgar Sacachipana** (\*)

## RESUMEN

La propiedad es aquel poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En el caso de la propiedad inmueble para concretar su transferencia, nuestra normatividad solo exige el acuerdo de las partes, razón que consideramos insuficiente, por ello, el objetivo de la presente investigación fue analizar si nuestro sistema traslativo de propiedad inmueble garantiza la seguridad jurídica esperada por las partes. Se concluyó, para tal efecto, que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble dado que solo exige que el perfeccionamiento del contrato se realice bajo el acuerdo entre las partes (solo consensu), es probable que dichas transferencias no garanticen la seguridad jurídica buscada por el adquirente, y por el contrario generen riesgo, perjuicio, desconfianza y clandestinidad en el tráfico mobiliario. Se aplicó el método cualitativo, en razón a que se procedió mediante técnicas de análisis y la observación.

**PALABRAS CLAVE:** Inscripción registral, inmuebles, propiedad, seguridad jurídica, sistema de transferencia.

## ABSTRACT

Property is that legal power that allows to use, enjoy, dispose and claim a good. In the case of immovable property in order to concretize its transfer, our regulations require only the agreement of the parties, which is why we consider it insufficient. Therefore, the objective of the present investigation was to analyze whether our system of property transfer guarantees legal certainty By the parties. To that end, it was concluded that our system of transfer of immovable property, since it only requires the perfection of the contract to be carried out under the agreement between the parties (consensual only), it is probable that such transfers do not guarantee the legal certainty sought by the Acquirer, and on the contrary generate risk, prejudice, mistrust and clandestinity in the furniture traffic. The qualitative method was applied, due to the fact that it was carried out using analysis techniques and observation.

**KEYWORDS:** Registration, real estate, property, legal security, transfer system.

## I. INTRODUCCION

La propiedad inmueble dentro del sistema de transferencia será siempre un tema bastante discutido y polémico, pues existen posiciones enfrentadas tanto a nivel de

---

\*Bachiller de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, escuela profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano – Puno.

doctrina como jurisprudencia, los cuales han generado la inexistencia de uniformidad legal en su aplicación. En efecto, día tras día vemos una gran cantidad de transacciones comerciales en materia de propiedad inmueble, muchas de las cuales, se refieren a transferencias de bienes inmuebles celebradas bajo el solo consenso de las partes contratantes.

Por ello, es importante analizar si nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, dada la dinámica de los tiempos actuales, garantiza la seguridad jurídica esperada por las partes. Asimismo, analizar los criterios adoptados en la jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de la propiedad inmueble, como es el tratamiento del sistema de transferencia de la propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica y, qué medidas se debe aplicar para contar sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice seguridad jurídica.

Dentro de ese marco, nuestro objetivo fue: Analizar y establecer si el sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana garantiza la seguridad jurídica; y, *de manera específica*: **a)** Analizar los criterios adoptados en jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de propiedad inmueble, **b)** Analizar el tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada para garantizar la seguridad jurídica y, **c)** Proponer las medidas necesarias para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice mayor seguridad jurídica.

Nuestra hipótesis fue: Es probable que el sistema de transferencia de propiedad inmueble no garantice la seguridad jurídica, y por el contrario generen riesgo, perjuicio, desconfianza y clandestinidad en el tráfico mobiliario; y, *de manera específica*: **a)** Los criterios adoptados en jurisprudencia peruana se dividen en dos posiciones.- el primero sostiene que el sistema de transferencia de propiedad inmueble debe conservarse, es decir, sostiene que para celebrar un contrato de compraventa de un bien inmueble es suficiente el solo consenso, y por el contrario, la segunda posición sostiene la necesidad de realizar una modificación en el modo de transferir un bien inmueble, el cual debe darse en dos momentos (sistema de título y modo). **b)** El tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada esta sesgado a favor un sistema constitutivo de derechos, con ello lo que se pretende es generar mayor seguridad jurídica. **c)** Es necesario una modificación en su regulación, por ello, proponemos modificar el artículo 949 ° y 1529° del Código Civil, en el sentido que al igual como se establece para la celebración del contrato de donación, se imponga como requisito de validez del contrato de compraventa que este se celebre por escritura pública y se perfeccione con su inscripción en los Registros Públicos cuando se trate de bienes inmuebles.

