



## ¡LO MÍO ES TUYO! CRÍTICA A LA “DOCTRINA”, ILEGAL E INMORAL, POR LA CUAL LAS DEUDAS DE UNOS SE PAGAN CON LOS BIENES DE OTROS

**Gunther Hernán Gonzales Barrón<sup>(\*)</sup>**

---

*Fecha de publicación: 01/10/2012*

### INTRODUCCIÓN

Publicar un libro o un artículo jurídico no se reduce a la exposición de las distintas reglas técnicas que componen una determinada parcela del ordenamiento jurídico, sino fundamentalmente en explicar el derecho desde una determinada concepción de la vida, de los valores, de la sociedad y, también, de la economía.

El gran profesor italiano Giovanni TARELLO habla de la “metajurisprudencia”<sup>1</sup>, esto es, que la teoría jurídica desarrollada por los juristas esconde una “ideología” o concepción determinada del mundo; por tanto, la ciencia del derecho es también “política jurídica”, es decir, todo el conjunto de acciones en orden a la creación de las normas cuyo fin es concretar y desarrollar esas ideas.

En este caso, y vistas las circunstancias de desviación doctrinal que se encuentra a cada paso en los trabajos de investigación que se publican en nuestro país, se hace necesario poner las cosas en su sitio y llamarlas por su nombre, sin ambages ni medias tintas. De esta manera tengo la esperanza – no vana, ciertamente- de superar doctrinas que sí esconden su perspectiva del mundo y del hombre.

---

<sup>(\*)</sup> Doctor en Derecho por la PUCP. Profesor de Derecho Civil de la PUCP, USMP y UIGV. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Notario de Lima, y Presidente de los Tribunales Administrativos de COFOPRI y SUNARP.  
[ggonzales@pucp.pe](mailto:ggonzales@pucp.pe)

<sup>1</sup> GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona 1999, pág. 32

La **dogmática pura** tiene una ideología que la subyace, que no es otra que el positivismo simplón en donde se rinde culto o veneración a la ley, y por el cual se busca mantener el *statu quo* propio de la época más negra del liberalismo, es decir, se pretende dejar las cosas tal como están ya que en la sociedad todo anda muy bien siempre que el Estado no intervenga o se entrometa lo menos posible. Por tanto, el Derecho se reduce solo a malabarismos conceptuales en torno a las reglas jurídicas<sup>2</sup>. De allí no se avanza.

Por el contrario, la **dogmática útil** es aquella que tiene fines u objetivos valiosos, por encima de la pura teoría. El Derecho pretende de esta manera lograr finalidades relevantes de orden social y económico, para lo cual se enlaza con los valores fundamentales del ordenamiento, tales como la justicia, la igualdad, la solidaridad, la seguridad, la paz social, el equilibrio de las relaciones patrimoniales, la prohibición de la arbitrariedad. En otras palabras, no importa tanto el formalismo normativo como la sustancia del mandato jurídico.

La construcción sistemática del Derecho no es un fin en sí mismo, como pretenden los cultores del positivismo rústico, pues incluso los más destacados partidarios de la dogmática jurídica admiten que las construcciones legales encierran valoraciones, es decir, se debe tomar en cuenta la variable funcionalista para no caer en la simple abstracción vacía de todo contenido. La importancia de la sistemática en el Derecho no puede ser sobrevalorada, pues el jurista siempre debe estar atento a los límites a los que está sometida la construcción jurídica de los conceptos; y el primer límite es **la necesidad de un control teleológico**<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Un ejemplo de esta doctrina conceptual, sin aporte de utilidad, puede verse en: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *Lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito*. EN: *Actualidad Jurídica*. Tomo 189. Agosto 2009. Pág. 58.

<sup>3</sup> “Un primer límite resulta del carácter teleológico de todo argumento sistemático correctamente entendido. Hay que tener en cuenta que el sistema no formula adecuadamente aquella valoración que, por ello, está en cuestión y que, por esa razón, se hace necesario siempre un correspondiente –al menos implícito- control teleológico acerca de si la premisa mayor o el concepto general, etc., tomado del sistema, refleja de modo adecuado y pleno el contenido valorativo de referencia. Así por ejemplo, solo muy condicionadamente es útil la frase, no raramente usada como argumento sistemático, que dice que en la adquisición por vía de ley no cabe la protección de la buena fe. Ciertamente se relaciona con la idea correcta de que la adquisición *ex lege* se realiza independientemente de la voluntad de la parte y que, por ello, carece generalmente de la necesidad de protección del tráfico que es imprescindible para la adquisición de buena fe, pero en su formulación va más allá de esa su ratio. Esto es peligroso porque de esta forma no se adecua a todos los supuestos de adquisición por vía de ley, ya que una transmisión *ex lege* puede en ciertas circunstancias ser también solamente el revestimiento técnico-jurídico de una (mediata) transmisión negocial”: CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Traducción del alemán de Juan Antonio García Amado. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 1998. pág. 119-120.

Pues bien, si los dogmáticos más sobresalientes del mundo jurídico están conformes en la necesidad que las construcciones legales no sean puro artificio conceptual, entonces no se comprende cómo en nuestro país se sostiene, involuntariamente en muchos casos, una simple abstracción teórica sin que en ella se verifique la función social o económica subyacente. En otras palabras, no se puede hacer dogmática pura sin correlato con la realidad. Sin embargo, los representantes del positivismo ingenuo creen que la sistemática y el conceptualismo son suficientes para interpretar la ley<sup>4</sup>, con lo cual adoptan una posición equivocada a la luz de la moderna Teoría General del Derecho, máxime cuando se trata de una concepción ya superada hace tiempo con la muerte del pandectismo alemán del siglo XIX.

Las normas jurídicas no son obras literarias o pictóricas sobre las cuales hay que especular sobre su belleza artística. Son, por el contrario, el instrumento para resolver diversos conflictos sociales y los consiguientes dramas humanos que de ellos se derivan. Por tanto, estamos ante un mecanismo arraigado en la realidad y de ella no puede desvincularse. Es fácil advertir que las normas resuelven un **problema social**, y no son el pretexto para un debate teórico. Los dogmas tienen su asiento en la religión, pero no en el derecho, cuya **función es resolver conflictos humanos en los que se debe ponderar los intereses en juego desde una perspectiva de valores**.

El conceptualismo puro, o el malabarismo jurídico, encierra una opción política peligrosa, cuál es, entretenerse en definiciones y clasificaciones, pero sin atender a fines valiosos. Es decir, estamos ante una corriente peligrosa, no por sus conceptos que en nada ayudan, sino porque busca mantener la situación dada y consagrar de esa manera el inmovilismo social y económico. En buena cuenta, este tipo de dogmática jurídica es muy del gusto de los poderosos y de las clases beneficiadas en la distribución de la riqueza pues se limita a consagrar el liberalismo más radical, encerrado en teoría neutra o ajena a la realidad. En efecto, el Análisis Económico del

---

<sup>4</sup> Así puede verse claramente en la injustificada crítica que se hace del art. 923 CC, por cuanto se refiere a un “poder jurídico” cuando en realidad se trata de un “derecho subjetivo”: Esta opinión no resiste ningún análisis, pues el legislador siempre está preocupado en resolver problemas reales y concretos. Su misión nunca es la de formular teorías o conceptos de pura abstracción. La función del legislador, así como la del juez, es muy distinta a la de la doctrina. Por tanto, deviene en superfluo hacer críticas a la ley por labores que corresponden a los profesores. ¿O se sigue pensando que la ley es un compendio o manual de derecho? Esa opción ya no es de recibo en la actualidad, pues el derecho legislado no es el pretexto para elucubraciones conceptuales. Por ejemplo, sería inimaginable que un legislador hable de “situaciones jurídicas de ventaja” o “situaciones inactivas”, pues se trataría de un lenguaje alambicado para un **texto normativo que regula la convivencia de todos**, y no solo de los abogados. Por tanto, es perfectamente admisible que en esos casos se hable de “derecho” o “deber”, que son términos expresivos y entendibles para la generalidad.

Derecho (AED) y el conceptualismo terminan juntándose en sus fines, pues ambos asumen la protección del más fuerte por medio del irrestricto respeto de la autonomía privada, por la santidad de los contratos y por la primacía del registro fuera de toda consideración de justicia material. Esa situación ya ha sido advertida por autores antiguos y recientes, por lo que vale la pena estar precavidos frente a las corrientes supuestamente inmaculadas o puramente teóricas<sup>5</sup>

Cómo dice TARELLO, si las teorías jurídicas son instrumentos prácticos, entonces es razonable preguntarse para qué sirve esa teoría. Por tanto, **la doctrina de los juristas no puede escapar de la crítica política**<sup>6</sup>.

## LA DOCTRINA DE “LO MÍO ES TUYO”

Supongamos dos casos que se producen todos los días en la vida real, y no en la fantasía de los libros de texto:

- i. A es un constructor que ha levantado un edificio del cual ya ha vendido todos los departamentos, pero que a pesar de los años transcurridos no ha podido independizarlos en el registro y menos aún se han inscrito las transferencias. Pues bien, un día la SUNAT decide embargar al señor A por una cuantiosa deuda tributaria ya que luego de la fiscalización se descubrió que había omitido incluir una serie de rentas. Recuérdese que A se mantiene como titular inscrito, por lo que el embargo se registra.
- ii. C es un empresario industrial que ante el impacto de la crisis global no encuentra mejor solución que dividir en dos su predio matriz y luego venderlo a los compradores D y E, respectivamente. Ahora bien, la licencia municipal de subdivisión de lote urbano demora más de la cuenta, por lo que se imposibilita la independización e inscripción de las ventas. Empero, los problemas económicos del empresario se agudizan y un Banco local traba embargo sobre el inmueble que no era de C, pues ya lo transfirió, pero que continúa a su nombre en el registro.

Según una reciente doctrina, **las deudas de unos se pagan con los bienes de propiedad de otros**. Ello ocurre así porque el registro sigue informando

<sup>5</sup> WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción del alemán de Francisco Fernández Jardón. Ed. Comares. Granada 2000. Pág. 402-403.

<sup>6</sup> GUASTINI, Ricardo. Op. Cit., pág. 36.

que la propiedad de los inmuebles corresponde a los deudores. Nada importa que en la realidad jurídica la transferencia se haya producido hace varios años, y por instrumento público, o que el comprador goce en forma notoria y manifiesta de la posesión del bien y, además, pague los impuestos que le correspondan por el mismo. Todos estos datos no se toman en cuenta y, por tanto, el mundo jurídico pretende ser reducido a lo que el registro diga. Todo lo otro es inútil actividad.

En buena cuenta, de esta forma se busca que un propietario pague las deudas ajenas, por el solo hecho de no contar con una inscripción a su favor. Esta doctrina puede denominarse: “**lo mío es tuyo**”, y se explica por sí mismo en el siguiente pasaje: “*en síntesis, podríamos decir que en el conflicto entre un derecho real (que cuenta con oponibilidad erga omnes) – como vemos, ambos, con igual armadura- vencerá aquel derecho que cuente con un instrumento capaz de desvirtuar la armadura señalada, nos referimos a la oponibilidad registral, siempre y cuando este mecanismo de tutela se haya conseguido mediante un actuar de buena fe*”<sup>7</sup>.

Según se sostiene, el embargo inscrito, por efecto del registro, es oponible a una propiedad no-inscrita de fecha anterior y fehaciente, con lo cual se diluye el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, aunque se diga que se le está “interpretando”. Los fundamentos para arribar a esa conclusión, arriesgada y temeraria, son básicamente los siguientes<sup>8</sup>:

- Oponibilidad *erga omnes* de un derecho de crédito.
- El rol trascendente que desempeña el crédito en una economía dinámica.
- La seguridad jurídica y la función del registro como dirimente para la solución de un conflicto entre situaciones jurídicas.
- Impedir que se inicie una ejecución sin resultado.
- Interpretación conforme a un legislador procesal consecuente.

Desde ya adelantamos nuestro rechazo a dicha tesis, no solo desde la perspectiva jurídica pues carece de base legal, sino que además constituye una **opción claramente inmoral** de un problema humano y concreto.

---

<sup>7</sup> RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *Análisis del conflicto entre derechos de distinto contenido que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito*. EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 190, Septiembre 2009, pág. 86.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pág. 81.

## UNA DOCTRINA QUE SE MANIFIESTA A SÍ MISMA COMO CONTRARIA A LAS CONSIDERACIONES MORALES

Normalmente el discurso jurídico esconde una ideología. Es el caso evidente del AED en donde se privilegia en forma clara y explícita los valores del liberalismo y de la eficiencia económica. Para ellos, si en una sociedad se ha producido una ganancia neta de 200 entonces hay más eficiencia y el resultado es beneficioso. No interesa que los pobres hayan perdido (-100) y un solo rico lo haya ganado todo (300), pues la diferencia siempre es favorable para la creación de riqueza y eso es lo único que cuenta en la sociedad. Por tanto, es una doctrina confesadamente sin moral y sin valores superiores al del simple cálculo costo-beneficio. En palabras de Ihering, con respecto a su histórica polémica sobre la patrimonialidad de la obligación, solo son relevantes “los intereses del bolsillo”.

Pues bien, el conceptualismo jurídico, pura arte de magia de las definiciones y de las clasificaciones sin utilidad alguna, normalmente no esboza la ideología que subyace en ella. Se esconde en una supuesta neutralidad valorativa que se construye sobre la base de conceptos y relaciones lógicas que se encuentran más allá del bien y del mal, fuera de los valores y de la moral. Sin embargo, desde hace mucho tiempo está claro que el conceptualismo de los pandectistas alemanes del siglo XIX solo servía para asegurar al individuo una esfera de soberanía individual ilimitada, lo que satisfacía los intereses propios del liberalismo<sup>9</sup>.

Pues bien, nuestros neo-pandectistas por simple copia, arropados sin querer en el economicismo jurídico, no tienen reparo en admitir su opción. Bien podría decirse, metafóricamente, que salieron del clóset. En efecto, de manera explícita escriben que la moralidad, o los conceptos subjetivos, como le llaman, no tienen cabida en la “Ciencia del Derecho”, que debe ser “abstracta”, “objetiva”, “neutra”, y que no se contamina con valores. Así se dice: “*Algunos juristas ponen por encima a la propiedad no inscrita, en mérito a consideraciones puramente subjetivas y sin que estas tengan sustento en las **normas jurídicas**. Así, en reiteradas oportunidades hemos escuchado decir que el derecho de propiedad es el derecho más importante o derecho fundamentalísimo entre los derechos subjetivos*”<sup>10</sup>. Algo más se agrega al mejor estilo kelseniano, por supuesto sin haber leído a Hans Kelsen: “*este tipo de consideraciones no pueden tener relevancia alguna a efectos de solucionar un conflicto entre situaciones jurídicas, para esto*

<sup>9</sup> LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona 1994, Traducción del alemán de Marcelino Rodríguez Molinero, pág. 66.

<sup>10</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit., Septiembre 2009. Pág. 76.

*están las normas jurídicas y aquellas subjetividades no encuentran concretización en ninguna de estas”<sup>11</sup>.*

**Esta es una opinión fuera de época.** En su concepción de las cosas, todo el siglo XX y la parte del XXI se ha congelado. Olvida, por ejemplo, que el Derecho ya no es más “un conjunto de normas jurídicas”, o que “las consideraciones subjetivas” no son un lastre. Está claro, por tanto, que estamos ante una concepción decimonónica, en donde el Derecho es pura norma, los fines no interesan y la Moral hay que mandarla a la Religión. Es decir, se trata de un conceptualismo-positivista desembozado, en donde los malabares con las normas son toda la labor que debe realizar un *buen* jurista. Aquel que pretenda hablar de los valores fundamentales de la sociedad o de la moral, entonces simplemente hay que descartarlo porque hace metafísica. Dicho artículo jurídico bien puede presentarse como un escrito del siglo XIX, y nadie se hubiera asombrado de ello, pues en él todavía no se ha desarrollado el constitucionalismo como corriente basada en valores y superadora del positivismo rústico. En suma, es difícil creer que a estas alturas de la evolución jurídica todavía se siga creyendo que el Derecho se reduce a reglas técnicas sobre las cuales se debe recrear la interpretación a través de postulados lógicos, y nada más.

