



Eugenia Ariano Deho^(*)

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)^()**

The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

QUIEN SIN SABER NADA SE ENFRENTARA AL MERO TEXTO DEL ARTÍCULO 2022 DEL CÓDIGO CIVIL SE ENCONTRARÍA QUE EN SU PRIMER PÁRRAFO SE ESTABLECE COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE TITULARES DE DERECHOS REALES EL DE LA PRIORIDAD DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL (ESTO ES, EL CRITERIO ESTABLECIDO, EN TÉRMINOS MÁS GENERALES, POR EL ARTÍCULO 2016 DEL CÓDIGO CIVIL). MIENTRAS QUE, EL SEGUNDO ESTABLECE (EN EFECTO) QUE EN EL CASO DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS DE DISTINTA NATURALEZA, ESTO ES, NO REALES, SE APLICA EL DERECHO COMÚN (ESTO ES, NO EL CRITERIO DE LA PRIORIDAD DE LA INSCRIPCIÓN).

Resumen: El presente trabajo pretende aportar un enfoque distinto al debatido tema del criterio de solución de lo que ha venido a llamarse “propiedad no inscrita vs. embargo inscrito”. En él, se sostiene que todas las soluciones que se han planteado (incluso la adoptada como “precedente vinculante” en la Sentencia del VII Pleno Casatorio) parten de un error de óptica, pues miran el acto del embargo de manera *estática*, como si se tratara de un acto que crea una *situación final*, olvidando así que el embargo es un acto procesal que no es fin en sí mismo, sino que se inserta en la *dinámica* del proceso de ejecución, proceso en el cual se produce la *situación final* (la adjudicación del bien embargado al postor adjudicatario o al acreedor-adjudicatario, esto es, la adquisición de un derecho real). Observado, en

(*) Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Procesal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de Lima. Experta en Derecho Procesal.

(**) Nota del Editor: El artículo fue recibido el 15 de julio de 2016 y aprobada su publicación el 16 de julio del mismo año.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

cambio, el embargo en la *dinámica* del procedimiento ejecutivo, como acto que *prepara* la enajenación forzada del bien, se postula, como criterio de solución al problema, el de la prioridad registral (esto es, la contenida en el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, pero con el atemperante de la apreciación de la buena fe), en cuanto la anotación del embargo “reserva prioridad” al acto de enajenación forzada del bien.

Palabras clave: Propiedad no Inscrita *versus* Embargo Inscrito - Prioridad Registral - Tutela de las Apariencias - Buena Fe - Enajenación Forzada - Proceso de Ejecución

Abstract: This article provides a different approach to the debated issue of the criterion of solution of what has come to be called “property not registered vs. embargo registered”. In it, it argues that all the solutions that has been raised (even the adopted as “binding precedent” in the judgment of the Seventh Civil Cassation Plenary) are based on an optical error, because they look at the embargo act of a *static* way, as if it were an act that creates a *final situation*, forgetting that the embargo is a procedural act that is not an end in itself, but is inserted into the *dynamic* of the execution process, a process in which the *final situation* occurs (the awarding of the asset under seizure to the successful bidder or creditor, that is, the acquisition of a real right). Observed, however, the embargo on the *dynamic* of the executive procedure, as an act that *prepares* the forced alienation of the asset, is postulated, as a criterion of solution to the problem, that of priority registration (that is, the contained in the first paragraph of the article 2022 of the Civil Code, but with the tempering of the appreciation of good faith), once the annotation of the embargo “reserve priority” to the act of forced alienation of the asset.

Keywords: Property not Registered *versus* Embargo Registered - Priority Registration - Tutelage of the Appearances - Good Faith - Forced Alienation - Execution Process.

1. Premisa

En junio del año 2015, cuando me encontraba dándole la última revisión al texto que llevaría por título “Por una interpretación del artículo 2022 del Código Civil acorde con el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional”⁽¹⁾, trabajo en que, tras mil

y una hesitación, plasmaba por escrito lo que desde algún tiempo sostenía verbalmente en mis clases al tratar sobre la tercería (llamada *de propiedad*, ocurrió algo que me detuvo: con fecha 11 de junio la Sala Permanente de la Corte Suprema convocó a un (llamado *Pleno Casatorio Civil* (el que devino en el séptimo) a realizarse el 17 de julio de ese año, con la finalidad de:

“(…) dilucidar si un derecho de propiedad no inscrito debe o no imponerse frente a un embargo inscrito de fecha posterior, cosa que necesariamente presupone establecer los alcances de lo prescrito en la última parte del artículo 2022 del Código Civil”.