Ahora bien, la presente investigación consideramos importante porque nos permite conocer cuál es la transcendencia o magnitud que puede ocasionar optar por un sistema de transferencia de propiedad inmueble bajo el solo consenso, cuanta seguridad jurídica nos brinda este modo de adquisición de dominio. A partir de dicho análisis, proponemos adoptar un sistema de transferencia basado en un registro constitutivo, que distinga – con suma claridad – el título y modo, para ello rescatamos lo establecido en el Derecho Comparado.

Por otra parte, merece señalar – brevemente – los antecedentes investigados con relación a la presente investigación: **1)** lo señalado por Herbet Huanca Quispe (2012), el cual se enfoca en la oponibilidad erga omnes del derecho de propiedad, **2)** Luis Eduardo

Aliaga Blanco (2012), dicho autor se enfoca en el costo que ocasiona inscribir un bien inmueble, **3) Jorge Alberto Beltrán Pacheco (2001)**, analiza la venta de bien ajeno con relación a la transferencia de inmuebles, **4) Sergio Moisés Figueroa Cercedo (2010)**, analiza nuestro sistema de transferencia desde el punto de vista económico, y **5) Jorge Vicente Timoteo Linares Carreón (2010)**, el cual analiza nuestra jurisprudencia contradictoria referido al sistema de transferencia.

## II. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

### **Respecto al objetivo general:**

Para poder analizar y establecer si el sistema de transferencia de propiedad inmueble adoptado en la legislación peruana garantiza la seguridad jurídica se tuvo que aplicar un enfoque cualitativo, en razón a que se procedió mediante técnicas de análisis y la observación de la ley, observación indirecta de la doctrina y jurisprudencia referido al tema de investigación. El ámbito de estudio fue la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

### **Respecto al primer objetivo específico:**

Para analizar los criterios adoptados en jurisprudencia nacional respecto a la transferencia de propiedad inmueble aplicamos un enfoque cualitativo, esto es, mediante el método de acopio de información. El análisis fue realizado en la Casación N° 3671-2014 (Lima), Casación N° 2674-2003 (Arequipa), Casación N° 5135-2009(Callao), cuya técnica utilizada en la investigación fue la observación indirecta e interpretación de la base jurisprudencial antes citado.

### **Respecto al segundo objetivo específico:**

Para analizar el tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada, al igual que el primero, aplicamos un enfoque cualitativo, es decir, mediante el método de acopio de información. La técnica utilizada fue la observación indirecta. Cabe indicar también, que para analizar el tratamiento en la legislación comparada, se ha tenido como ámbito de estudio el sistema Alemán, australiano, Francés y Argentino. Dichos sistemas nos permitieron tener una idea más clara respecto al modo de transferir un bien inmueble.

### **Respecto al tercer objetivo específico:**

Para proponer las medidas necesarias para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble que garantice mayor seguridad jurídica, fue necesario examinar – previamente – los dos objetivos antes mencionados, es decir, primero realizar un analices de nuestro sistema de transferencia y después analizar el tratamiento en la legislación comparada. Por lo tanto, el enfoque fue cualitativo, en razón a que se procedió mediante las técnicas de analices y la observación indirecta, asimismo, se ha tenido en cuenta el analices de los artículos 949 y 1529 del Código Civil, a efectos de proponer su modificación.

## III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Para poder alcanzar nuestros objetivos señalados precedentemente, realizamos un análisis de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, teniendo en cuenta el Código Civil de 1852, Codicio Civil de 1936 y nuestro actual Código Civil de 1984. También analizamos – a manera de ejemplo – tres casaciones emitidas por nuestra Corte Suprema de Justicia y una de ellas calificada como precedente vinculante. Asimismo se

tiene en cuenta el derecho comparado, algunas de las cuales fueron y son base para los diferentes países de América Latina, y, a partir de ello, proponer una modificación referida al tema materia de investigación.