Por otro lado, la incoherencia de la postura criticada es llamativa cuando sostiene que las consideraciones subjetivas son cuestiones superfluas y carentes de interés. ¡Y se olvida que nuestro alegato en defensa de la propiedad tiene sustento precisamente en la norma fundamental, cuál es la Constitución de 1993! Qué sepamos, y parece que todavía alguien lo ignora, la propiedad es un derecho constitucional y una garantía institucional contra los abusos del poder (artículos 2-16º y 70º). Por tanto, cada uno de nuestros argumentos tiene base normativa, pero también las de otro tipo (moral, filosófica, etc.). Por supuesto que el contradictor nada dice sobre la defensa de la propiedad como valor fundante de nuestro ordenamiento constitucional, y prefiere decir erróneamente que se trata de “consideraciones subjetivas”.

Pero la incoherencia llega a ser total cuando dicho autor critica el uso de argumentos morales o sociológicos por la parte contraria, pues eso “no está en las normas jurídicas” (¿y qué es la Constitución, entonces, una norma moral?); sin embargo, él mismo se llena de frases retóricas, éstas sí, sin ninguna base constitucional, legal o reglamentaria, si quiera. Así, tenemos consideraciones “tan objetivas”, y con un debido “sustento normativo”, tales como: “la oponibilidad erga omnes del derecho de crédito”, “la lesión

---

<sup>11</sup> Ibid., pág. 79.

del derecho de crédito”, “la economía moderna es la del crédito”, “el contrato crea la riqueza”, y muchas otras de ese tipo. Todavía seguimos buscando las normas jurídicas que concretizan esas subjetividades. Conclusión sobre este punto: **El discurso del derecho no puede prescindir de la moral y de otras cuestiones;** y hasta quienes lo critican lo terminan utilizando.

Incluso los filósofos del derecho partidarios de la separación entre derecho y moral están conformes en rechazar la alternativa de Hans Kelsen, negativa de las normas morales universalmente aceptables, por ser demasiado radical y relativista. Cabe siempre la posibilidad de aceptar un objetivismo ético cuyo punto de partida se encuentra en el deber de satisfacer las necesidades básicas (naturales y derivadas) dentro de un marco de libertad individual. En todo caso, *“las posiciones que postulan una separación entre derecho y moral se ven enfrentadas con serios problemas, tanto a nivel conceptual como práctico. Además, sobre el juspositivismo, entendido como ideología de la justicia, pesan todos los inconvenientes vinculados con un relativismo ético radical”*<sup>12</sup>. Los grandes debates contemporáneos del Derecho no asoman ni por casualidad en el artículo criticado, cuya única pretensión es la dilucidación de conceptos sin anclaje en la realidad social.

Por lo demás, hace tiempo que el modelo de positivismo ingenuo está superado, y con ello su culto a la ley. Es claro hoy, por ejemplo, que los jueces crean Derecho a través del sentido que se proyecta a los distintos enunciados prescriptivos y sobre los que se establece una interpretación. Por otro lado, toda creación normativa es susceptible de ser entendida como aplicación. *“En todo caso, tal vez el tema relevante a la hora de examinar la creación-aplicación sea el de la innovación. Es decir, de lo que se trata es de examinar si los jueces al crear normas innovan el sistema jurídico”*<sup>13</sup>.

A pesar de esa supuesta neutralidad en el manifiesto jurídico del opositor, empero, fácil es deducir que su discurso se reduce a defender la idea de que los acreedores deban cobrar sus créditos a cómo dé lugar, sin importar las razones del otro, e incluso ejecutando bienes comprobadamente ajenos, como ocurre cuando el Registro mantiene una información errónea sobre la titularidad del deudor<sup>14</sup>. Es una posición que, tras su “objetividad”, en

<sup>12</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Algo más sobre la relación entre derecho y moral*. EN: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.) *Derecho y Moral*. Ed. Gedisa. Barcelona 2003. Pág. 158.

<sup>13</sup> DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Razonamiento Judicial*. ARA Editores. Lima 2007. Pág. 173.

<sup>14</sup> “al ordenamiento jurídico no le queda más que reconocer el rol que el derecho de crédito cumple en nuestra realidad, reconocimiento que debe materializarse, primero, en una mayor tutela de la mencionada situación jurídica subjetiva”: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit., Septiembre 2009. Pág. 81.



realidad está pensada para favorecer a los poderosos que dan créditos y a las Administraciones Tributarias y Municipales sedientas de recursos de donde haya lugar. El ciudadano de a pie no tiene lugar en este debate aparentemente jurídico, pero en realidad ideológico. De esa manera, **todos estamos ahora en el peligro de perder nuestros bienes para que un acreedor cobre a costa de la razón, de la justicia y de la moral.**

Recuérdese nuestros ejemplos del acápite anterior en donde los propietarios no-inscritos se veían expuestos a la ejecución por parte de una deuda ajena; y en esos casos ¡el deudor es absolutamente inocente!, pues el vendedor no cumplió sus obligaciones de formalización y documentación. Póngase el caso en que el propietario no puede inscribir por las múltiples trabas del Registro, cuyas observaciones infundadas son cosa de todos los días para los sufridos usuarios, o cuando el acceso al registro resulta imposible en efectos prácticos para el propietario, ya que su costo es mayor al valor del bien. Así ocurre con las habilitaciones urbanas no concluidas, con las ventas sobre porciones no independizadas, con edificios sin declaratoria de fábrica, con transferencias sucesivas sin documentar, con posesiones consolidadas por usucapión pero que no acceden al título formal, entre otros múltiples casos. Imagínense que todos estas hipótesis quedarían al descubierto a través de una interpretación no moral del derecho, pues los propietarios verían en riesgo de perder el fruto de su esfuerzo, y ello solo porque ¡lo dice la doctrina italiana!

No debe olvidarse, por lo demás, una circunstancia importante y fundamental. Muchas veces los propietarios dejan de inscribir, no por falta de diligencia o porque lo hayan decidido en forma voluntaria. Es conocido que el ordenamiento jurídico no ha pensado en los más débiles, inocentes o ingenuos; y por ello el beneficio de la inscripción conlleva costos elevados y estándares de adecuación del título a la legalidad poco razonables. En un mundo real en donde es difícil acceder al registro, entonces muchos propietarios se alejan de él en forma involuntaria y no por falta de diligencia; específicamente por imposibilidad legal o económica. Pero, ahora, esos mismos pobres serán además expoliados sin atenuantes por el solo hecho de no inscribir.

¿Para beneficio de quién se configura esta “doctrina”? Pues, de aquellos que dan créditos sin precaverse de una garantía. En tal caso, si el acreedor también es negligente, ¿por qué se quiere cargar todo el costo de la operación en un tercero ajeno a la relación de crédito? Si el titular no-

---

Nótese que la terminología jurídica esconde una opción clara: ¡LOS ACREEDORES COBRAN SÍ O SÍ, AUN A COSTA DE TERCEROS NO DEUDORES!

inscrito es negligente por ausentarse del registro, ello no es más grave que la propia negligencia del acreedor que no quiso acudir al registro a constituir una garantía real. Entonces cabe preguntarse, ¿por qué la negligencia del poderoso y normalmente bien informado y asesorado no le cuesta nada? ¿Por qué la supuesta negligencia del propietario no-inscrito, normalmente un ciudadano común y corriente, si le debe costar que pierda su casa? No hay lógica para que el error de uno sea impune, y el error del otro no, a pesar de ser bastante más excusable por su situación personal.

La doctrina de “lo mío es tuyo” se fija en la paja del ojo ajeno (propietario no-inscrito) pero se olvida de la viga en el ojo propio (acreedor que no quiso constituir una garantía real). Una vez más se pretende que la soga se rompa por el lado más débil para beneficio del sistema financiero, cuyo accionar en nuestro país es bastante cuestionable frente al consumidor. A pesar de ello, se les pretende otorgar un privilegio más, y por el cual sus créditos podrán ser pagados con los bienes de otros. Es decir, una injusticia (la de un deudor moroso que no paga) se quiere solucionar a través de otra injusticia (la de satisfacer ese crédito con bienes ajenos). El Derecho, antes que conceptos y clasificaciones, es racionalidad, interdicción de la arbitrariedad y simetría. No hay nada más absurdo que corregir una injusticia con otra. Imagínense que la comisión de un crimen (de por sí un acto injusto) se repare con encontrar a cualquiera que pase por el lugar de los hechos como culpable (otro acto aún más injusto). La condena de un inocente es inaceptable jurídica y moralmente en el derecho penal; entonces ¿porque vamos a aceptar que un propietario inocente resulte con una condena indebida a efecto de pagar las pilladas de un deudor, con lo cual solo se logra satisfacer la ambición de un acreedor negligente que dio un mal crédito?

**No se puede opinar en una cabina de Internet o en la biblioteca con libros mal traducidos.** Hay que conocer los problemas reales de la gente y alejarse del laboratorio. En caso contrario, el resultado será una investigación jurídica con solo conceptos, pero sin utilidad social pues se ha olvidado de analizar el tema, no desde la lógica de las reglas (que tampoco la hay), sino desde lo alto de los valores fundamentales del ordenamiento que es aquello que nos une como sociedad y que le da sentido al Derecho.

Nuevamente traemos a colación al profesor TARELLO y la ideología que se esconde en la doctrina. Aquí, sin embargo, ésta se desenmascara sola y

sin necesidad de adornos<sup>15</sup>, ya que pretende expulsar la moral del derecho y ajustarse a las “normas”, pero con ello busca beneficiar al sistema financiero, que de por sí ya no necesita más privilegios<sup>16</sup>.

## LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA FUNCIÓN DEL REGISTRO

Es muy común la afirmación referida a que el Registro es un instituto destinado a otorgar seguridad jurídica a los derechos, ya sea para defender la adquisición realizada, ya sea para consolidar las transmisiones por realizarse. LACRUZ y SANCHO señalan que la finalidad primaria del Registro es la protección del tráfico y la agilización de las transacciones inmobiliarias, al suplir con una consulta las difíciles indagaciones sobre la titularidad de los bienes<sup>17</sup>.

Aquí entran en juego las disputas filosóficas: para unos debe primar la justicia representada por el “interés del propietario” de no ser despojado sin su consentimiento; para otros debe primar la seguridad jurídica representada por el “interés del tercero” de ver consumada su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, aunque el transmitente no hubiera sido el verdadero propietario. Se dice que hay un conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, pues el ordenamiento finalmente optará por una salida. En tal sentido, si el Registro es una institución de seguridad, entonces parece claro que éste debe optar, en la encrucijada, por el “interés del tercero”. Se dice que el valor inferior de la apariencia prima sobre el valor superior de la verdad como una medida desesperada para evitar los conflictos eternos o las dudas insuperadas. Eso mismo ocurre con la cosa juzgada, en donde se admite que una solución injusta pueda convertirse en definitiva para evitar un debate interminable; o en la prescripción extintiva de los derechos, por el que se puede beneficiar a un sujeto que incumplió la ley, pues de esa manera se impide que las pretensiones jurídicas puedan hacerse valer indefinidamente en el tiempo. Se dice entonces que la seguridad jurídica, como hermana menor, se impone en algunos casos por

---

<sup>15</sup> Seguramente es una postura ingenua del contradictor, pues ni siquiera piensa en los alcances de su doctrina. Pero el hecho objetivo es que se logra el efecto de beneficiar a los estamentos favorecidos. Su confusión llega al extremo de sostener que no ve con buenos ojos los privilegios a “los acreedores bancarios” (RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85, nota 62). Y si es así, ¿quién se beneficia con la doctrina en cuestión? Hay que concordar los medios (discurso) con el fin.

<sup>16</sup> El actual Decano del Colegio de Abogados de Lima, Walter Gutiérrez, ha dicho lo siguiente: “el sistema financiero peruano es uno de los más agresivos de la región, pues no existe una real competencia, tampoco hay verdadera transparencia e información, lo que permite la proliferación de cláusulas abusivas e irracionales en las operaciones con las tarjetas de crédito, pues abundan los cargos, las comisiones, los portes y otros cobros”: *La Ley. Periódico mensual de Gaceta Jurídica*. Número 22. Septiembre 2009. Pág. 13.

<sup>17</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho Inmobiliario Registral*, Bosch, Barcelona 1984, pág. 11.

razones de política legislativa, en cuanto se considera preferible, en ocasiones, que prime la simple apariencia por sobre la realidad jurídica.

Sobre el particular se opina lo siguiente: “*el Derecho deberá otorgar eficacia a la apariencia en favor de los acreedores que confiando en ella deciden iniciar un proceso y embargar bienes inmuebles que aparecen en registro como parte del patrimonio del deudor*”<sup>18</sup>. Esta postura busca privilegiar la situación del acreedor por encima del propietario, y para ello se sustenta en la “apariencia que otorga el registro”. Nuevamente aquí se opta por beneficiar a la llamada seguridad jurídica dinámica (del adquirente) por sobre la seguridad estática (del propietario).

El jurista alemán Víctor EHREMBERG propuso en 1903 hacer una distinción entre ambos conceptos. Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular, por lo cual si éste es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente<sup>19</sup>. Este concepto hizo fortuna y desde ese momento se le ha citado en forma reiterada, incluso en nuestro país, con el fin de justificar los importantes efectos que el Registro produce en beneficio del tercer adquirente de buena fe, en desmedro del propietario.

Así se habla de una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. En tal caso, se dice, la posición prevaleciente es la del tercer adquirente<sup>20</sup>.

En realidad, **no existen diferencias entre la seguridad estática y dinámica**. Eso es un simple juego de palabras sin ningún contenido. Con

---

<sup>18</sup> RONQUILLO. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85.

<sup>19</sup> Cit. GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario*, EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número Conmemorativo por el 50º aniversario de la reforma hipotecaria de 1944*, Madrid 1995, pág. 91.

<sup>20</sup> Con absoluta candidez se dice lo siguiente: “El registro nació en el Perú para solucionar problemas de aquella época mencionados, siendo el derrotero a seguir la protección de la **seguridad del tráfico**”: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. *Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado*. EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 177, Agosto 2008, pág. 74.

un ejemplo vamos a demostrar nuestro aserto: supongamos que A es propietario inscrito de un predio determinado, pero que lo ha vendido al señor B, quien no inscribe su derecho. Luego, C inicia un proceso judicial contra A y le embarga el bien que sigue a su nombre en el registro. Finalmente, C se adjudica en pago el bien que formalmente es de A, por virtud de la doctrina de “lo mío es tuyo”. En tal sentido, y según la ortodoxia registral, C cuenta con un interés prevaleciente al ser un tercero de buena fe. De esta forma tenemos configurada la reiterada milonga de la seguridad jurídica dinámica, favorecedora de la circulación de la riqueza y del tráfico patrimonial, lo cual conlleva que se tutele la situación jurídica de quien moviliza los bienes a través de la adquisición de los mismos (esto es, se prefiere a C), y se perjudica al propietario estático que no crea riqueza (esto es, A). Muchos escritores se sienten tranquilos con esta explicación y alaban la tesis del germano Ehremberg, por la cual aducen que el sistema patrimonial debe construirse a partir de la seguridad del tráfico. **Eso es un error grosero.**

Sigamos con nuestro ejemplo. El señor C está maravillado con la perfección del sistema jurídico peruano, pues jamás pensó que a pesar que el bien había sido transferido a B mediante una escritura pública, empero, se terminó validando su embargo y posterior adjudicación judicial. No obstante, B está decepcionado pues de manera injustificada, y sin que probablemente tuviese la culpa de ese hecho, resultó privado de su titularidad. Pues bien, hasta allí los teóricos de la “seguridad dinámica” se mostrarían conformes en asegurar las adquisiciones de los terceros que mueven la economía y crean riqueza.

Sin embargo, falta un pequeño detalle: al día siguiente, C es objeto de una falsificación a favor del señor D, quien seguidamente vende el mismo bien a E, el cual sin dudas es un tercer adquirente de buena fe con derecho inscrito en el registro (art. 2014 CC). Inmediatamente C, antes maravillado por el sistema legal peruano, invoca que la propiedad es inviolable y que nadie puede ser privado de su derecho por una falsificación. El antes entusiasta defensor de nuestro ordenamiento jurídico-registral, ahora se convierte en su principal detractor.