Visto que mi trabajo tenía como (ambicioso) objetivo *demostrar* que tales conflictos no se debían resolver con el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, sino con su primer párrafo, esto es, en base a la normativa registral, la prudencia me aconsejó que debía suspender la publicación del trabajo hasta la emisión de la respectiva sentencia.

Sin embargo, si la prudencia suele ser buena consejera, no lo fue en este caso, pues en la Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima, aparece una frase que me heló la sangre, que la doctrina:

“(…) se ha mostrado conforme al señalar que la *ratio decidendi* debe circunscribirse a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. De este modo, la doctrina no ha planteado la posibilidad de que la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos deba resolverse al margen de lo dispuesto en ese dispositivo legal”⁽²⁾.

(1) Que era mi Estudio de Investigación, realizado en el año 2014, para la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Estudio de Investigación SIN/SIN No. 140201205).

(2) Así en el Considerando II, último párrafo.



Eugenia Ariano Deho

Ergo, al leer este párrafo de la sentencia me di cuenta que erré al no publicar mi trabajo, no porque considere que podía haber cambiado la *historia*, pero sí, por lo menos, que (quizá) mi enfoque habría sido tenido en cuenta.

Como la sentencia, en buena cuenta, nos deja en la misma situación en la que estábamos antes de ella, pienso que mi enfoque del problema, si bien ya inactual a los efectos de que se establezca un *precedente vinculante*, podrá servir para ulteriores reflexiones y quizá, como viene aupado por la propia sentencia, para una expresa y racional (esto es, libre de sentimentalismos) toma de posición del legislador.

2. La creación del Registro de la Propiedad Inmueble y el surgimiento del problema en la jurisprudencia

El problema del cómo resolver el conflicto que se suscita cuando se embarga un bien inscrito a nombre del deudor y el tercero que alega haberlo adquirido antes de la traba se remonta a la propia creación del Registro de la Propiedad Inmueble.

En efecto, con la finalidad de “dar seguridad a los que contratan sobre propiedades inmuebles”, mediante Ley del 2 de enero de 1888 se creó el Registro de la Propiedad Inmueble, ley que en su artículo 3 habilitó la inscripción no solo de los “contratos y demás títulos traslativos de dominio”, sino también, entre otros:

“Las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del bien”⁽³⁾.

Por tanto, desde la creación de Registro de la Propiedad Inmueble, se abrió la posibilidad⁽⁴⁾ de inscribir embargos, tanto los dispuestos en los juicios ejecutivos, como aquellos dictados como mera “medida precautoria”⁽⁵⁾. A la par, en su artículo 7 se prescribió:

- (3) El texto íntegro del artículo 3 de la Ley de 1888 es el siguiente:
“Se inscribirán en el Registro correspondiente a la circunscripción territorial en que se halla radicado el inmueble: Los contratos de enajenación y los demás títulos traslativos de dominio. Las enfiteusis, censos, servidumbres, hipotecas legales, judiciales y convencionales, anticresis y cualquier derecho real que él grave. Las interdicciones judiciales, las medidas precautorias, los embargos, las demandas y toda providencia o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario. Los derechos de usufructo, uso y habitación. Los contratos de arrendamiento en que se estipule el pago de mejoras, y de duración determinada. Los de plazo indeterminado cuando se haga adelanto de la merced conductiva por más de un año. Las promesas de los contratos que están comprendidos en este artículo”.
- (4) Registro de la Propiedad Inmueble nace como facultativo, por lo que la inscripción, diríamos hoy, se resolvía en una *carga*, en el sentido de que si quería adquirir las ventajas proporcionadas por el registro tendría que realizarse la inscripción; caso contrario, el que no lo hacía se exponía a todas las desventajas.
- (5) En el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, solo recibía el nombre de embargo la medida dictada en los juicios ejecutivos. La “medida precautoria” se llamaba “depósito, intervención y retención”. El nombre “embargo preventivo” fue adoptado recién por el Código de Procedimientos Civiles de 1912. Según el Comité de Reforma Procesal, *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles* (Lima: Sanmartí, 1912), 59: “El embargo preventivo, o sea la ocupación interina de una cosa para asegurar los resultados de un pleito, evitando que la persona responsable eluda sus obligaciones, es la medida precautoria por excelencia: no difiere sino en el nombre de las medidas de este carácter autorizadas por el Código de Enjuiciamientos –el depósito, intervención y la retención– que no son sino formas de embargo. Conviene por lo mismo, dar a estas medidas la denominación de *embargo preventivo*, con que son conocidas en la mayor parte de las legislaciones modernas y que por sí misma explica la naturaleza y el objeto de la institución”.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

“No podrá oponerse a *tercera persona* el dominio total o parcial, derechos reales, hipotecas, contratos, ni los demás títulos de derechos especificados en los artículos 3 y 4, si no están debidamente registrados dentro del término que señale el reglamento que debe dictarse para el cumplimiento de esta ley”⁽⁶⁾.