### **I. En cuanto a nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble.**

En primera instancia, decimos que el problema nace a partir de la primera codificación, esto es, desde el Código civil de 1852 el cual se ha extendido hasta la fecha, puesto que en dicho cuerpo normativo se recogió por vez primera un sistema que regularía la transferencia de propiedad inmueble importado del Código Napoleónico de 1804 el sistema denominado francés, del simple consenso o espiritual, por el que basta solo el acuerdo de las partes para dar por efectuada o transferida la propiedad de un bien inmueble. Esta adopción legislativa se ha mantenido en los dos Códigos Civiles subsiguientes, el de 1936 y el de 1984. (ESCOBAR, 1998)

Pues bien, al margen de lo que sostenga la doctrina, el hecho es que en nuestro Derecho Civil Patrimonial, cuando se trata de la transferencia de la propiedad inmobiliaria, es de aplicación el artículo 949° del Código civil, esto en concordancia con el artículo 923 del mismo Código sustantivo, el cual define al derecho de propiedad como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; debiendo ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Asimismo, el artículo 1529° del Código civil expresa que por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero. Respecto a esta definición, la compraventa presenta dos características: es un contrato obligacional, en el sentido de que la traslación de dominio es una consecuencia del perfeccionamiento del contrato; y, es consensual, porque requiere solamente el consentimiento de las partes.

Por lo tanto, decimos que la transferencia de inmuebles por compraventa resulta siendo de carácter consensual; habiéndose adoptado la teoría espiritualista de procedencia francesa; siendo suficiente que entre vendedor y comprador exista un acuerdo respecto a los elementos esenciales de la compraventa, para que este último se convierta en propietario del bien inmueble, no requiriendo de formalidad alguna (RAMIREZ, 2007). Debido a ello la transferencia de la propiedad se produce en un solo momento: únicamente con el título -la sola obligación de dar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él-; no existiendo como en otras legislaciones dos momentos (título y modo). (GONZALES BARRON, 2013). Por tanto, la inscripción registral en el Registro de la Propiedad Inmueble, no es obligatoria, siendo declarativa más no constitutiva de derechos (excepto en el caso de la hipoteca en el que la inscripción sí es constitutiva).

### **II. En cuanto al tratamiento de la transferencia de propiedad inmueble en la legislación comparada.**

Es importante tener un panorama abierto en cuenta respeta a nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble, por lo que con la presente investigación me he permitido consultar al derecho comparado con la finalidad de tener una idea más clara respecto al modo de transferir un bien inmueble.

#### **Alemania**

En Alemania el sistema de transferencia dominial, toma en cuenta profundamente el tema de la publicidad registral, no sólo con el objeto de resolver el problema de la

publicidad en estricto, sino también para brindar seguridad a las operaciones comerciales de inmuebles. El registro se convierte así en la prueba definitiva del derecho inscrito.

Al respecto, Salvat explica que en los países germánicos, respecto al valor de las inscripciones, se seguían dos sistemas: **a)** El principio de la fuerza jurídica formal de los libros territoriales: bastaba la inscripción en el libro para producir una modificación jurídica; y, **b)** El principio del consentimiento: por el cual era indispensable para operar un cambio jurídico en los libros territoriales, además de la inscripción, la manifestación de voluntad de las partes contratantes. Este sistema fue el que consagró la Ley Prusiana de 1872. (LINARES, 2010)

Siguiendo el segundo sistema, en Alemania cada inmueble se encontraba individualizado en una hoja territorial, en la que constan todos los negocios jurídicos referidos al bien. La hoja territorial se compone de un título y tres secciones. En el título se describe el inmueble; se indica el nombre del distrito donde se encuentra ubicado, si se trata de bienes rústicos, o el nombre de la calle y el número, si se trata de bienes urbanos; la naturaleza y el destino del predio; su venta o valor; el número que se le ha dado en el catastro; y las demás circunstancias que permitan su individualización.