¿Cómo una persona puede estar a favor y en contra de una misma norma legal? La razón de ello es muy simple: el **antes adquirente**, beneficiado por la seguridad dinámica, resulta ahora un **propietario actual**, perjudicado por el concepto de seguridad estática. Es decir, todos los adquirentes se convierten en propietarios, y si en un primer momento la regla de privilegio de los terceros le puede ser favorable, sin embargo, cuando se encuentran en el segundo momento, y la rueda se ha movido,

entonces el sujeto pasa a ser propietario y su derecho se vuelve débil y vulnerable frente a un futuro tercer adquirente. En consecuencia, la seguridad dinámica favorece hoy al señor C, pero mañana fácilmente lo puede perjudicar por encontrarse dentro de la seguridad estática.

En suma, la seguridad dinámica no sirve para nada si no existe seguridad estática, pues resulta irracional que hoy ganes algo y mañana lo pierdas. Ningún tercer adquirente se conforma con solo eso; también necesita y requiere seguridad en la posición jurídica de propietario que ya obtuvo. Por tanto, el sistema jurídico exige seguridad dinámica y estática, ambas a la vez; pues no basta preferir una frente a la otra, ya que en tal situación la seguridad del adquirente se convierte en inseguridad absoluta del propietario. Recuérdese que el adquirente de ayer es el propietario de hoy; por tanto, en ambas posiciones requiere de seguridad y justicia.

Pues bien, una vez más estamos en presencia de un falso dilema que se desmorona por sí solo. La seguridad dinámica y la estática simplemente no existen; pues la protección del adquirente no acaba en ese momento temporal, sino que requiere la protección en la calidad de propietario. En caso contrario, se trataría de dotar de seguridad para un acto jurídico, pero al mismo tiempo se generaría zozobra e incertidumbre durante todo el tiempo de la situación dominical o propietaria.

La doctrina más atenta hace mucho tiempo que se dio cuenta de la inexistente dualidad entre ambos “tipos” de seguridad jurídica, pues en realidad se trata de las dos caras de una misma moneda que se encuentran en íntima vinculación e interdependencia<sup>21</sup>. En otras palabras, de nada sirve contar con seguridad dinámica si no se tiene seguridad estática.

El Registro no puede ser una excepción a esta compleja problemática, y si bien en esta materia se habla reiteradamente de la seguridad jurídica, lo cierto es que nuestro instituto **debe contar con una suficiente base de justicia que lo haga viable**, a efecto que las soluciones no se reduzcan a buscar la certeza por encima de todo, y terminemos privilegiando una justicia de menor entidad. Recuérdese que en las controversias propietarias siempre hay uno a quien el Derecho prefiere, pero también hay otro que es necesariamente perjudicado. Por tanto, decídase lo que se decida habrá alguien que se verá privado en su interés, y a quien el ordenamiento lo dejará con las manos vacías. El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras en el otro lado se encuentra el

---

<sup>21</sup> BOLÁS ALFONSO, Juan. *La documentación como factor de certeza y protección de los derechos subjetivos en el tráfico mercantil*. EN: BOLÁS ALFONSO (Coordinador). *La seguridad jurídica y el tráfico mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1993, pág. 44.

tercero que pretende confirmar su adquisición por haber confiado en una apariencia razonable, a pesar que el transmitente no es titular del derecho. Pues bien, para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista en aras de la simple seguridad jurídica (“solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto”). Si bien existe un “interés del adquirente” por consolidar la transmisión (a quien usualmente denominamos “tercero”), también existe un legítimo “interés del propietario” en conservar su derecho. En tal sentido, el lector debe quedar prevenido de buscar soluciones mágicas y dogmáticas<sup>22</sup>, pues se hace necesario repensar los intereses en pugna que se encuentran detrás de todo conflicto. La doctrina ha advertido con toda razón que el principio de la autonomía privada impide generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido rectamente, en tanto ello implicaría subvertir las bases mismas del Derecho Privado, ya que en tal caso se legalizaría sin más la extracción impune de bienes sin el consentimiento del titular<sup>23</sup>.

La seguridad jurídica, efectivamente, no implica una injusticia *per se*, pero tampoco puede admitirse que se proteja solo el interés exclusivo de una de las partes del conflicto y olvidemos todas las razones del otro lado, y para ello rechazamos la ilusión óptica de que “toda seguridad ya es justicia”. Por tal razón, **es necesario que el legislador mantenga un delicado equilibrio entre las posturas en controversia a fin de buscar la mejor solución según las circunstancias.**

En el caso materia de estudio terminan enfrentándose dos intereses, claramente antagónicos, uno, el del propietario; otro, el del acreedor. El primero quiere mantener el bien que ya adquirió, mientras el segundo quiere cobrar de cualquier forma, incluso si el bien no es del deudor. El legislador tiene que optar, y ya optó con toda evidencia a favor del propietario de fecha anterior con título fehaciente, aun no inscrito. El tema está suficientemente saldado con el segundo párrafo del art. 2022 CC.

Nótese lo importante que significa este tema en un país en el cual se ha necesitado expedir profusa legislación para formalizar los predios urbanos y rurales, y que a pesar de la cuantiosa inversión pública en esa materia aún

---

<sup>22</sup> Es muy fácil quedar impresionados con frases que parecen resumir una sabiduría supuestamente milenaria, y que se reduce a repetir adagios tales como: “primero en el registro, mejor en el derecho”, “el tercero de buena fe”, “la publicidad como seguridad jurídica”, etc. En realidad, el mundo real es mucho más complejo en detalles y pugnas valorativas, que no pueden encerrarse en dos o tres frases. A lo largo del libro quedará aclarado este punto.

<sup>23</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *La posesión de bienes muebles*, Ed. Montecorvo. Madrid 1979. Pág. 491.

no se culmina con ese proceso. Pues bien, si la situación de la propiedad en el Perú nos indica que existen muchos titulares, incluso inmemoriales, que no cuentan con inscripción en el registro, por lo que resulta comprensible que no se pretenda arrasar con los derechos adquiridos de todos ellos, incluso los que nacieron hace mucho tiempo. La propiedad es una meta acariciada por los ciudadanos, y una vez ubicado en ese sitio de dominio el propietario tiene a favor la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental. **Este punto de partida ya nos hace pensar que este último se encuentra en una posición valorativa superior frente al titular de una acreencia.**

En tal sentido es difícil justificar como un propietario puede perder su derecho a partir de una obligación que le corresponde a otra persona, ya que en ese caso se afecta un sentimiento natural de justicia y se invierte el orden valorativo natural, pues la tutela del crédito se convierte en preferente ante la tutela de la propiedad. Por tanto, existen fundadas razones de justicia conmutativa que sostienen la necesidad de proteger el interés del propietario por sobre el del acreedor. Nótese que las razones son de carácter social y económico, y no solo por respeto sacrosanto a los dogmas como “primero en el registro, mejor en el derecho” o “el registro da oponibilidad”.

El criterio del registro genera seguridad jurídica, pero no puede generalizarse ni tenérsele como la panacea para todos los males. Esa es una posición simplista e ingenua<sup>24</sup>. La vida social y económica es demasiado rica para limitarse a preferir el registro e ignorar todas las otras implicancias, valores e intereses que se encuentran en pugna en determinado conflicto humano; a lo cual debe agregársele la existencia de un substrato jurídico, económico y social. Por tanto, hay que estar prevenidos de aquellos que a pesar de sustentarse en mucha doctrina, sin embargo, al final de cuentas su discurso monótono y aburrido se circunscribe a las ventajas de la preferencia registral, y nada más. Debe recordarse que el registro es un formalismo, importante para la seguridad, pero jamás la ordenación de las relaciones patrimoniales lo deben tener como único criterio, pues como todo criterio formal tiene las graves desventajas de permitir fraudes y abusos, tolerar injusticias o iniquidades, o buscar soluciones simples a cuestiones complejas.

---

<sup>24</sup> En esa línea: “tratándose de inmuebles registrados, en caso de conflicto entre un derecho real y uno de crédito que recaen sobre tal bien, sucederá algo similar a lo anterior, esta vez la regla técnico jurídica que sucumbirá será aquella según la cual no puedo embargar bienes que no son de mi deudor”: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85.



Ya desde una perspectiva constitucional, o valorativa, el derecho de propiedad se encuentra en una posición jurídica preferente; y por supuesto la propiedad no-inscrita, de fecha cierta anterior, prevalece sobre el embargante inscrito. El art. 2022, segundo párrafo, CC desarrolla el principio constitucional de tutela de la propiedad.

## **EL ACREEDOR EMBARGANTE NO ES UN TERCERO REGISTRAL**

El Registro protege a los terceros adquirentes de buena fe, por lo que un punto previo del debate es dilucidar si el acreedor embargante es realmente un “tercer adquirente”. Si la respuesta es negativa entonces el debate carece de sentido.

El acreedor quirografario, que no cuenta con garantías, es titular de un crédito, esto es, de un derecho a exigir el cumplimiento por parte del deudor de una prestación de carácter patrimonial. Para asegurar dicho cumplimiento se ha establecido la **responsabilidad patrimonial del deudor**, es decir, que el íntegro de su patrimonio presente y futuro queda expuesto a la acción del acreedor.

Nótese que el acreedor quirografario, al momento de celebrar el contrato u otorgar el crédito, no tiene derecho alguno sobre un bien específico del deudor, pues en realidad solo cuenta con la denominada responsabilidad patrimonial o “garantía genérica”. Como dice la doctrina: *“con esta expresión se indica, de modo tal vez más directo, que todos los bienes comprendidos en el patrimonio del deudor aseguran una <garantía genérica> del crédito: donde <garantía> significa posibilidad de satisfacerse en caso de cumplimiento, y <genérica> significa que **el acreedor no tiene un particular derecho sobre este o aquel bien, sino un derecho de proceder a la ejecución forzada con respecto a cualquier bien embargable que se encuentre en el patrimonio del deudor**”*<sup>25</sup>.

Siendo ello así, el acreedor nunca es “tercer adquirente” pues por la propia naturaleza de su derecho éste no se concreta en algún bien. Por tanto, la opinión del contradictor está totalmente equivocada en tanto pretende otorgar la calidad de “adquirente de un bien” a quien nunca la tuvo, ni fue de su interés al momento de contratar. Bien podría decirse que de esa forma se otorga algo que el propio acreedor no pidió ni exigió.

---

<sup>25</sup> ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, Milán 2005, pág. 354.

Ni siquiera el acreedor embargante es “tercero” pues **para ello se necesita que un sujeto adquiera un derecho con base o sobre la confianza directa del registro**. En el caso del embargante su crédito no tiene relación alguna con la publicidad registral, ya que el préstamo se otorgó antes del embargo, y por la sola condición personal del deudor, sin que en ningún momento el crédito se haya condicionado a la garantía registral sobre un bien específico. En otras palabras, si yo adquiero un derecho (de crédito) al margen del registro, ¿por qué quiero ampararme en él?

El Registro protege a los terceros que adquieren derechos de buena fe confiados en la publicidad registral. El acreedor, y luego embargante, adquiere su derecho sin tener en cuenta el registro, pues el crédito lo otorgó al margen de éste. Por tanto, no puede prevalerse del registro ni se le reputa tercero. Un ejemplo termina por aclarar las cosas: supongamos que A es el propietario inscrito de un edificio, el cual en realidad pertenece al insolvente B con múltiples deudas. El citado edificio se cae y ocasiona serios daños al vecino C, por lo que se activa la responsabilidad civil por caída del edificio regulada en el art. 1980 CC. Pues bien, según la “lógica” de nuestro contradictor, C tiene derecho a considerar que A es el propietario del bien en virtud de la inscripción de la que goza y, por tanto, se convierte en un tercero que adquiere un derecho (de crédito), y en tal virtud puede acogerse a la apariencia del registro; y como la apariencia se tutela entonces se reputa como propietario formal al señor A, quien deberá asumir la obligación. La incongruencia se advierte rápidamente si tenemos en cuenta que C no adquiere el derecho confiando en el registro, ¿o acaso éste dejó caer el edificio sobre su cabeza pensando en la información registral? Así pues, resulta tan absurdo considerar tercer adquirente al acreedor que resulta de un daño extra-contractual, como ocurre con el acreedor embargante, pues ninguno de ellos adquirió el derecho (de crédito) en virtud a una relación directa con el registro o tomándolo como base. En otras palabras, ellos no contrataron por efecto del registro, y siendo ello así no son terceros adquirentes con protección registral. La cuestión es clara y simple.

En línea de resumen puede señalarse que la mejor doctrina sostiene que el tercero a efectos registrales debe contar con los siguientes elementos:

- i) Es aquel sujeto **ajeno a un hecho jurídico contradictorio**, que puede ser un negocio no-inscrito o un negocio inscrito pero cuya causa de nulidad no es conocida.
- ii) Es aquel sujeto que consuma una adquisición con la base directa del registro, es decir, dicho tercero actúa confiado en la información registral y por ella decide contratar. Por tal motivo, no se incluye en

este ámbito a la persona que adquiere un derecho sin tomar en cuenta el registro, pues celebra el acto de disposición con prescindencia objetiva de las situaciones jurídicas inscritas. “*La confianza tutelada por la norma es aquella que induce al confiante a realizar un acto correspondiente a la apariencia suscitada, calificado de ‘acto de disposición’ o ‘inversión de confianza’*”<sup>26</sup>. Esta cuestión se encuentra fuera de toda duda, a tenor del precedente germánico que dio origen a los principios reguladores de este Registro.

- iii) El sujeto debe actuar de buena fe, esto es, desconocer el hecho jurídico contradictorio a pesar de haber tenido una actuación diligente.
- iv) El sujeto debe contar con un título oneroso, pues solo se protege a quien pierde un derecho y no a quien solo pretende asegurar un lucro.

Para nuestro tema, nótese que la confianza que tiene el tercero en la apariencia siempre debe originarse en un acto de tráfico u oneroso, es decir, el sujeto adquiere un derecho en base a su confianza en el registro y en tal virtud consume una atribución jurídica. Eso está claramente establecido por el profesor alemán Claus Wilhem Canaris y su monografía clásica *Vertrauenshaftung* (literalmente: “Responsabilidad por la Apariencia”)<sup>27</sup>.

El opositor habla de que el Derecho no puede desconocer “la fuerza de la apariencia”, y por ello debe merecer tutela la posición del acreedor embargante<sup>28</sup>. La apariencia implica que un sujeto confía en una situación objetiva en la cual cree y sobre la base de la cual perfecciona un acto de adquisición. Nótese que esto no ocurre con el acreedor embargante; por lo cual la doctrina de la apariencia queda fuera de contexto. En efecto, el acreedor da un crédito o concede un préstamo sin vinculación alguna con el registro; no adquiere derecho sobre bien alguno ni condiciona el crédito a una garantía real; por tanto, **su adquisición se produce sin confiar en la apariencia registral, y se realiza al margen de ella**. El primer requisito para que opere la doctrina de la apariencia es uno objetivo o material, que alude a la situación de hecho en que se apoya el tercero. Es decir, “*el tercero se apoya para actuar, en la información que se ofrece oficialmente, en el acto o actos jurídicos realizados, o en la mera situación de hecho*”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> EIZAGUIRRE, José María de. *Derecho Mercantil*, Ed. Civitas. Madrid 2001. Pág. 238.

<sup>27</sup> CANARIS señala los siguientes elementos: a) El supuesto base de la confianza (*Vertrauensstatbestand*) que constituye un hecho notorio que sirve de base objetiva a la apariencia; b) el tercero debe contar con buena fe, ya sea falta de conocimiento de la verdadera situación jurídica, o exigir, además, la diligencia en la comprobación; c) la confianza debe dar lugar a un acto de tráfico (oneroso); d) imputabilidad al titular de causar el supuesto base de la confianza: EIZAGUIRRE, José María de. Op. Cit., pág. 231-232.

<sup>28</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit., Septiembre 2009. Pág. 85.

<sup>29</sup> BUSTOS PUECHE, José Enrique. *La doctrina de la apariencia jurídica*. Ed. Dykinson. Madrid 1999. Pág. 70.