Por tanto, tan pronto empezaron a inscribirse los inmuebles en el neo Registro, siendo inscribibles los embargos (y demás medidas *precautorias*), el surgimiento del conflicto con el propietario no inscrito era inminente.

Hay que tener presente que en ese momento estaba vigente el Código de Enjuiciamientos en materia Civil de 1852, el que, como todas las legislaciones de derivación española, establecía como medio para que los terceros pudieran hacer valer sus derechos sobre los bienes embargados en un juicio ejecutivo o coactivo, a la (llamada) “tercería” (artículo 1217)⁽⁷⁾, que recibía el nombre de “excluyente” si “el derecho que alega el tercero, es a la propiedad” (artículo 1218).

Con la introducción del Registro, de suscitarse la tercería excluyente respecto de un bien inmueble (ya) inscrito, todo parecía indicar que se contaba con un nuevo criterio *sustancial* para resolverlo: el ya visto del artículo 7 de la Ley de 1888.

3. Un empate técnico

Conforme a la monografía de Edmundo Ubilluz (trabajo que, como se verá, ha sido determinante para inclinar la balanza hacia la tutela del tercero-propietario)⁽⁸⁾ el primer caso en el que se afrontó el problema fue resuelto por la Corte Suprema el 25 de junio de 1901. Por su importancia, bien vale transcribir la síntesis del caso del propio Ubilluz:

“En octubre de 1898, J.U. compró una casa a R. viuda de B. Se otorgó la correspondiente escritura, pero no pudo llegar a hacerse el asiento respectivo en el Registro de la Propiedad Inmueble. En noviembre del mismo año, J.R. demandó a R. viuda de B para el pago de cantidad de soles, valor de una letra, y embargó la casa en diciembre, inscribiéndose inmediatamente la diligencia en el Registro. Entonces, J.U. interpuso acción de tercería excluyente de dominio.

El Juzgado, considerando que la venta había sido anterior al embargo, declaró fundada la tercería. El Tribunal Superior confirmó este auto”.

Pero la Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal del Doctor Calle, declaró infundada la tercería, estimando que la venta no inscrita no podía oponerse al embargante que había hecho registrar el embargo sobre la casa enajenada. El dictamen del Fiscal contiene estos conceptos:

“Una escritura de venta sirve para oponerla, como prueba de la traslación del dominio de la cosa vendida solamente al vendedor; pero de ninguna manera a terceras personas, si no está registrada oportunamente conforme a ley. Es condición *sine qua non* la inscripción en el Registro para la validez y perfeccionamiento de los contratos de

-
- (6) Cursiva en la propia Ley. Es importante también el artículo 16 de la Ley que establecía lo siguiente: “Para que puedan inscribirse los títulos mencionados en los artículos 3 y 4, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad competente conforme a las leyes. Si se inscribiesen actos o contratos que son nulos por la ley, no se subsana la nulidad con el hecho de la inscripción”.
- (7) Así disponía el artículo 1217 del Código de 1852: “En cualquier estado del juicio ejecutivo o coactivo, antes que se haga pago o adjudicación al acreedor de los bienes embargados, puede salir un tercer opositor, alegando derecho a ellos”.
- (8) Nos referimos a la espléndida monografía de Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble* (Lima: Compañía de Impresiones y Publicidad, 1944). Este texto (por lo que me consta) no se encuentra en ninguna biblioteca universitaria por lo que sería oportuno que alguien se anime a reimpresiónla.



Eugenia Ariano Deho

enajenación y traslación de dominio; de tal manera que sin este requisito, o sea, sin la inscripción, se tienen como no hechos, en lo referente a terceras personas⁽⁹⁾.

A este caso, le siguió otro resuelto por la Corte Suprema el 6 de abril de 1903, en el que igualmente la balanza viene inclinada a favor del embargante, bajo el argumento de que “a los ojos de la ley del 2 de enero de 1888” el bien era de propiedad del embargado⁽¹⁰⁾.