Por lo tanto, en Alemania la propiedad no se transfiere bajo el solo contrato celebrado entre las partes, que sólo – valga la redundancia – otorga un derecho de carácter personal al adquirente (carácter real), sino, además se requiere su inscripción en la hoja territorial. Sin embargo, si ocurriera que la inscripción perjudica los derechos de alguno, el Estado o el culpable, si lo hubiera, indemnizará al perjudicado. La prescripción no funciona contra el propietario inscrito. Se considera que proteger la posesión clandestina por sobre la garantía pública del Registro, debilitaría su valor y comprometería su autoridad.

### **Australia**

A diferencia del sistema Alemán, el sistema australiano o conocido como el sistema Torrens es muy peculiar, Torrens vio los problemas que se suscitaban en las transferencias de inmuebles entre particulares, pensó entonces en un sistema por el cual interviniera el Estado en toda transferencia de propiedad. Por lo que construyó una ficción legal por el cual los inmuebles, al venderse, retornan al dominio del Estado, y éste los transfiere luego al comprador. Según señala Valiente Noailles, "en síntesis, todo el sistema Torrens tiene por fundamento el reemplazo de los antiguos títulos de dominio, por otros nuevos entregados y garantizados por el Estado, de modo tal que imaginariamente él recupera esas tierras cual si nunca hubiesen pertenecido a nadie y luego las otorga libres de vicio". (VALIENTE NOAILLES, 1958)

Cabe resaltar que si bien este sistema se estableció como facultativo para los particulares, en la práctica, dadas sus ventajas, su empleo se generalizó. El sistema exige la existencia de un catastro. Empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta de la reunión de actos parciales como consecuencia de cada inscripción. Asimismo, los títulos son estudiados concienzudamente por funcionarios especializados, que analizan el origen de los títulos, la legitimidad de la posesión, la ubicación del inmueble, su superficie, etc. A continuación se procede a la mensura del terreno por peritos, de acuerdo con los antecedentes reunidos. De considerarse procedente la inscripción, se verifican publicaciones en los periódicos, notificándose a los colindantes. Si se produce alguna

oposición, ésta se resuelve judicialmente, suspendiéndose el procedimiento registral hasta la resolución definitiva.

Como explica Romero Romaña: "las transferencias de dominio sobre inmuebles se verifican en forma muy simple, llenando los formularios del Registro con intervención del registrador y de un testigo. Cada inscripción produce el efecto de abolir los anteriores y se convierte en un título nuevo inatacable. Si se grava un inmueble con hipoteca, basta la simple anotación en los certificados, tanto del registro, como del propietario del inmueble". (ROMERO, 1947)

Desde el punto de vista económico, este sistema tiene la gran virtud de incrementar los negocios inmobiliarios, pues inspira plena confianza. Como expresó Torrens, para resaltar la bondad de su sistema: "El título de propiedad más excelente se asemeja a un lingote de oro, que cada vez que se trasmite hay que pesarlo y constatarlo, y para ello separarle un pedazo; pero una vez que este lingote se transforma en moneda legal, puede pasar de mano en mano sin deterioro ni pérdida de tiempo. El registro y la expedición del título es el equivalente a la acuñación de la moneda". (BULLARD G, 1991)

### **Francia**

El sistema francés o de la transcripción inicia su aplicación a partir de 1855, en virtud de la ley de 23 de marzo de ese año, dictada como consecuencia de que el sistema consensualista puro consagrado por el Código Napoleón de 1804 se había revelado como deficiente, suscitando diversas dificultades. (PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge, 1988)

El sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: **a)** La inscripción tendría por objeto hacer oponible los actos frente a terceros, **b)** El registro sería personal, **c)** Los actos celebrados inter vivos necesariamente deberían ser inscritos, **d)** La inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias, **e)** Los registros serían accesibles a todos los interesados en el inmueble, **f)** De un lado, se llevaría un registro de hipotecas y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