Si alguien da un crédito sin que le importe el registro, entonces no puede correr a él para solicitar protección especial. Esta situación tiene también un evidente correlato económico: si se otorga un crédito personal, no con garantía real, entonces se eleva la tasa de interés por el mayor riesgo de incumplimiento ante la falta de garantías; pues bien, si el acreedor corre un riesgo adicional para obtener mayor lucro con las tasas más elevadas, pues no tiene sentido que la ley pretenda amparar en forma especial a quien pretendió obtener mayor ventaja precisamente a cambio de aumentar en forma libre y voluntaria su riesgo. El que no utilizó el registro para prestar dinero, no puede ampararse en los beneficios de éste en el momento muy posterior en que el deudor no paga. El que solo recibe un crédito personal asume mayor riesgo pues deja al deudor en la libertad de decidir y actuar sobre su patrimonio.

Entonces, ¿cómo se invoca la tutela de la apariencia, si el acreedor no tuvo en cuenta esa apariencia para contratar? El tema está ya claro y resuelto, empero, **¿hasta cuándo deberemos repetir lo mismo?** En la doctrina jurídica de nuestro país, hoy, se necesita probar y fundamentar hasta lo evidente.

Por estos argumentos, hace tiempo se ha indicado que el acreedor embargante no es tercero, tal y como aparece de la siguiente cita:

*“¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada?, o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipoteca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere solo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la omisión en su provecho, ni pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de inscribir, si realmente puede probar la autenticidad de su crédito real. Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio,*

*pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal*<sup>30</sup>.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que el titular de un derecho de crédito, que no exige una garantía real, se queda en el ámbito de los derechos personales, lo cual permite al deudor que mantenga la gestión libre de su patrimonio, incluso mediante enajenaciones y adquisiciones a terceros sin ninguna atadura jurídica. Por el contrario, el derecho real que nace de una garantía vincula al sujeto con el bien de tal suerte que sí se opone a los terceros adquirentes<sup>31</sup>. En el primer caso, al acreedor no le importó el registro pues dio un crédito personal sin vincularlo a un bien; mientras en el segundo caso, el acreedor dio el crédito subordinado a la adquisición registral de la garantía. Son dos hipótesis radicalmente distintas y entre ellas no cabe la analogía. No hay igual razón y, por ende, no hay igual derecho<sup>32</sup>.

Si el propietario no-inscrito es negligente por no inscribir (aunque ello no siempre es cierto), entonces también debe considerarse que el acreedor embargante es igualmente negligente, pues no pidió en su oportunidad la constitución de una garantía real. No es posible que intentemos castigar al primero, normalmente un ciudadano de a pie con escasa información y nula cultura jurídica; y en cambio sí protejamos la actuación culposa del acreedor a quien no le interesó adquirir con base en el registro, pese a que normalmente se trata de una entidad financiera o empresarial poderosa, con amplia información y conocimiento jurídico. La doctrina de “lo mío es tuyo” pretende beneficiar a los poderosos y castigar a los pobres, aun cuando ambos sean negligentes. Nótese el evidente carácter ideológico de esta propuesta que demuestra, fuera de toda duda, que el AED y el neodogmatismo puro sirven a los mismos fines<sup>33</sup>, esto es, la primacía de los

---

<sup>30</sup> Esclarecedora cita de Gómez de la Serna, que se hace en el no menos interesante artículo de: GORDILLO CAÑAS, Antonio. *El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral*. EN: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVII. Fascículo II. Abril-Junio 2004. Pág. 530-531.

<sup>31</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffré Editore, Milán 1998. Pág. 113.

<sup>32</sup> Así se desvanece otro de los fundamentos (absurdos) en pro de considerar al embargante como tercero registral, y que consiste en igualar (por analogía) la posición jurídica de éste con el acreedor hipotecario: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85 (nota 60).

<sup>33</sup> Por eso me alegra mucho que el dogmatismo finalista (con valores) de mis amigos Rómulo Morales y Leysser León, los haya llevado a criticar en forma rotunda la Sentencia de la Corte Suprema, referida al primer pleno casatorio, en la cual se establece el valor de cosa juzgada de transacciones extrajudiciales claramente abusivas, injustas e inmorales. En ese caso, nuevamente, se privilegió a la poderosa empresa minera, transnacional y millonaria, y se perjudicó el interés de los pobres que deben cargar con su incapacidad provocada por otros.

que ya son privilegiados bajo la alabanza exagerada de la libertad y la seguridad jurídica<sup>34</sup>.

Demás está decir que el contradictor no dice una sola palabra sobre todos estos temas, por lo que así es imposible entablar un debate serio.

Por último, la posición contraria esboza un argumento dogmático de autoridad, consistente en que el derecho italiano sí admite la posición preferente del acreedor embargante inscrito frente al propietario no-inscrito, aunque éste sea de fecha anterior. Se dice, por tanto, que allí sí opera la “oponibilidad registral” y, en consecuencia, la interpretación de nuestro derecho se debe basar en los postulados italianos (sic). La afirmación es realmente inaudita por tres motivos: Primero, lo que digan las leyes italianas no tiene importancia alguna en nuestro derecho, pues qué sepamos todavía mantenemos nuestra soberanía como Nación. Segundo, esa visión demuestra una falta de crítica absoluta, pues se sigue al pie de la letra los cantos de sirena del derecho extranjero, sin ninguna reflexión. Tercero, la opinión demuestra un desconocimiento supino del registro italiano y de los presupuestos que pueden justificar la opción de su legislador. Nuevamente el problema se encuentra en “copiar” sin conocer la realidad del país, sus costumbres, cultura, forma de vida, intereses en juego, opciones políticas que se esconden detrás de la doctrina jurídica, etc.

El Registro Italiano tiene una configuración técnica muy distinta al nuestro, y por eso hay que ser cuidadosos con las comparaciones. En efecto, dicho Registro carece de función calificadora por parte de un registrador especializado, no tiene tracto sucesivo, las inscripciones no requieren de titulación pública y bastan los documentos privados; además, existe folio personal, lo cual implica que hay nula verificación de la legalidad y que una gran cantidad de actos no acceden al registro, específicamente los referidos a las modificaciones físicas de la finca. Por último, es posible inscribir documentos con vicios formales<sup>35</sup>. Con esos limitados y escasos

---

<sup>34</sup> Nótese que el opositor cita frecuentemente a los autores del AED, a quienes recusa externamente, pero en el interior de su discurso se vale de ellos: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 81 (nota 32).

<sup>35</sup> “La limitación de efectos de la inscripción lleva aparejada la de la calificación del Conservador. Nada extraño pues, como ya se ha señalado, estos efectos son los que determinan su ámbito. En consecuencia, dado que en estos países tales efectos son la inoponibilidad de lo no inscrito y la prioridad registral, en principio el Conservador solo califica los requisitos formales que la ley exige para que un título pueda acceder al Registro y los que son necesarios para que pueda ser transcrito o inscrito en sus libros. Caso de que no se cumplan tales exigencias, puede rechazar la presentación de ese título o la práctica de su depósito. (...) En los supuestos en los que el Conservador tenga graves y fundadas dudas sobre la posible transcripción o inscripción de un negocio, el artículo 2674 bis del CC italiano dispone que podrá practicarla con reserva e impugnación”: RAJOY, Enrique. *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Madrid 2005. Pág. 47-49.

presupuestos técnicos, resulta muy simple lograr la inscripción de cualquier acto, aun de los viciados, irregulares o nulos. Es decir, si nada se califica, no existe folio real ni tracto sucesivo, se inscriben documentos ilegales, entonces la conclusión es que **todo acto puede inscribirse sin problemas**, casi como si fuese una ventanilla de recepción de papeles. En forma metafórica podemos decir que es tan fácil la inscripción, que hasta el Coliseo Romano podría registrarse sin mucho esfuerzo a nombre de un particular. En esas condiciones, pues, resulta razonable que la negligencia del propietario no-inscrito pueda afectarlo frente al acreedor que inscribe el embargo; ya que realmente se trata de una distracción muy grave ante la simplicidad de conseguir la publicidad del registro. Eso hay que tenerlo en cuenta.

El Registro Peruano es radicalmente distinto en todo aspecto: calificación formal y sustancial de los actos, control de legalidad (ciertamente exagerado), títulos públicos, folio real, tracto sucesivo, efecto de fe pública, entre muchos otros. Conclusión, el acceso al registro es difícil y complicado; a veces casi imposible. Por tanto, no hay punto de contacto entre una y otra realidad jurídica, por lo que resulta inaudito que se pretenda extrapolar soluciones del ordenamiento italiano al peruano<sup>36</sup>.

En conclusión, el acreedor embargante no es tercero registral y, por tanto, el debate carece de sentido. La solución italiana, por su parte, es inaplicable.

## **SIGUE EL ERROR DE LA OponIBILIDAD ERGA OMNES DEL CRÉDITO**

Sobre el particular vale señalar que **nadie en la doctrina seria ha sostenido que no exista diferencia entre los derechos reales y de crédito**; y menos por la premisa referida a que los derechos de crédito son derechos absolutos. En efecto, es conocido que los derechos de la personalidad (como el derecho a la vida, la integridad física, el honor, etc.) son titularidades absolutas, pues nadie puede interferir sobre ellas; sin

---

Esta pre-annotación debe ser objeto de reclamo por el beneficiario de la transcripción ante la autoridad judicial en un procedimiento de naturaleza cautelar, sin recurso de casación ante el Tribunal Supremo, y cuyo objeto exclusivo es dilucidar las dudas sobre la procedencia de la transcripción del acto, pero el pronunciamiento definitivo sobre la subsistencia del derecho inscrito se reenvía a un hipotético proceso contencioso: CIAN, Giorgio. *Commentario Breve al Codice Civile*. CEDAM. Padua 2009. Pág. 3391.

<sup>36</sup> En tal sentido, carecen de toda relevancia las opiniones de autores italianos que comentan SU LEY, la misma que se justifica en el contexto propio de ese país, en donde el Registro tiene una organización radicalmente distinta al nuestro. Por tanto, dichas citas no cuentan, aun cuando el ocasional contradictor crea que por número le reportan alguna engañosa ventaja: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 84 (notas 56 y 57).

embargo, esa conclusión no puede llevar a sostener que “*los derechos de la personalidad son lo mismo que los derechos reales ya que ambos son absolutos*”. Si dos tipos de derechos “son absolutos”, eso no significa que sean lo mismo; y esa misma conclusión se da en el caso de los derechos reales y de crédito, si es que suponemos acertado considerarlos como absolutos, lo que resulta altamente dudoso. **El error parte de considerar que la existencia de un hipotético elemento común entre dos objetos hace que éstos ya no puedan diferenciarse.** La falla en el razonamiento es grave y demuestra falta de rigurosidad.

Por tanto, aun en la hipótesis negada que el crédito fuera un derecho absoluto, ese solo elemento común no podría ser suficiente para considerar que el crédito y la propiedad, por ejemplo, son lo mismo y no tienen diferencia alguna. **Sería necesario que la identidad sea de esencia y función, y no solo de carácter.** Nuevamente reiteramos un ejemplo ya antes mencionado, pero nunca refutado: supongamos que una mesa y un jarrón son de color rojo; ambos comparten un carácter, pero nadie en su sano juicio podría considerar que los dos objetos son la misma cosa o cumplen la misma función.

Los derechos absolutos tienen un contenido esencialmente caracterizado por la potestad mediante la cual el titular satisface por sí mismo su interés; siendo que de ese poder se deriva la tutela externa frente a terceros. En cambio, los derechos relativos son relaciones contra determinados sujetos cuya ejecución frente a ellos es esencial para la satisfacción del interés del acreedor; por tanto, si los derechos de crédito tienen alguna tutela frente a terceros ésta es secundaria pues no está dirigida a que se actúe el contenido mismo del derecho, sino a conservarlo contra determinadas interferencias ajenas. El derecho real, por el contrario, tienen una tutela frente a todos con carácter de primaria y esencial, pues con ella se logra actuar el derecho mismo.

En el derecho real, el contenido mismo de la titularidad conlleva un disfrute exclusivo del bien, y en caso de interferencia ajena el titular puede actuar contra cualquier tercero para eliminar la injerencia y volver actual el ejercicio de su derecho. En cambio el derecho de crédito conlleva una prestación que solo puede ejecutarla el mismo deudor, esto es, la titularidad se actúa y se hace efectiva con el obligado, y no con otro sujeto. Esto no quita que el derecho de crédito pueda ser destruido por un tercero, pero eso no lleva a que el tercero se convierta en deudor y satisfaga directamente el interés del acreedor, sino simplemente a que deberá resarcir el daño irrogado, pero en ningún caso es el deudor de la relación jurídica. En los



derechos reales, en cambio, cualquier tercero sí puede convertirse en el obligado a la devolución del bien si es que interfiere en derecho ajeno.

**En conclusión, y según la mejor doctrina, la distinción entre derechos absolutos y relativos queda firme y segura<sup>37</sup>.**

Por nuestra parte, tenemos un argumento adicional que destruye la pretendida unificación de los derechos reales y de crédito: la propiedad es un derecho que otorga todas las facultades de aprovechamiento sobre un bien, por lo que la actuación del derecho se logra cuando efectivamente se permite ese uso y disfrute. El crédito es un derecho por el cual un deudor queda obligado a ejecutar una prestación (conducta de contenido económica) para satisfacer el interés del acreedor; y la actuación de ese derecho solo se logra cuando este último recibe la prestación prometida. La vida es un derecho de la personalidad por el cual se permite disfrutar los placeres de la existencia; y este derecho se actúa solo mientras la vida subsiste. Pues bien, el propietario quiere disfrutar, el acreedor quiere recibir la prestación y el sujeto quiere vivir. Ese es el contenido directo de los derechos mencionados; sin embargo, puede ocurrir que estos derechos ya no puedan actuarse por imposibilidad, destrucción, muerte o interferencia ajena que deviene en absoluta. Ante una situación de ese tipo el ordenamiento jurídico concede un remedio subsidiario que sirve para tutelar todos los derechos subjetivos: el resarcimiento. En efecto, ante la pérdida o imposibilidad de actuación de los derechos, entonces solo queda la compensación económica como mecanismo para protegerlos, aun cuando sea en forma indirecta. Así, el propietario quiere disfrutar de la cosa, pero a falta de ella puede compensarse con dinero por pérdida de la misma; el acreedor quiere la prestación pero debe conformarse con dinero en caso de imposibilidad provocada por un tercero; el sujeto quiere la vida, pero sus herederos deben resignarse a un resarcimiento por la muerte ocasionada con dolo o culpa.

**Nótese 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**

---

<sup>37</sup> Por todos: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. V. 6. *La Proprietà*, Giuffrè Editore, Milán 2005, pág. 31-32.

El contradictor utiliza un sofisma para cuestionar al maestro italiano: “ello es verdad, pero también lo es que el propio Bianca acepta que terceros ajenos a la relación obligatoria puede interferir en esta y que, por lo tanto, se debe admitir una tutela contra dichas ingerencias” (RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 79. Nota 23). Se trata de un sofisma pues una cosa no tiene nada que ver con la otra; por lo cual se hace una vinculación forzada entre dos afirmaciones de las que no se puede extraer inferencias pues no son interdependientes. En efecto, que se admita excepcionalmente, y por prohibición de enriquecimiento injusto, la protección contra interferencias de terceros no significa que el crédito sea derecho absoluto, pues su contenido solo lo actúa el deudor; y en tal sentido siempre es derecho relativo.

**no haya diferencias, o que todos sean lo mismo, o que sean “absolutos”.** En otras palabras, el hecho de otorgar un resarcimiento por atentado contra la vida no significa que el sujeto “siga vivo”, por lo que el derecho subjetivo ya no se actúa en forma directa. Igual ocurre con la propiedad o el crédito, pues el derecho ya no se actúa por sí mismo, sino por compensación. Por tanto, la circunstancia conocida de que todos los derechos cuenten con la tutela del resarcimiento, no constituye indicio alguno para igualarlos y ni siquiera para considerarlos absolutos.