Cabe indicar que el sistema de transcripción fue modificado por el Decreto de 30 de octubre de 1935. Esta norma, así como la ley de 23 de marzo de 1855, fueron después derogadas y sustituidas por el Decreto de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicidad inmobiliaria. El sistema de la transcripción no es, por tanto, el vigente en Francia. Este sistema estableció que para la transmisión de un inmueble bastaba el simple acuerdo de voluntades. Sin embargo, para que la transferencia pueda producir efecto frente a terceros, era necesaria su inscripción. Asimismo, la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos ni impediría las acciones reivindicatorias.

### **Argentina**

Dentro del sistema jurídico argentino la tradición reviste una especial importancia. Se manifiesta como una exteriorización de voluntad tendiente a perfeccionar un contrato o a constituir un derecho real sobre la cosa entregada. Esa exteriorización posesoria – consagrado en el artículo 577 del Código civil – procura una forma de publicidad, la denominada "publicidad posesoria", término que se utiliza aun en aquellos casos en que la relación real es de mera tenencia. A ello se debe que se haya centrado la atención especialmente en este modo de adquirir el dominio, pues la existencia o no de tradición producirá, en principio, la apariencia y hasta la existencia misma del dominio.

Vélez Sársfield ha rechazado en forma expresa la posibilidad de transmisión por el solo consentimiento de las partes, así como la admisibilidad de la tradición escrituraria “o traditio cartae” (art. 2378 del Código civil). Esta forma de transmisión podrá convertirse en un ocultamiento al no traducir exteriormente el cambio de titulares posesorios, sirviendo de fuente a pleitos y perjudicando a su vez los derechos e intereses de los terceros ajenos al contrato que se encuentren en posesión de la cosa. (MARIANI, 2004)

### **III. En cuanto a la proposición de medidas para contar con sistema de transferencia de propiedad inmueble.**

Según lo vertido anteriormente, plantamos la necesidad de cambiar nuestro actual sistema de transferencia, en razón a los siguientes fundamentos: **a)** Tener un sistema jurídico de transferencia propiedad inmueble, que admita la teoría del título y el modo. De acuerdo a esta teoría (título y el modo), la transferencia de todo derecho de propiedad sobre los bienes se daría en dos momentos; primeramente, debe haber una causa que justifique la transferencia o el traslado del derecho de propiedad y, por otro lado, debe haber un hecho, medio o modo apto para trasladar tal derecho.

En este orden de ideas, Jorge Avendaño afirma que: “para analizar el tema de la transferencia de la propiedad es preciso distinguir entre título y modo. El primero es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva el contrato. Es también la causa jurídica de la enajenación del dominio [...] El modo es un hecho, que es consecuencia del título. Pero es el hecho determinante el (sic) que produce la traslación. Ciertamente es que dicho modo no puede ocurrir si no hay título”. (AVENDAÑO VALDEZ, 2001)

Por otro lado, tenemos que nuestro Código civil clasifica a los bienes en muebles e inmuebles. Tal vez, a primera vista, el tema de la clasificación de los bienes parezca inocuo o irrelevante ; pero muy por el contrario, es un tema de vital importancia en todo el sistema jurídico, puesto que, la forma de clasificación o el criterio que un determinado Código civil utilice para clasificar los bienes es de gran trascendencia para temas como el de la transferencia de los derechos sobre los bienes –tema que nos ocupa en esta oportunidad– y los tipos de las garantías que sobre los bienes se pueden constituir . (AVENDAÑO, 2000)

Ahora bien, el problema se origina básicamente por lo dispuesto en el artículo 949°, pieza fundamental en el sistema de la propiedad de este tipo de bienes, el mismo que prescribe lo siguiente: Artículo 949°.- La sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario. Cómo podemos ver el artículo nos dice que el sólo consentimiento es suficiente para transferir el derecho de propiedad. Asimismo, el artículo antes señalado se contradice con lo estipulado con el artículo 1529°, 1549° y 1567°: Artículo 1529°.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste debe pagar su precio en dinero. Artículo 1549°.- Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Artículo 1567°.- El riesgo de pérdida de bienes ciertos, no imputable a los contratantes, pasa al comprador en el momento de su entrega.