Por cierto, se ha intentado refutar estos argumentos, en forma débil y nada consistente, acudiendo a la desacreditada jurisprudencia de los conceptos y al malabarismo jurídico sin utilidad: “¿*acaso al reivindicar (mecanismo de tutela) la propiedad (derecho real) estamos actuando el contenido de esta situación jurídica? Recordemos que el contenido del derecho de propiedad consiste en las facultades de usar, disfrutar y modificar, mas no en las de reivindicar y disponer*”<sup>38</sup>. Nuestra réplica es simple y contundente:

- i) La propiedad se actúa usando y disfrutando del bien, pero, ¿cuál es el presupuesto para hacerlo? Pues, que se reconozca el derecho y se cuente con la posesión del bien; y ello se logra a través de la reivindicación, nada menos. La propiedad se pone en acción, en movimiento, cuando se le reivindica. Es algo así como una actuación en potencia (presupuesto) para llegar a una actuación en concreto (efectos). Por tanto, no existe ningún inconveniente conceptual para considerar que la reivindicación forma parte del contenido del derecho de propiedad.
- ii) La doctrina, que no se entretiene en inútiles disquisiciones, está de acuerdo con esta posición: “*Las acciones reales son entonces remedios de naturaleza sustancial ejercitables en vía judicial: ellas entran en el contenido del derecho de propiedad y de los otros derechos reales. Incluso integrando el contenido del derecho sustancial, las acciones reales se caracterizan por su función de remedios contra las lesiones actuales o temidas del derecho. En la propiedad y en los otros derechos reales es necesario entonces distinguir el contenido que identifica el interés tutelado, esto es, los poderes conferidos al titular para la satisfacción de un determinado interés, y el contenido que corresponde a la tutela del derecho, esto es, los poderes instrumentales dirigidos a recuperar o salvaguardar la situación sustancial lesionada o amenazada*”<sup>39</sup>. Más claro ni el agua!

<sup>38</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit., Septiembre 2009. pág. 78 (nota 17).

<sup>39</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. V. 6: *La Proprietà*. Giuffrè Editore. Milán 2005. pág. 413.

- iii) Si el contenido de la propiedad es el uso y disfrute, entonces estas facultades se tornan en sustanciales para calificar y definir el derecho en sí mismo considerando. Por tanto, toda otra situación en torno a la propiedad será simplemente periférica o accesorio, tal como ocurre con la inscripción registral<sup>40</sup>, que no pasaría de ser un mecanismo de tutela del derecho con fines aseguradores. Pues bien, siendo ello así, el propietario no-inscrito, que usa y disfruta, tiene primacía axiológica sobre un sujeto que concedió un crédito sin tener en cuenta el registro, y que solo acude a él cuando está en problemas y mucho tiempo después que el acto de disposición patrimonial se consumó y ejecutó.
- iv) Por último, ¿qué importancia práctica, de utilidad social o económica, tiene que la reivindicación forme parte o no del contenido de la propiedad? ¿Se mejora la posición de alguien? ¿Se gana en justicia o en seguridad jurídica? El alemán Canaris ya ha dicho que la dogmática jurídica debe pasar, en forma previa, por un control teleológico o de fines. Mientas tanto, seguiremos esperando la respuesta.

**Por lo demás, el contradictor ya reconoce que el derecho de crédito siempre es relativo<sup>41</sup>, por más que lo mediatice con el típico lenguaje conceptualista. Ello pone punto final a la polémica.**

---

<sup>40</sup> Vale la pena reproducir la siguiente opinión: “El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción, es diligente en lo sustancial, aunque negligia (sic) en lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial. ¿Y qué razón hay para que sea preferida la negligencia formal a la sustancial? Además, desde el punto de vista nacional o del social, no cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que en contacto con la cosa realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir”: VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Estudio sobre Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, Madrid 1985, Tomo I, pág. 413.

<sup>41</sup> “En este orden de ideas, debemos distinguir en el derecho de crédito una pretensión que solo podrá ser satisfecha o lesionada por el deudor, y un interés que puede ser satisfecho o lesionado por un tercero. Ahora bien, este “interés”, vendría a ser el aspecto estático del derecho subjetivo, el mismo que se muestra uniforme y constante en todas las categorías de los derechos subjetivos –sean reales, personales o potestativos-. En efecto, mientras el perfil dinámico (que atiende al ejercicio del derecho) asume un distinto contenido de acuerdo con la categoría de derecho al que se refiere, ya que la facultad de actuar puede especificarse en la facultad de uso y disfrute, de pretensión, de formación, etc.; el perfil estático permanece inalterable, constituyendo así una suerte de mínimo común denominador presente en todo derecho subjetivo”: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit., Agosto 2009. pág. 65.

Todo aquello que no está subrayado es simplemente hojarasca, propia del conceptualismo sin sentido.

## LA ADQUISICIÓN POR REMATE JUDICIAL NO ES INATACABLE

Un nuevo argumento que se utiliza es el referido a que la adjudicación por remate judicial, nacida en virtud de un embargo, hace inatacable la propiedad del adjudicatario, por lo que no podría aceptarse que una ejecución ilegítima devenga en legítima. Así se dice que: “*resulta verdaderamente contra rationem iuris que el auto de adjudicación de bienes inmuebles registrados pueda hacer legítima aquella ejecución que durante la fase del originario embargo haya sido ilegítima. Las normas deben interpretarse atendiendo a un legislador coherente y consecuente, algo que una norma considera legítimo no puede considerarse ilegítimo por otra. Además, si se tutela la confianza del adjudicatario de manera que la adquisición de este no podrá verse afectada por posteriores acciones del propietario extrarregistral, a simili, debería tutelarse la confianza y la buena fe que determinaron el actuar del acreedor embargante*”<sup>42</sup>.

Lamentamos informar que dicha opinión es simplemente absurda desde el plano sustancial y también desde el plano adjetivo; esto es, no tiene el más mínimo asidero en la doctrina civil y procesal. Se trata, sin más, de una errata.

En efecto, el embargo ilegítimo no se convalida con la adjudicación del bien en remate público. La razón de ello es muy simple: **En el proceso ejecutivo no se discute la propiedad del bien**, pues simplemente en él se afecta un bien a pedido de parte y luego se le transfiere forzosamente. Ello determina que no exista cosa juzgada respecto al tema de la propiedad del bien embargado y posteriormente adjudicado a tercero. Es por todos conocido que la cosa juzgada solo se refiere a las materias debatidas en un contradictorio dentro del proceso, y qué yo sepa, en ninguna parte del ejecutivo se declara quién es el propietario del bien. Es más, cuando se producen ejecuciones ilegítimas normalmente el *verus dominus* ni siquiera aparece en juicio, por lo que mal podría expandirse los efectos de la cosa juzgada a quien no ha sido parte del proceso, pues aquí también rige el principio *res inter alios acta* (véase: art. 123 Código Procesal Civil). Es francamente inaudito que alguien sostenga que una ejecución “confiere la propiedad en forma inatacable” cuando el titular no ha participado en el proceso, y por eso justamente se trata de una acción ilegítima.

---

<sup>42</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 84.

Por nuestra parte, estamos plenamente conformes con permitir que el verdadero propietario accione a través de la reivindicatoria aun cuando el bien haya sido objeto de adjudicación judicial producto de un embargo:

*“En mi opinión, como consecuencia del sistema de tutela jurisdiccional de la propiedad, el propietario es defendido frente a los embargos o adjudicaciones de sus bienes por deudas que no sean propias. La acción ordinaria es la tercería de dominio dentro del proceso ejecutivo. Pero el propietario, no solo puede oponerse a una ejecución comenzada durante la tercería, sino que aun después del remate y adjudicación puede reivindicar los bienes frente al adjudicatario de una enajenación judicial forzosa, tanto frente a adjudicaciones en los procedimientos ejecutivos singulares como universales, y ello aunque la adjudicación se inscriba en el Registro (pues el adjudicatario no es tercero registral y no se debe considerar tercero hipotecario). La doctrina de tercero hipotecario es excepcional porque supone una expropiación del propietario sin indemnización y contradice la tutela jurisdiccional de la propiedad, y la doctrina jurisprudencial, con gran sentido jurídico, no la aplica para potenciar la eficacia de las subastas judiciales. El procedimiento ejecutivo no es un régimen de adquisición originaria de los bienes, sino derivativa; y el adjudicatario de una enajenación forzosa no adquiere más propiedad de la que tenía el titular de los bienes que se embargaron y adjudicaron.*

*El carácter derivativo de las adquisiciones en subastas judiciales es un presupuesto necesario de la propia coherencia del complejo sistema de ejecuciones singulares que existe en el ordenamiento moderno, pues si puede haber una multiplicidad de ejecuciones civiles, laborales y administrativas, simultáneas y en conflictos entre sí, y si la tercería de dominio está encaminada exclusivamente a levantar el embargo y no declara derechos (art. 601 LEC 1/2000), no se puede sostener que el procedimiento ejecutivo o la adjudicación de bienes tras una subasta judicial son un modo originario de adquirir la propiedad. Si el propietario no participa en el procedimiento ejecutivo, oponiéndose a la adjudicación por medio de la tercería de dominio cuando se embargan sus bienes por deudas ajenas de las que no responde, no por ello pierde la propiedad de los bienes adjudicados, pues aunque el embargo le hubiera privado de la posesión, aún le debe quedar la posibilidad de reivindicarlos del tercero hipotecario.*

*Ello es consecuencia también de la naturaleza de los procesos de ejecución. El proceso ejecutivo ordinario como los procedimientos universales (concurso, quiebra, partición y liquidación hereditaria) son liquidatorios y por ello sin declaración de derechos que quedan reservados al procedimiento ordinario”<sup>43</sup>.*

---

<sup>43</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles*. EN: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Número 672. Julio-Agosto 2002. Pág. 1492-1493.

En conclusión, el embargo sobre un bien ajeno constituye una hipótesis de ejecución ilegítima que puede ser remediada a través de una tercería de propiedad (art. 533 CPC), por la cual se ordena levantar la medida judicial por virtud de la acreditación *prima facie* del dominio (art. 535 CPC). La tercería puede interponerse hasta antes que se inicie el remate del bien (art. 534 CPC), y de allí parece que alguien ha inferido que luego de la subasta la propiedad es inatacable. Esa conclusión es falsa, no solo por los fundamentos antes expuestos, sino, además, porque la tercería no es lo mismo que la reivindicatoria<sup>44</sup>. Por tanto, si la norma adjetiva suprime el remedio de la tercería, ello no significa nada en orden a la reivindicatoria. Por lo demás, esa solución es lógica a tenor de las circunstancias. Si ya existe un propietario aparente en virtud de un título de adjudicación judicial, entonces es lógica que esa situación jurídica solo pueda ser destruida, ya no en un proceso sumario con limitación de debate y de pruebas, sino en un proceso plenario con amplia libertad de pruebas y controversia, como es el caso de la reivindicatoria<sup>45</sup>.

En el Derecho alemán, nada menos, el acreedor embargante no cuenta con ninguna protección por el solo hecho de inscribir; igual que en el caso peruano. Es decir, estamos pretendiendo tener un registro que tiene más eficacia que el alemán, a pesar que éste es constitutivo y se basa en el negocio real abstracto. Así se dice que: *“La fe pública del registro inmobiliario solo garantiza la validez de las disposiciones hechas por negocio jurídico. No se protege: a) Al que adquiere un derecho en base a una ejecución forzosa o por remate de un embargo. Si un acreedor del titular indebidamente inscrito como propietario logra inscribir una hipoteca forzosa, no adquiere hipoteca alguna, aunque confíe en la exactitud del registro. El CC se aparta en esto del derecho prusiano antiguo, que extendía la fe pública del registro a semejantes casos. Y esta desviación tiene un fundamento sólido: pues, tratándose de cosas muebles,*

---

<sup>44</sup> Conforme toda la doctrina, por ejemplo. MORENO CATENA, Víctor (*La ejecución forzosa*. Palestra Editores. Lima 2009. Pág. 268): “La tercería de dominio es en realidad una incidencia en el embargo de ejecución, mediante la cual un tercero, que afirma ser titular de un bien o de bienes embargados, pretende el alzamiento del embargo que indebidamente se trabó sobre ellos. No se trata, pues, de una acción reivindicatoria...”.

<sup>45</sup> Aquí se demuestra otro desconocimiento del opositor, pues critica que digamos que la tercería es un proceso sumario, cuando él pretende corregirnos al señalar que se trata de uno “abreviado” (RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 85. Nota 62). La pregunta es: **¿quién está hablando de las vías procedimentales de conocimiento, abreviado o sumarísimo que regula el Código Procesal Civil?** Nosotros estamos refiriéndonos a teoría del proceso, no al mero trámite leguleyo, en donde se distinguen con claridad, y con importantes efectos en orden a la cosa juzgada, por ejemplo, **los procesos plenarios**, con debate amplio y libertad de pruebas, respecto de los **procesos sumarios**, de cognición limitada y pruebas restringidas. La tercería de propiedad entra dentro de los sumarios, dentro de la teoría procesal, y la reivindicatoria en los plenarios.

*el acreedor solo puede satisfacerse ejecutando las cosas de su deudor, pero no las de terceros que se hallen en posesión del deudor”<sup>46</sup>.*

En resumen, la imposibilidad de interponer una tercería luego del remate del bien no convalida una ejecución ilegítima, pues el verdadero propietario siempre podrá accionar por reivindicatoria.

## **LA JUSTIFICACIÓN DE LA PREFERENCIA DEL DERECHO REAL SOBRE EL DE CRÉDITO**

La categoría jurídica de los derechos reales se sustenta en la realidad innegable que consiste en el deseo del ser humano, presente desde las épocas más remotas, por “*tener*” o “*hacer suyo*” algo. **Ésta es la premisa de distinción entre los derechos reales y los derechos de obligación**, en donde los primeros responden a una apropiación directa sobre los objetos del mundo exterior, lo cual no ocurre en el caso de los segundos que requieren de cooperación de un sujeto intermediario.

La doctrina hace eco de esta idea fundamental, y por ello **concibe al “derecho real” como una categoría instrumental individualizadora de un particular tipo de tutela jurídica ligada a la inherencia o a la inmediatez sobre la cosa**<sup>47</sup>. Esta categoría jurídica tiene como interés fundamental protegido el aprovechamiento de la cosa<sup>48</sup>, esto es, el goce sobre las realidades del mundo externo. Los derechos subjetivos de carácter real implican el reconocimiento normativo del interés sobre una cosa, frente al cual los terceros se colocan en una situación de extraneidad total; y en el que no existe un deber de éstos frente al titular del derecho. No hay, pues, relación de cooperación<sup>49</sup>.

La normativa jurídica sobre derechos reales tienen como base la idea de “apropiación exclusiva”, y su función es repartir la riqueza material en base a criterios de racionalidad, moralidad y utilidad económica. Por el contrario, la normativa sobre obligaciones se sustenta en la idea de “promesa” y su función es arbitrar los mecanismos para que las promesas se cumplan. Por ejemplo, son normas típicas de derechos reales aquellas que establecen quién es el propietario de un fruto obtenido, o de la construcción levantada en suelo ajeno, o en el caso de la doble venta

---

<sup>46</sup> ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III-1º: *Derecho de Cosas* (a cargo de Martin Wolff). Bosch Casa Editorial. Barcelona 1971. Pág. 271-272.

<sup>47</sup> COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*, Giuffré Editore, Milán 1980, pág. VI.

<sup>48</sup> *Ibid.*, pág. 23.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pág. 243.

(aunque esta última por error sistemático se encuentra en el Libro VI del Código). Por otro lado, son normas de obligaciones las referidas a qué ocurre cuando un vendedor incumple su deber de transferir la propiedad por cuanto el mismo bien ya se lo transmitió a otro. Para la ordenación jurídica de los derechos reales lo único relevante es indicarnos el sujeto preferido con la propiedad del bien (idea de “atribución”); en el derecho de obligaciones, por el contrario, se dotará de un mecanismo de resarcimiento a favor del acreedor perjudicado (idea de “promesa” y su cumplimiento, aunque sea en forma indirecta)<sup>50</sup>.