En efecto, de los artículos transcritos se desprende que: **1)** Del contrato de compraventa sólo se crean obligaciones: para el vendedor transferir la propiedad y para el comprador pagar el precio en dinero; pero en ningún momento se prescribe que el contrato por sí mismo hace al comprador propietario del bien materia de la venta; **2)** Es una obligación esencial del vendedor, aquél que transfiere el derecho de propiedad, el

perfeccionar la transferencia de la propiedad, lo cual alude nítidamente al modo o medio idóneo que perfeccionará la transferencia. Esto abona lo planteado anteriormente, pues la obligación creada por el contrato no es en sí misma suficiente para lograr la transferencia de la propiedad, hace falta algo más; **3)** En el artículo 1567°, se nota claramente la referencia a los bienes muebles, pero en el caso de los inmuebles, cómo considerar que un inmueble ha sido entregado, si el hecho mismo de entregar un bien acaso no supone desplazamiento, al respecto nos formulamos la siguiente pregunta ¿pueden los inmuebles desplazarse?

Por lo tanto, la contradicción es evidente. Por un lado tenemos el artículo 949°, que prescribe que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del bien objeto de la transferencia, mientras que los artículos 1529° y 1549°, nos señalan que no es así, que la obligación no es suficiente, que hace falta algo más, y que además eso corresponde, como obligación esencial de la transferencia, al vendedor.

Ahora bien dentro de la transferencia de bienes inmuebles debemos hacer una nueva distinción: cuando la transferencia es realizada a una sola persona y cuando el deudor se ha obligado a transferir la propiedad del inmueble frente a un universo de acreedores. En el primero de los casos tal vez no haya mayor inconveniente, puesto que sólo se trata de dos individuos y entra a tallar en este campo la buena fe objetiva, lo que nos lleva a manifestar que ambos contratantes están actuando leal y honestamente, y que el vendedor no será un mal vendedor, es decir, no transferirá nuevamente el derecho de propiedad (que teóricamente no tiene) a otro comprador dentro del mercado. (FERNANDEZ CRUZ, 1997)

Pero bien sabemos que no todos los agentes del mercado actúan conforme a la buena fe. Desde luego habrá un vendedor que timará a un incauto comprador transfiriendo un derecho que en teoría no tiene; en este caso nuestra visión debe cambiar, ya no se trata de una relación bilateral sino de un conjunto de relaciones intersubjetivas que entrarán en conflicto.

Decimos que no genera seguridad jurídica, porque al dejar el problema de la incoherencia sistemática entre los artículos 949° y 1135°, 2012°, 2013° y 2014° librada a la interpretación jurídica de nuestros magistrados, pueden obtenerse múltiples y muy dispares resultados ante los casos concretos, puesto que, las interpretaciones que se le pueden dar a dichas normas son también muy variadas; algunas de ellas de repente muy coherentes con el objetivo de brindar seguridad jurídica a las transacciones y la transferencia de los derechos que de dichas operaciones económicas se derivan; pero también pueden generarse criterios contrarios a dicho fin, porque nuestros jueces, muchos de ellos no ven más allá del expediente, puesto que, la gran mayoría de ellos tienen una visión diádica y no sistémica de los problemas jurídicos.

Al respeto, la inscripción de una compraventa en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble se realiza en mérito a la escritura que consta por instrumento público. En razón a ello el Notario o los interesados podrán inscribir el referido acto en la partida registral del inmueble transferido, por medio del parte notarial que contenga la escritura pública de la mencionada compraventa.