La primera idea es la atribución (“lo mío”), y la segunda es de exclusión u oponibilidad (“no es tuyo”). Por tanto, la primacía lógica y natural corresponde a la creación legal de una pertenencia, cuyo efecto derivado o consecuente es la oponibilidad del derecho. Lo contrario resulta imposible, pues nadie puede decir “este derecho es oponible”, sin saber a qué cosa, objeto o materia se refiere. Por tanto, la primacía (o concepto *prius*) lo tiene la atribución, sin ningún género de dudas.

Sin embargo, el contradictor manifiesta en forma reiterada que los créditos también son derechos absolutos, pues cabe que los terceros, y no solo el deudor, sean obligados al resarcimiento si son culpables en el incumplimiento sobrevenido. Se dice, entonces, que no existe razón alguna para distinguir entre los derechos crediticios y los reales, pues incluso comparten el carácter de ser absolutos. Por tanto, la diferencia se encontrará en que un derecho sea “oponible” o no, lo cual depende del registro. Por tanto, si un crédito está inscrito es oponible a los derechos reales. La confusión de ideas es tal<sup>51</sup>, que se da como ejemplo el caso de un contrato de mutuo, el cual puede generar un “*derecho de crédito erga omnes*” (sic), oponible a una venta posterior, por lo que el mutuo deberá vencer por ser un “*derecho absoluto*”. La anterior afirmación no puede

---

<sup>50</sup> Vale la pena recordar la clara distinción que existe entre los “derechos reales” y el “derecho de obligaciones”, en orden a la repartición de funciones, pues mientras el régimen de circulación de bienes se encuentra presidido por el sistema de los contratos y obligaciones, los cuales se basan en el respeto del consenso y de una válida causa para obligarse; por el contrario, la pertenencia y goce de los bienes se halla establecido por el sistema de la propiedad y los derechos reales, en los que tiene preferencia el estatuto legal, y no voluntario, pues es de interés general el aprovechamiento de la riqueza. Aquí nace el principio del *numerus clausus*, con el cual se limita el rol y la función de los contratos a la provisión de los títulos de adquisición de los bienes, pero no sobre su régimen de pertenencia. Es significativo señalar que las obligaciones de las partes en la compraventa, por ejemplo, estén preordenadas a asegurar los términos del intercambio, esto es, la entrega de la cosa a cambio del precio, las modalidades de entrega y pago, garantías contra la evicción y vicios. En cambio, no hay lugar para las obligaciones referidas a la forma de uso o disfrute del bien vendido, pues un compromiso contractual sobre una determinada destinación del bien se pondría en contraste con el régimen de pertenencia de los bienes o del estatuto de la propiedad: DI MAJO, Adolfo y FRANCARIO, L. *Proprietà e autonomia contrattuale*, pág. 74-75.

<sup>51</sup> RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?* EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 176, Julio 2008, pág. 103.



sostenerse bajo ningún punto de vista, pues el mutuo solo vincula al deudor y activa la responsabilidad patrimonial genérica de éste, pero no recae sobre ningún bien específico del obligado, por lo cual resulta imposible que un mutuo se oponga a una venta, cuando entre ambos títulos jurídicos no hay un objeto en común que permita una oposición entre ellos.

Por tanto, la oponibilidad entre derechos solo se producirá cuando se trate de titularidades reales, es decir, que recaen sobre bienes específicos y concretos. En tal sentido, es válido sostener que un derecho real se impone sobre el personal. Recordemos el caso del **arrendatario** que no se opone al **nuevo propietario de la cosa**, pues el primero solo tiene un vínculo personal que no afecta a terceros, por lo que el segundo no ve menoscabada su situación jurídica en tanto el primero solo actúa en el ámbito limitado de la relación contractual de arrendamiento. Así, el Código Civil consagra efectivamente que el nuevo propietario puede solicitar el desalojo al arrendatario por el simple hecho de que se trata de un vínculo personal que no afecta a terceros, aun cuando conozca de su existencia (art. 1708-2 CC).

Igual acontece en el caso de conflicto entre el usufructuario y el arrendatario, en donde no tiene primacía la fecha del título, sino la condición real de uno sobre el otro. La razón justificativa de esta solución es muy simple: las partes que celebran un negocio de arrendamiento conocen de antemano que su eficacia natural es solo de carácter obligacional, y no más; por tanto, nada pueden exigir después para obtener la tutela real, consistente en que el derecho en cuestión afecta y somete a los sucesivos adquirentes. Si el arrendatario quería gozar de los alcances de un derecho real sobre cosa ajena, para de esa manera imponerse a los terceros y gozar de la tutela más intensa que proporciona el carácter real, entonces debió adquirir un derecho real de usufructo o superficie, pero nunca aceptar un arrendamiento que por definición solo genera una relación obligacional. En tal caso, el arrendatario nada tiene que oponer ni reclamar, pues su derecho es limitado y con tutela más débil; y si se perjudica con ello entonces solo él puede lamentarse de esa situación, ya que ese fue el negocio que celebró. El daño por la menor protección de la relación personal solo se debe a él. El ordenamiento jurídico establece diversas alternativas para satisfacer intereses lícitos, en este caso gozar temporalmente con el uso de un bien, pero ya los particulares elegirán entre ellas la que más se acomode a sus necesidades, requerimientos y posibilidades. Así, el Derecho ofrece diversas opciones, por ejemplo, una cesión personal de disfrute (arrendamiento) o una cesión real (usufructo), y el interesado escogerá lo que más le convenga. Algún despistado pensará que en ese caso siempre habrá que escoger el usufructo, pues tiene mayor protección dado su naturaleza real, empero, la conclusión es apresurada

pues seguramente el propietario exigiría una mayor contraprestación por constituir un usufructo antes que por el arrendamiento, lo que probablemente no estaría dispuesto a pagar el cesionario; o tal vez el tiempo por el cual se necesite el uso del bien no se extienda más allá de lo usual, ante lo cual una cesión real de disfrute puede resultar excesiva por lo oneroso en costo y administración.

Es cierto que el arrendamiento puede adquirir ciertos tintes reales si se inscribe, ya que el nuevo dueño deberá soportar el vínculo arrendaticio (art. 1708-1 CC). Empero, nunca hay igualación absoluta. Por ejemplo, si el arrendatario no tiene posesión sobre el bien, y aun cuando su derecho conste inscrito, ninguna norma le atribuye el poder de dirigirse contra el actual poseedor para recuperar el bien. Es decir, no tiene acción confesoria o cuasi-reivindicatoria, por lo cual deberá esperar que el propietario del bien recobre la posesión y luego proceda a entregárselo, ya que éste se encuentra en la obligación de mantener y garantizar el uso del arrendatario (art. 1680-1 CC). Distinta situación se presenta en el usufructo, cuyo estandarte real le permite recuperar el bien de cualquier tercer poseedor por medio de la confesoria.

Otro tanto ocurre con el contrato de comodato, que es una relación solo obligacional, por la que nunca se opone a los terceros adquirentes, e incluso no se opone a la misma contraparte cuando ésta requiera la devolución del bien por urgencia imprevista (art. 1736 CC).

El embargo es una medida judicial que no cambia la naturaleza del derecho discutido; en este caso, un crédito. Siendo ello así, el embargo no puede oponerse a transferencias de dominio ya realizadas, pues en tal caso prevalece el derecho real. Ahora bien, el embargo judicial sí tiene un importante fin, no en orden sustancial, sino en el aseguramiento del proceso, a través de la afectación del bien respecto de los actos de disposición sucesivos al embargo, pero nunca los anteriores.

Los fundamentos aquí expuestos justifican que el propietario no-inscrito deba ser preferido frente al acreedor embargante cuyo derecho no pasa de ser personal, y si bien ha logrado una medida judicial sobre un bien a efecto de asegurar la acreencia, empero, esa circunstancia no elimina que el derecho sustancial era obligacional y que el acto procesal no altera la situación del acto sustantivo<sup>52</sup>. No obsta a ello que el embargo judicial

---

<sup>52</sup> “El procedimiento judicial pertenece al mundo del Derecho adjetivo: en él se comprueba la existencia del derecho reclamado y se impone su cumplimiento, pero no se le mejora ni altera en su naturaleza. El crédito no se hace de mejor condición por efecto o consecuencia de haber sido judicialmente reclamado; y la reclamación no asegura al actor su triunfo si en ella interfieren otras fundadas en mejor derecho. Siendo

produzca un importante efecto en el ámbito del proceso, cuál es, que los sucesivos adquirentes del bien sufren la carga de la medida (art. 656 CPC), pero en ningún caso los bienes que ya fueron transferidos a un tercero soportan las consecuencias de la ejecución, aun cuando el bien se mantenga formalmente a nombre del deudor en el registro.

## **EL ARTÍCULO 2022, 1º PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL: PREFERENCIA DEL TÍTULO INSCRITO FRENTE AL TÍTULO NO-INSCRITO**

En nuestro medio existen autores que hasta el momento no entienden correctamente el sistema de la inscripción declarativa (arts. 1135 y 2022 CC), y siguen sosteniendo que no es posible armonizarlo con la transmisión consensual que establece el art. 949 CC. En tal sentido se ha dicho que: “la transmisión por consenso solo genera una eficacia inter-partes”, o que “se trata de una transferencia sin oponibilidad” o que “no afecta a terceros”. Todas estas afirmaciones son simplemente gazapos, pues jamás podrá admitirse una propiedad relativa o “inter-partes”. La propiedad, por naturaleza, es absoluta (art. 923 CC), y si el mecanismo de transmisión opera con el solo contrato transmisivo (art. 949 CC), entonces el adquirente se convierte en titular dominical para todos los efectos en virtud de la citada norma legal. No es razonable pensar que la ley tenga una definición de propiedad (absoluta), pero cuando se trata de transmitir esa misma propiedad tenga otra definición (relativa). Por lo demás, desde una perspectiva práctica, considérese lo absurdo que significa admitir una propiedad “inter-partes”, ya que en ese caso, por ejemplo, el comprador no podría construir pues la Municipalidad es un tercero al que no le afectaría el vínculo contractual; o no podría arrendar porque el inquilino es un tercero; o no podría reivindicar de un usurpador porque éste también es un tercero. Es obvio que ninguna de estas hipótesis es admisible, por lo cual se concluye, a contrario sentido, que el propietario tiene la potestad de realizar cualquiera de estos actos frente a dichos terceros, por lo que su derecho es absoluto.

Por tal razón, y en primer lugar, hay que descartar la visión equivocada referida a que el art. 949 CC transfiere una propiedad relativa, pues en realidad la transmisión **SE PRODUCE PARA TODO EFECTO LEGAL Y**

---

ello así, porque la reclamación no mejora la condición del crédito, se entiende muy bien que lo que el embargo y su anotación aseguran es, más que el derecho del actor reclamante, la efectividad de la medida judicial que lo ordena (...) podemos ahora concluir que no hay incoherencia legal en el hecho de que la misma ley que hace prevalecer el derecho real inscrito sobre el anterior no inscrito que se oponga a él o le sea incompatible, niegue las ventajas de la prioridad sustantiva al crédito preventivamente anotado”: GORDILLO CAÑAS. Op. Cit. Pág. 535.

CON CARÁCTER ABSOLUTO, por lo que el comprador se convierte en propietario con poderes plenos para realizar todos los actos de uso, disfrute, aprovechamiento, administración o disposición del bien.

No obstante ello, ¿cómo puede coordinarse esta adquisición del comprador no-inscrito si es que la misma ley admite que un comprador inscrito sea preferido frente al primero? Aquí es necesario tener en cuenta lo siguiente: El comprador no-inscrito es un propietario absoluto (art. 949 CC), pero corre un riesgo teórico que consiste en que aparezca un segundo comprador que inscriba y sea preferido en el conflicto de titularidades (arts. 1135 y 2022, 1 CC). En tal caso, el primer comprador, que era propietario absoluto, sufre la decadencia de su derecho a favor del segundo comprador que inscribe y por ese motivo se convierte en el propietario por ministerio de la ley. En consecuencia, el derecho de propiedad siempre es absoluto, sea del primero o segundo comprador. Así, en el caso usual de que **no exista conflicto de derechos**, entonces rige plenamente el art. 949 CC, por lo que el adquirente, sin inscripción, se convierte ya en propietario en virtud del contrato transmisivo. Por tanto, **la inscripción declarativa es un criterio de preferencia que opera exclusivamente cuando se presenta un conflicto de títulos (uno inscrito y el otro no-inscrito) respecto del mismo bien, y en el cual existe un causante que ha otorgado derechos contradictorios a dos causahabientes distintos**<sup>53</sup>. El caso típico es la doble venta por la que un mismo causante (vendedor) ha otorgado dos derechos incompatibles a los causahabientes (compradores).

Para resolver el conflicto social, humano y real de los títulos contrapuestos, más no teórico, el Derecho puede optar por distintos criterios: la antigüedad del título (art. 1135 CC, en su segunda parte), o la toma de posesión (art. 1136 CC), o el registro (art. 1135 CC, en su primera parte). Pues bien, cuando el sistema legal opta por el registro para resolver los conflictos, cómo bien pudo hacerlo por los otros criterios, entonces se dice que el registro es declarativo, pero ello en ningún caso lo convierte en el único mecanismo de oponibilidad, pues en situación de normalidad basta el contrato para lograr ese efecto; y el registro en ese caso no produce efecto especial. En cambio, en situación de conflicto el registro se convierte en medio de preferencia ante esa vicisitud patológica, y no tanto es

---

<sup>53</sup> Los profesores italianos Zatti y Colussi dicen que la publicidad del registro “*es un mecanismo de solución de los conflictos entre sujetos que hacen valer sobre el mismo bien derechos en contradicción*”: ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, Padua 2005, pág. 984. Una opinión análoga se encuentra en: “*Una de las funciones principales de la publicidad de estos registros (inmobiliarios) es aquella de resolver el conflicto entre varios adquirentes del mismo titular*”: FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato*, traducción del italiano de Nélvor Carreteros Torres, Grijley, Lima 2004, pág. 272-273.

mecanismo de oponibilidad<sup>54</sup>. Por eso, bien puede decirse, y la expresión es correcta, que el registro declarativo es fundamentalmente uno de “preferencia” o de “garantía”.

En pocas palabras, **la función de la inscripción declarativa es dirimir los conflictos entre varios adquirentes provenientes de un transmitente común siempre que se refiera al mismo bien**<sup>55</sup>. Nótese que este efecto registral solo se produce cuando existe un causante común (vendedor) del cual derivan sus derechos los causahabientes sucesivos (compradores). En este caso la propiedad originaria es incontrovertible, pues los dos compradores deben admitir y reconocer esa situación para considerarse, cada uno de ellos, titular del bien. Si uno negara la propiedad del causante entonces nada tendría que hacer en la disputa. Por tanto, la regla de la inscripción declarativa no se aplica a los casos en donde no exista causante común y, por tanto, la propiedad se mantenga en la nebulosa. Eso sucederá, por ejemplo, con las cadenas paralelas de transmisiones, en donde no existe elemento en común y, por ende, no se sabe quién es el propietario original; en dobles inmatriculaciones, etc.

Los autores antiguos ya tenían muy en claro que los contratos por sí mismos transmiten la propiedad, AUN FRENTE A TERCEROS, siempre que esta regla no encuentre un excepcional obstáculo en la inscripción si es que se presenta un conflicto entre un título inscrito frente a otro no-inscrito<sup>56</sup>. La inscripción declarativa no es un mecanismo para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar que eventuales contradictores puedan a su vez inscribir, y ser preferidos en el conflicto. Es decir, la falta de inscripción no impide ser propietario, pero conlleva el riesgo de que un tercero cualificado pueda consolidar una adquisición a *non domino* permitida por la ley y cuyo fundamento se encuentra en tutelar la seguridad jurídica en la circulación de los bienes<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> “Pero debe observarse que, a este respecto, la transcripción no sirve para conferir eficacia erga omnes al derecho; sirve para establecer la preferencia entre dos derechos del mismo contenido, los cuales si son derechos reales, son ambos eficaces erga omnes; pero cuál de los dos derechos reales prevalezca sobre el otro, depende, no de la prioridad de la adquisición, sino de la transcripción”: MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción del italiano de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires 1979, Tomo III, pág. 569.

<sup>55</sup> GAZZONI, Francesco. *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Nápoles 1988, pág. 281.

<sup>56</sup> GIORGI, J. *La teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, traducción del italiano por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid 1911, Volumen IV, pág. 301.

<sup>57</sup> El ocasional contradictor, antes crítico a la inscripción declarativa, ahora se muestra pacífico defensor de su función y ventajas (Véase: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 84-86).

## **EL ARTÍCULO 2022, 2º PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL: CLARA Y EVIDENTE EXCEPCIÓN A LA PREFERENCIA DEL REGISTRO**

El registro constituye el criterio de preferencia para dirimir derechos incompatibles sobre el mismo bien, y por lo cual el primero en la inscripción se opone frente al que no lo inscribe. Así pues, aquel consolida su adquisición, mientras éste queda preterido. Nótese que en este caso no tiene preferencia el título más antiguo (salvo que ninguno de los contendientes tenga registro: art. 1135 CC), sino el título primeramente inscrito, aunque pudiera ser de fecha posterior.

No obstante, **el legislador quiso establecer excepciones a este principio, y por ello consagró en el segundo párrafo del art. 2022 CC una típica oración adversativa**, es decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal y, en consecuencia, la única manera que ambas oraciones puedan ser interpretadas en forma lógica es considerar que la secundaria resulta ser una excepción de la principal. La única manera de comprender en forma inteligible ambas frases es considerar que la primera es la regla general, mientras la segunda es la excepción.

En nuestro caso, la frase principal dice que entre derechos reales que se oponen mutuamente, o incompatibles, prima el derecho inscrito (1º párrafo), mientras la frase secundaria señala que en otro tipo de conflictos se aplican las disposiciones del derecho común (2º párrafo), lo cual implica una frase adversativa o de excepción frente a la primera. Si ello es así, entonces la oración principal consagra al registro como criterio de preferencia, mientras la oración secundaria –recuérdese que es adversativa– lo niega, por lo cual ésta se entiende muy fácilmente: si la regla general utiliza el registro, entonces la excepción implica que el registro **NO SIRVE COMO CRITERIO DE PREFERENCIA**, y por eso se trata de una regla de negación frente a la anterior. Por tanto, **en un determinado tipo de conflicto, la regla de preferencia no está dada por el registro, sino por las disposiciones del derecho común, esto es, por la preferencia del derecho real sobre el personal o por la simple antigüedad del título.**

Ahora bien, la excepción contenida en el segundo párrafo se refiere a los conflictos entre “derechos de distinta naturaleza”, por lo que normalmente ello se ha entendido aplicable para los casos de enfrentamiento entre derechos reales y obligacionales. Sobre el particular vale recordar que en el registro inmobiliario normalmente se inscriben derechos reales, pues el registro es un mecanismo de publicidad de titularidades estables, inherentes y con potestad de persecución, y solo por excepción se inscriben derechos obligacionales. ¿Cuáles son éstos? 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 el embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tiene su propia norma de protección frente a terceros (art. 1708-1 y 2023 CC). Siendo ello así, el segundo párrafo del art. 2022 **EN LA PRÁCTICA SE REFIERE ESPECÍFICAMENTE A LA HIPÓTESIS DE CONFLICTO ENTRE LA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD NO-INSCRITA Y EL EMBARGO INSCRITO.**

Si bien este segundo párrafo contiene una regla de difícil comprensión, sin embargo, la argumentación antes señalada ayuda a entender cuál es su verdadero sentido, por más que la redacción del texto legal deje mucho que desear. Por lo demás, la voluntad del legislador queda manifestada en forma evidente de la lectura de la Exposición de Motivos del Código<sup>58</sup>.

Por el lado contrario, se sostiene que el art. 2022, 2º párrafo CC no se aplica al conflicto propietario no-inscrito vs. embargante inscrito. **Ante ello cabe preguntarse en forma directa: ¿y entonces cuál es la hipótesis a que se refiere esa regla?** Según este sector de la doctrina, simplemente la norma no regularía nada, por lo que debe presumirse dos cosas: o que el legislador dicta reglas en blanco, sin materia real a la que referirse, o que la regla está derogada por obra y gracia de esta “interpretación”. Cómo ambas afirmaciones son francamente absurdas, y nadie puede sostenerlas con un mínimo de seriedad, entonces la única conclusión posible es que la postura de los contradictores se cae sola pues constituye un salto al vacío.

En su reciente artículo, el opositor intenta una explicación francamente inaceptable, pues señala que: *“los artículos 1135, 1584, 1670, 1708, 2016, 2022 primer párrafo, 2023, etc. del CC, resuelven el conflicto (sic) entre derechos subjetivos<sup>59</sup>, que recaen sobre un bien inscrito, recurriendo a la inscripción como criterio determinante (...) no vemos cuál sería la justificación para pensar que al redactar el este (sic) segundo párrafo el legislador haya querido que el criterio solucionador (sic) sea otro”<sup>60</sup>.*

Es muy fácil desbaratar este argumento:

---

<sup>58</sup> COMISIÓN REVISORA DEL CÓDIGO CIVIL. *Exposición Oficial de Motivos del Código Civil de 1984 – Registros Públicos*, separata especial publicada en el diario oficial el 19 de noviembre de 1990, pág. 21.

<sup>59</sup> Error según la terminología conceptual inútil que utiliza dicho autor, pues en lugar de “derechos subjetivos” debió indicarse el de “situaciones jurídicas de ventaja”. Dentro de esa maraña de conceptos: ¿acaso la opción, regulada en el art. 2023 CC, es derecho subjetivo?

<sup>60</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 83.

- i) El art. 2022, segundo párrafo, se refiere específicamente al conflicto entre propietario no-inscrito y embargante inscrito.
- ii) Por tanto, ¿qué tienen que ver los arts. 1135, 1584, 1670, 1708, 2016, 2022 primer párrafo, 2023 CC, si éstos NO SOLUCIONAN el conflicto antes mencionado? No se entiende para qué se citan normas inaplicables al caso. La motivación se desmorona por sí sola cuando se intenta pasar gato por liebre, lo que en el mundo jurídico equivaldría a fundamentar una solución con una norma inexistente o con otra que regula un caso distinto.
- iii) El art. 1135 se aplica a los concursos de acreedores de dar bienes inmuebles, pero el embargo judicial no produce obligación de entrega. Por tanto, se trata de una norma inaplicable.
- iv) El art. 1584 regula el pacto de reserva de propiedad como oponible a los embargantes con el solo escrito de fecha cierta, sin inscripción, lo que termina dándonos la razón. Por su parte, cuando se trata de terceros adquirentes entonces sí se necesita la inscripción del pacto, pero por los fundamentos ya anotados el embargante no es tercero registral.
- v) El art. 1670 se refiere a la concurrencia de arrendatarios. ¿Qué tiene que hacer este precepto con los embargantes?
- vi) El art. 1708 se circunscribe al conflicto entre el arrendatario inscrito y los sucesivos adquirentes del bien. Nuevamente el acreedor embargante no tiene sitio en esta norma.
- vii) El art. 2016 es absolutamente inaplicable pues se refiere al criterio de preferencia entre derechos compatibles (principio de prioridad), y no tiene vinculación con la disputa entre embargante inscrito y propietario no-inscrito<sup>61</sup>.
- viii) El art. 2022, primer párrafo, es la regla general cuya excepción justamente lo constituye el conflicto materia de estudio y que se encuentra regulado en el segundo párrafo.
- ix) El art. 2023 se circunscribe a la opción, y los embargantes no tienen nada que hacer allí.

En conclusión, no se entiende una opinión que se sustenta en normas simplemente inaplicables, o que más bien nos dan la razón (art. 1584 CC). Por otro lado, no se explica cómo podría entenderse una norma con dos párrafos, ambos con distintas soluciones, cuando se considera que el segundo párrafo remite al criterio de registro, igual que el primer párrafo; en cuyo caso hubiera bastado un solo apartado y no dos. En efecto, el opositor nada sostiene para explicar qué significa la siguiente norma

---

<sup>61</sup> Para un mayor detalle sobre los alcances estrictos del principio de prioridad, puede verse: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Introducción al Derecho Registral y Notarial*. Jurista Editores. Lima 2008. Pág. 245 y siguientes.



vigente en nuestro ordenamiento: “Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. ¿Qué hipótesis regula? ¿Qué regla está implicada dentro de las disposiciones del derecho común? ¿y si dentro de esa regla está la preferencia por el registro entonces para qué existe ese segundo párrafo?<sup>62</sup>.

Por nuestra parte, debemos precisar que el art. 2022, segundo párrafo CC, excluye la preferencia del registro cualquiera fuese la norma que la contemple, dentro o fuera del Libro IX del Código Civil; por tanto, no existe incongruencia alguna que en el resto de ese cuerpo normativo se utilice el criterio del registro, ya que en todos estos casos ese elemento queda excluido a favor de la primacía natural del derecho real por sobre el obligacional, o por la antigüedad del título<sup>63</sup>.

## **SOBRE LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMÚN**

También se critica que la remisión normativa del art. 2022, segundo párrafo, se realice a las disposiciones del derecho común, pues en realidad ese mandato no significa nada. Se dice, para ello, que este concepto alude al derecho civil en su conjunto, lo que incluye al derecho registral<sup>64</sup>.

Esta línea argumentativa se desmonta de la siguiente manera:

- i) Se dice que el art. 2022, segundo párrafo, se remite a las disposiciones del derecho común, lo cual alude a todo el derecho civil, incluyendo el art. 1135 que vendría a ser, sin más, una norma propia del derecho común, y si ella también otorga preferencia en virtud del registro, entonces el citado segundo párrafo se limita a efectuar un reenvío en círculo, pues si bien la oración adversativa lleva a excluir la solución del registro, empero, en forma sorprendente a través de una construcción artificiosa, la oración termina recogiendo al registro como criterio de preferencia, con lo cual la negación termina siendo una

---

<sup>62</sup> Puede advertirse ese silencio en: RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 82.

<sup>63</sup> En el ámbito de los derechos inmobiliarios contrapuestos (por ejemplo: la doble venta que realizó un mismo propietario a favor de dos compradores), la preferencia se establece en virtud de la aplicación de dos reglas técnicas previstas por nuestro ordenamiento, ora la antigüedad de la inscripción, ora la antigüedad del título de enajenación (véase art. 1135 CC). No hay nada más. O tiene primacía el comprador que inscribió primero, o la tiene el comprador con título cronológico más antiguo. Pues bien, si el segundo párrafo del art. 2022 CC constituye una oración adversativa con respecto al registro, entonces solo cabe admitir que la fórmula de solución de conflictos en determinados casos excepcionales es **la regla técnica que no contempla el registro**.

<sup>64</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 82.

afirmación. Por lo visto, en algunos casos la lógica puede quedar excluida del debate jurídico, y ello con toda impunidad.

- ii) Recuérdense que el art. 2022 se encuentra ubicado en el libro IX del Código Civil que regula los principios registrales, por lo cual la oración adversativa del segundo párrafo necesariamente excluye al registro como criterio de preferencia, pues resulta una excepción del primer párrafo. En ese orden de ideas las “reglas del derecho común” aluden a las soluciones propias del derecho civil que excluyen el registro. En tal sentido, se encuentra el art. 949 por el cual la transmisión opera en mérito del solo consenso, y en tal virtud el comprador se hace domino, aun con título no-inscrito, y por tal razón puede oponerse a un embargante que está afectando un bien que ya no es propiedad del deudor.
- iii) Por lo demás, el art. 1135 sí puede considerarse norma de derecho común, en cuanto regula la preferencia por la antigüedad de los títulos, pero no en cuanto al criterio registral, por ser esa la manifiesta intención del legislador al consignar una oración adversativa en el segundo párrafo del art. 2022. A mayor abundancia de fundamentos se tiene la expresa voluntad del legislador contenida en la exposición de motivos oficial, y en los fundamentos de orden social, económico y moral ya expuestos en el presente trabajo.
- iv) Respecto al concepto de “derecho común”, éste 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 jurídico-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 dudas, en el ámbito general del derecho civil, pero no en el derecho común.
- v) La misma situación se presenta en el ámbito del registro, cuyo Libro IX del Código constituye una desviación, excepción o modificación de los principios generales del derecho civil general. En consecuencia, la materia jurídico-registral no es derecho común, y ello no comprende solamente las normas del Libro IX, sino todas aquellas reguladoras de los efectos de la inscripción, sin importar la ubicación sistemática en que se ubiquen en el cuerpo normativo. No por casualidad el derecho

registral comenzó a enseñarse en las Facultades como parte de la asignatura denominada “derechos civiles especiales”.

- vi) El término “derecho común” no es extraño a nuestra legislación. El art. 2º del Código de Comercio señala que los actos de comercio se rigen por la ley común, los usos de comercio y el derecho común. Es evidente, pues, que en este caso la referencia es a las disposiciones generales del derecho civil; y en ningún caso la remisión se haría con normas del derecho agrario, minero o notarial.

En conclusión, la referencia del art. 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 jueguen las especialidades propias del registro, el cual se considera una especialidad dentro del derecho civil<sup>65</sup>.

## **LAS NORMAS PROCESALES SOBRE TERCERÍA DE PROPIEDAD SON COMPATIBLES CON NUESTRA INTERPRETACIÓN DEL ART. 2022, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL**

Hay algo más que reafirma nuestra interpretación sobre el art. 2022, 2º párrafo CC: las normas procesales admiten que el propietario NO-DEUDOR pueda levantar un embargo sobre sus bienes a través del proceso de tercería de propiedad, cuya finalidad es impedir la ejecución forzada de un bien en tanto su propietario no es el obligado en la ejecución (es un “tercero”, y de allí el nombre de “tercería”). Los requisitos para la estimación de una demanda de tercería de propiedad son los siguientes:

- i) Ser propietario del bien afectado por el embargo;
- ii) El propietario debe sustentar su derecho, por lo menos, con documento de fecha cierta anterior a la traba del embargo;
- iii) La demanda de tercería debe instarse antes de la diligencia de remate.

---

<sup>65</sup> Con esto queda aclarada la injustificada crítica realizada por el opositor cuando sostenemos que el Derecho registral es derecho civil (RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre 2009. Pág. 82. Nota 42). Nos reafirmamos en esa conclusión, pero constituye un error considerar que la materia jurídico-registral es “derecho común”, cuando en realidad se trata de una especialidad del derecho civil. Una prueba de ello se encuentra en la existencia de una ley especial, normas y principios propios, una profusa normativa reglamentaria alejada del Código Civil que ha dado lugar a un “derecho privado aprobado por entidad administrativa”. Si todo ello no comprueba su especialidad, entonces no sabemos de qué estamos hablando.

Pues bien, fácil es advertir que según la norma procesal el propietario puede lograr el levantamiento del embargo con la **presentación de un documento de fecha cierta anterior a la traba del embargo**, es decir, no se requiere de un título de propiedad registrado ni siquiera en el caso de los bienes inscribibles. Siendo ello así, el propietario no-inscrito puede salvarse del embargo si prueba la preexistencia de su derecho con un documento fehaciente de transferencia de dominio (arts. 533 y 535 CC). Esta solución procesal calza con la solución sustantiva, pues el propietario no-inscrito, siempre que su título sea comprobadamente de fecha anterior, se opone al embargante inscrito. En consecuencia, se trata de una excepción a la primacía de los títulos registrados que viene consagrada en la norma del Código Civil, y que se ratifica en la norma procesal.

En conclusión, el acreedor embargante que inscribe tiene a su favor un efecto “limitado”, pues sí se opone a los actos de disposición posteriores a la inscripción, los cuales quedan afectos con dicha carga (art. 656 CPC). Asimismo resulta preferente a los derechos de garantía o embargos inscritos en forma posterior (art. 2016 CC). Por el contrario, el embargo inscrito no se opone a la propiedad u otro derecho real, aun cuando no esté inscrito, siempre que se pruebe la anterioridad con título fehaciente, y ello precisamente en virtud de las reglas del “derecho común” que excluyen el criterio de preferencia registral por el de antigüedad del título de enajenación (arts. 949, 1135 2º parte y 2022 2º párrafo CC; arts. 533 y 535 CPC).