La importancia de la inscripción registral radica en la seguridad jurídica que brinda a la adquisición del bien inmueble, así el comprador (adquirente) que actuando de buena fe, adquiere a título oneroso el predio de una persona que en el registro aparezca con facultades para disponerlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su

derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del vendedor (transferente) por causas que no consten en los Registro Públicos.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Respecto a nuestro actual sistema de transferencia de bienes inmuebles, llegamos a la siguiente conclusión i) el sistema de transferencia de propiedad inmueble que ha adoptado nuestro país (solo consensus de las partes), propio de los sistemas jurídicos francés e italiano no es adecuado para nuestro país, no garantiza la seguridad jurídica, y más aún si tenemos un sistema registral facultativo en nuestro país, el cual incrementa la problemática puesto que el sistema facultativo constituye una de las principales limitaciones para acceso, desarrollo y actualización del Registro. Por tal motivo, es vital contar con un Registro que inspire confianza y seguridad en la ciudadanía, a fin que ésta acceda al Registro y, ii) un sistema de transferencia de propiedad inmueble bajo el simple consenso, implica clandestinidad, desincentivo de inversión económica, inseguridad.
2. Respecto a lo vertido por la legislación comparada, tenemos que existe una inclinación por hacer prevalecer los principios registrales y la buena fe. Por ello, la protección de la propiedad inmueble a nivel de la legislación comparada es mayor cauteloso en comparación con nuestra legislación nacional, el cual inspira una mayor dinámica y seguridad al momento de realizarse transferencias de propiedad.
3. Respecto a la proposición de medidas para contar con un sistema de transferencia de propiedad inmueble que genere mayor, decimos que existe una eminente necesidad de establecer Sistema Transferencia de Propiedad basado en la inscripción registral. Es necesario tener un sistema registras constitutivo de derechos, así la publicidad que en él se ofrece, otorga presunción de certeza del derecho inscrito, es decir, lo que aparece en él, es lo que en la realidad se presenta eso evitará problemas tan graves, como es el caso de la doble venta, o del tráfico de predios, pues como está estipulado en nuestro ordenamiento jurídico actual, aquellos que adquieren de quien aparece con derecho para hacerlo en los registros públicos, y no inscriben su derecho, corren el riesgo de que el primero vuelva a contratar con un tercero sobre el mismo derecho.

#### V. BIBLIOGRAFIA

- AVENDAÑO, F. (2000). *Reforma del Libro de los Derechos Reales en el Código Civil Peruano*. Lima: 1° Ed. Ediciones Juridicas.
- AVENDAÑO, J. (2001). *Clasificación de Bienes y Transferencia de Propiedad*. En AA. VV. *¿PORQUE HAY QUE CAMBIAR EL CODIGIO CIVIL?* Lima: 1° Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- BULLARD, A. (1991). Un mundo sin propiedad. Analisis del Sistema de Transferencia de Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Peru*, N° 45.
- DE LA PUENTE, M. (1996). Perfeccionamiento de transferencia de Propiedad. *Scribas*, N° 2.
- FERNANDEZ, G. (1997). *La obligacion de enajenar y el sisitema de transferencia de propiedad inmueble en el Peru*. Lima: THEMIS, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Catolica del Peru.

- GONZALES, G. (2013). *Los Derechos Reales y su Inscripcion Registral*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- LINARES, J. (2010). Analisis de la eficiencia del sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria mediante registro en el Peru, 2000-2009. Arequipa, Peru: No especifica, sin embargo se encuentra en la bibliotca de de UNSA.
- MARIANI, M. (2004). *Derechos Reales, tomo I*. Buenos Aires: Zavalía S.A.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. (1988). *Tratado Practico del Derecho Civil Frances, Tomo III*. Madrid: Civitas.
- RAMIREZ, E. M. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Editorial Rodhas SAC.
- ROMERO, E. (1947). *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Lima: Editorial PTeM.
- SALVAT, R. M. (1973). *Derecho Civil Argentino - Derechos Reales*. Buenos Aires: TEA, 5a ed. .
- VALIENTE, L. M. (1958). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.