Esta solución se impone por los fundamentos jurídicos, sociales y económicos que hemos expuesto a lo largo del presente (y extenso) ensayo, lo que además no resulta extraño en el derecho comparado, ya que esa misma es la regla, por ejemplo, en el ordenamiento español: *“La jurisprudencia (recogiendo conceptos de la exposición de motivos) se funda para ello en que las anotaciones –de embargo- no crean ni declaran ningún derecho, ni modifican el carácter o naturaleza de las obligaciones que garantizan, ni mucho menos convierten en real e hipotecaria la acción que no tenía antes este carácter, ni pueden lastimar el dominio sobre la finca, ni el de las hipotecas o gravámenes anteriores a la anotación, ni producen otro efecto que el de que el acreedor que las obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados, solamente a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad”*<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> ROCA SASTRE, Ramón María. *Derecho Hipotecario*, 5º edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1954, Tomo III, pág. 498.

La posición criticada tampoco calza con las normas procesales, pues si un embargante inscrito se opone siempre a un propietario no-inscrito, entonces queda sin solución la interrogante siguiente: **¿en qué casos resultaría fundada la demanda de tercería en bienes inmuebles inscritos?** Por tanto, los contradictores no solo tendrían que justificar la inutilidad de la norma sustantiva (art. 2022, 2º párrafo CC), sino también de una segunda norma, ésta procesal (art. 533 CPC). ¿Se puede admitir una interpretación que deroga de un plumazo dos reglas de nuestro ordenamiento jurídico?

## **EL LEGISLADOR PROCESAL DE 2008 SÍ HA PUESTO FIN AL DEBATE**

Es común, empero, que los propietarios no-inscritos formulen tercerías de propiedad durante el proceso de ejecución de hipoteca. Recuérdese que la tercería es un mecanismo de protección del derecho de propiedad, por medio del cual se impide la ejecución forzada de un bien, cuyo propietario no es el obligado en un proceso de ejecución. El efecto fundamental de las tercerías de propiedad es **SUSPENDER** el remate del bien afectado hasta que se resuelva sobre el derecho de propiedad del tercerista. De acuerdo con la versión original del art. 533 CPC, la tercería procede en todo caso en que se alegue la propiedad respecto a un bien sujeto a ejecución forzada. Pues bien, la ejecución forzada puede provenir ya sea del embargo sobre un inmueble, o de la ejecución de la hipoteca sobre el mismo. Por tanto, al no preverse excepción en la norma, fue moneda corriente entender que el intérprete no podía hacer distinciones y solo le quedaba aplicar mecánicamente la ley.

La solución al enfrentamiento entre propiedad no-inscrita e hipoteca inscrita está prevista en el primer párrafo del artículo 2022 CC, el cual regula los supuestos de conflicto entre derechos reales, siendo el factor determinante la inoponibilidad del título no-inscrito. Por tanto, aun cuando se acredite fehacientemente que el tercerista adquirió la propiedad antes de la constitución de hipoteca (por ejemplo, a través de un documento de fecha cierta), ello no perjudica al acreedor hipotecario que se encuentra protegido por el principio registral ya señalado. Por tal razón, incluso durante la vigencia del texto original del art. 533 CPC, las tercerías de propiedad debieron resultar improcedentes en los procesos de ejecución de hipoteca, en tanto el acreedor hipotecario se encuentra amparado en el principio de inoponibilidad, dejando de lado la regla consensualística del derecho civil “puro” que no opera en los casos conflictuales entre derechos reales. Con buen criterio, en algunos pocos casos los Tribunales declararon improcedentes de plano las tercerías, y no solo infundadas luego del

proceso judicial (Casación No. 2318-2001-Lima). Esta solución se justifica por cuanto un propietario clandestino **NO SE LE CONSIDERA TAL** frente al acreedor hipotecario inscrito que entra en oposición por virtud del principio de inoponibilidad del título no-inscrito frente al inscrito. En consecuencia, el titular no-inscrito no puede oponer su derecho y por ello se le reputa como “*non-domino*” al no existir su título, por lo que carece de legitimación para instar una acción típica de los propietarios, cuál es, la tercería.

Ahora, el tema ha quedado resuelto en forma definitiva pues nuestra interpretación es acogida en el nuevo art. 533 CPC, modificado por el Dec. Leg. 1069, en el cual se señala que la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, es decir, por un embargo preventivo o definitivo, según la antigua terminología. La norma agrega algo más: en el caso de garantías reales la tercería solo procede cuando el derecho del tercerista **SE ENCUENTRA INSCRITO CON ANTERIORIDAD**. Esta modificación permite llegar a las siguientes conclusiones:

- i) No cabe tercería en los casos de ejecución de hipoteca por cuanto este derecho ya consta inscrito, por lo que su titular se opone frente a cualquier transferencia de dominio no-inscrita, y sale vencedor en el conflicto de títulos. El afectado no puede acudir al proceso sumario de tercería, sino a uno plenario de nulidad de hipoteca y/o reivindicación, con la consiguiente necesidad de instar una medida cautelar.
- ii) Solo excepcionalmente sería procedente la tercería cuando la transferencia de dominio se inscribió antes, y a pesar de ello se inscribe después la hipoteca, lo cual solo puede ocurrir solamente en casos patológicos en los cuales el registrador inscribió indebidamente la hipoteca a pesar de existir una transferencia de dominio registrada con anterioridad o en el caso de duplicidad de partidas, por ejemplo.

El legislador procesal de 2008 ha sido contundente, pero siempre hay alguien que intenta negar lo evidente. Así ocurre con el contradictor: “*tal norma no ha dicho nada en torno al conflicto entre un derecho real y un derecho de crédito inscrito en forma de embargo (sic), por ello, mal se haría al afirmar que la solución para este conflicto puede desprenderse de la redacción de un artículo que nada dice en torno a él*”<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> RONQUILLO PASCUAL. Op. Cit. Septiembre. Pág. 85.

Yo creo que en este caso hay un problema de ceguera de alguien, y el amable lector tendrá la responsabilidad de dilucidar quien necesita lentes. Para ello, me permito citar textualmente la norma en cuestión:

**Artículo 533 CPC, modificado por Dec. Leg. No. 1069:**

*La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y solo*

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

Según el contradictor “tal norma no ha dicho nada en torno al conflicto entre derecho real y un derecho de crédito inscrito en forma de embargo”. Pues bien, centrémonos en el primer párrafo del art. 533 y claramente advertiremos que en él se habla de un conflicto entre un propietario (de los bienes afectados) contra el titular de una medida cautelar o de ejecución (embargo) que justamente fue el causante de la afectación. Por tanto, no hay nada más claro y evidente pues esta norma se está refiriendo en forma textual al problema que surge entre un acreedor embargante (por medida cautelar o de ejecución) y el propietario de unos bienes afectados. Resulta, pues, totalmente falso que la norma procesal no se refiera al tema.

Por tanto, de acuerdo con la norma comentada, la tercería solo cabe en los embargos, para lo cual debe recaudarse título de fecha cierta, sin necesidad de inscripción (art. 535 CPC), lo cual ratifica que un propietario no-inscrito sí puede oponer su derecho frente al embargante inscrito.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 533 reafirma esa interpretación, pues en la práctica la tercería no cabe contra ejecuciones de bienes dados en garantía real, salvo situaciones anómalas de inscripciones viciosas, por lo que a *contrario sensu* debe entenderse que la tercería solo corresponde contra embargos.

De esta manera, el nuevo art. 533 CPC encaja perfectamente con el art. 2022, 2º párrafo CC, y pone fin a un debate realmente innecesario. En efecto, no cabe tercería de un propietario no-inscrito, o inscrito posterior, frente a un acreedor hipotecario anterior. Por el contrario, y de acuerdo con la dicción literal del primer párrafo del citado art. 533, la tercería queda reducida al propietario no-inscrito, con título de fecha anterior, frente al

embargante inscrito, por lo que en ese caso corresponde aplicar el criterio de la antigüedad de los títulos, y no del registro.

## CONCLUSIONES

El comprador no-inscrito es propietario (art. 949 CC), y podrá ejercer todas las potestades que le corresponden a su derecho frente a cualquier tercero indeterminado. Se trata de una propiedad absoluta y no relativa. Sin embargo, si ese comprador no-inscrito entra en conflicto con un comprador inscrito respecto al mismo bien, entonces la preferencia legal vendrá dada a favor de este tercero que inscribe, y por la evidente razón práctica de tutelar la seguridad jurídica en los actos de adquisición y transmisión (arts. 1135 y 2022 CC). Nótese que la inscripción declarativa solamente juega un especial papel cuando existe conflicto de titularidades, que es una hipótesis excepcional, pues fuera de ella rige sin ningún problema la regla consensual del art. 949.

El conflicto se presenta entre el propietario que desea conservar su derecho, mientras el acreedor pretende ejecutar el bien de un tercero por el hecho de no encontrarse todavía inscrita la transferencia. Para hallar una solución armoniosa es necesario pensar en las razones de ambos contradictores, y no dejarse seducir por una solución facilista de imponer el registro en aras de la simple seguridad jurídica (“solo el titular inscrito es propietario y vence siempre en caso de conflicto”). Si bien existe un “interés del adquirente o del acreedor” por consolidar la transmisión o ejecutar los bienes, también existe un legítimo “interés del propietario” en conservar su derecho. En tal sentido, el jurista debe quedar prevenido de buscar soluciones mágicas y dogmáticas, pues la compleja realidad exige repensar los intereses en pugna que se encuentran detrás de todo conflicto.

Nótese lo importante que significa este tema en un país en el cual se ha necesitado expedir profusa legislación para formalizar los predios urbanos y rurales, y que a pesar de la inversión pública en esa materia aún no se culmina con ese proceso. Pues bien, si la situación de la propiedad en el Perú nos indica que existen muchos titulares, incluso inmemoriales, que no cuentan con inscripción en el registro, entonces resulta comprensible que no se pretenda arrasarse con los derechos adquiridos de todos ellos.

El art. 2022 CC contiene dos reglas: una general y otra excepcional. Por la primera el conflicto entre derechos reales sobre un mismo bien se resuelve a favor del título inscrito. Por la segunda, en virtud de su carácter de oración adversativa, ya no se utiliza el registro como criterio de preferencia



en los conflictos entre derechos reales y obligacionales, sino el título más antiguo. Así lo reconoce la exposición de motivos del Código, así como las consideraciones sistemáticas, teleológicas y constitucionales anotadas en este trabajo.

Siendo ello así, los legisladores civil (1984) y procesal civil (1993, reiterado en 2008) han tomado una clara posición: las deudas se pagan con los bienes del deudor, y no con el patrimonio de terceros. No hay mayor injusticia que permitir la privación de un propietario sin causa válida para ello, y solo con la dudosa finalidad de sobreproteger a los acreedores financieros, dentro de cuyo riesgo está calculada la insolvencia del deudor, y que por tal virtud bien pudieron precaverse con distintos mecanismos de aseguramiento, tales como la fianza, las garantías reales, entre otras.

Por su parte, la solución de un sector de la doctrina a favor del embargante inscrito también adolece de defectos insubsanables:

- i) Es inmoral, pues sin ninguna razón justificada pretende que la deuda de uno se pague con los bienes de otros.
- ii) Es inmoral, pues privilegia a las entidades financieras, ya de por sí en situación de primacía económica frente al ciudadano común. Si el propietario es negligente por no inscribir, entonces ¿por qué no se toma en cuenta la negligencia del acreedor que no pidió una garantía real y se conformó con un crédito personal?
- iii) Es inmoral, pues el crédito personal implica la asunción de un mayor riesgo por parte del acreedor, con el consiguiente aumento de la tasa de interés y obtención de un posible mayor lucro. Esa mayor tasa compensa el elevado riesgo de la insolvencia del deudor ante la falta de una garantía real. No obstante, el acreedor pretende mantener el lucro de la tasa, pero quiere evadir el riesgo a través del embargo de bienes ajenos por efecto de la sola apariencia registral. No es ético que el deudor sufra una mayor tasa, en compensación del riesgo, pero que el acreedor en realidad no se juegue ese riesgo por medio de la afectación de bienes de terceros.
- iv) La doctrina italiana no tiene interés en esta materia, pues su registro es muy distinto al nuestro. En efecto, en el registro italiano “todo se inscribe”, pues no hay tracto sucesivo, no hay calificación, no hay titulación pública, hay folio personal e inscripción de títulos viciosos.
- v) El embargo es una medida judicial que no cambia la naturaleza del derecho discutido; en este caso, un crédito. Siendo ello así, el embargo no puede oponerse a transferencias de dominio ya realizadas, pues en tal caso prevalece el derecho real. Ahora bien,

el embargo judicial sí tiene un importante fin, no en orden sustancial, sino en el aseguramiento del proceso, a través de la afectación del bien respecto de los actos de disposición sucesivos al embargo, pero nunca los anteriores.

- vi) Las disposiciones del “derecho común” no se refieren a las normas registrales por dos motivos. Primero, la oración adversativa del segundo párrafo del art. 2022 CC crea una excepción frente al régimen del primer párrafo circunscrito a la oponibilidad registral. Segundo, el “derecho común” es el derecho civil general, y no incluye a sus especialidades en el derecho agrario, urbanístico, minero, entre otros. El derecho registral, como derogación de los principios generales del derecho civil, constituye una especialidad que no se encuentra incluido en ese concepto.
- vii) Se olvida del art. 2022, segundo párrafo, del Código Civil, que tiene una clara preferencia por la tutela de la propiedad, con lo cual se desarrolla la norma constitucional que se encuentra en consonancia con la primacía de la propiedad no-inscrito sobre el acreedor embargante.

Por último, la cuestión ha quedado resuelta a favor de nuestra interpretación, pues el nuevo art. 533 CPC, modificado por el Dec. Leg. 1069, señala ahora que la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, es decir, por un embargo preventivo o definitivo, según la antigua terminología. La norma agrega algo más: en el caso de garantías reales la tercería solo procede cuando el derecho del tercerista SE ENCUENTRE INSCRITO CON ANTERIORIDAD. Esta modificación permite llegar a las siguientes conclusiones, ahora sí definitivas ante la voluntad del legislador: a) No cabe tercería en los casos de ejecución de hipoteca por cuanto este derecho ya consta inscrito, por lo que su titular se opone frente a cualquier transferencia de dominio no-inscrita, y sale vencedor en el conflicto de títulos. El afectado no puede acudir al proceso sumario de tercería, sino a uno plenario de nulidad de hipoteca y/o reivindicación, con la consiguiente necesidad de instar una medida cautelar. Solo excepcionalmente sería procedente la tercería cuando la transferencia de dominio se inscribió antes, y a pesar de eso se inscribe después la hipoteca, lo cual solo ocurre por grave error registral cuando se ha infringido la regla del tracto sucesivo o en casos patológicos de duplicidad de partidas; b) Por el contrario, solo caben las tercerías en los embargos fundándose en título de fecha cierta, sin necesidad de inscripción, lo cual ratifica que un propietario no-inscrito sí puede oponer su derecho frente al embargante inscrito.

**Por tanto, el nuevo art. 533 CPC encaja perfectamente con el art. 2022, 2º párrafo CC, y pone fin a un debate que siempre fue innecesario.**

Quiero culminar esta exposición con la frase del sabio italiano Emilio Betti que debe servir de guía para las investigaciones jurídicas: *“En pocos campos se advierte, como en éste, que la comprensión de la estructura jurídica postula una consideración teleológica de las relaciones y una valoración comparativa de los intereses tenidos en cuenta por el Derecho. En pocos campos se revela con mayor evidencia que en éste el pleno fracaso de un árido análisis formal, abstractamente conceptualista, como el propuesto por la orientación estatalista y antiteleológica kelseniana”*<sup>68</sup>. Y seguidamente el maestro agrega la siguiente invocación, en nota a pie de página, para quienes se apresuran en el oficio de jurista: *“Lo que no quita que para algún joven (Luigi Mengoni) la consideración teleológica venga considerada como una contaminación. Pero para los jóvenes es dado siempre esperar que una madurez, profundizada en la experiencia del fenómeno jurídico, les enseñe a corregir puntos de vista unilaterales”*. No hay nada más que decir.

---

<sup>68</sup> BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. EDERSA. Madrid 1969. Traducción del italiano de José Luis de los Mozos. Tomo I, pág. XVI.