Por tanto, en las primeras aplicaciones de la Ley de 1888, la balanza parecía inclinarse hacia la tutela del acreedor-embargante y no a favor del adquirente (clandestino) del bien anterior al embargo, en aplicación, justamente del artículo 7 de la indicada ley.

Pero de allí a poco, se produce un viraje en el seno de la propia Corte Suprema. Es así que en un caso resuelto el 30 de abril de 1903, esto es a pocos meses del indicado líneas arriba, se inicia la línea jurisprudencial que tanto nos angustia hasta el día de hoy. Veamos el caso en la síntesis de Ubilluz:

“Esta ejecutoria recayó en una ejecución seguida contra S., a quien se embargó en 1902 una huerta no inscrita en el Registro de la Propiedad y vendida a Z. por escritura pública en 1897. La compradora interpuso acción de tercería.

El Juez y la Corte Superior, reproduciendo la doctrina de las ejecutorias de 25 de junio de 1901 y 6 de abril de 1903, declararon infundada la tercería.

La Corte Suprema, reaccionando contra esta doctrina, de conformidad con el dictamen fiscal del Doctor Cavero, declaró nulo el embargo y perfectamente legal la venta.

En el dictamen fiscal se lee:

‘Para reportar la garantía que la ley del Registro concede a los que contratan sobre la propiedad inmueble, es necesario que hayan adquirido e inscrito un derecho real que la afecte. El préstamo que no está asegurado por una hipoteca o una anticresis, y que por eso mismo no constituye sino una obligación meramente personal, no se halla bajo el amparo de la institución del Registro de la Propiedad Inmueble. (...) Mas como por una parte ni siquiera está inscrita en el Registro la huerta que es materia de litigio y por otra el ejecutante no ha adquirido sobre ella ningún derecho real que merezca preferencia respecto al título de la compradora, la tercería debe resolverse, no con el criterio de la ley de 2 de enero de 1888, sino con arreglo a las disposiciones del derecho común⁽¹¹⁾.

Lo interesante de este caso es que el bien no estaba inscrito en el Registro. Pese a ello, tanto el juez de primera instancia como los de la Corte Superior resolvieron el conflicto en base a la Ley de 1888, mas que seguramente malinterpretando aquello de que “No podrá oponerse a *tercera persona* el dominio total o parcial, derechos reales, hipotecas, contratos (...), si no están debidamente registrados” (artículo 7). Sin embargo, no estando inscrito el bien, la ley del Registro no podía ser la aplicable, sino, como lo dijo el dictamen fiscal “las disposiciones del derecho común” (esto es, el Código Civil). Pero, lo más importante está en que, pese a que la Ley del Registro no era la aplicable, en el dictamen del Fiscal

-
- (9) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 17. La Sentencia se encuentra publicada en *Leyes y Reglamentos de los Registros Públicos* (1922), 269.
- (10) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 18-9. La sentencia es inédita y fue tomada por Ubilluz del Copiador de Resoluciones de la Corte Suprema. El dictamen fiscal le correspondió al fiscal Albarracín quien reprodujo el de Calle.
- (11) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 21-2. La Sentencia es inédita y fue tomada por Ubilluz del Copiador de Resoluciones de la Corte Suprema.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

Cavero se desliza, a nivel de lo que hoy llamaríamos *obiter dictum*, que “para reportar la garantía que la ley del Registro concede a los que contratan sobre la propiedad inmueble, es necesario que hayan adquirido e inscrito un derecho real que la afecte” y que “los préstamos” no asegurados con una garantía real, “no se hallan bajo el amparo del registro”.

Le seguirá las sentencias de la Corte Suprema del 19 de diciembre de 1905 y la del 23 de marzo de 1907. En la primera, se establece que “la inscripción de un embargo trabado con posterioridad a la venta no perjudica al comprador, aunque este no haya inscrito la escritura de compraventa, por haber salido ya la cosa del dominio del vendedor, y, según nuestro derecho procesal civil, el embargo debe reacaer sobre bienes del propio deudor”⁽¹²⁾ y, en sustancia, por los mismos argumentos, se le da la razón al tercerista⁽¹³⁾.

Por lo tanto, en la primera década del siglo XX, la Corte Suprema asumió dos tesis: la primera, en tutela del acreedor embargante y, la segunda, en tutela del propietario.

El problema resurge estando ya vigente el Código de Procedimientos Civiles de 1912, Código que, en su artículo 742 se estableció a claras letras que las tercerías procedían también si es que el embargo era (solo) preventivo.

Es así que por sentencia del 2 de enero de 1925, la Corte Suprema retoma *su* primigenia doctrina. Vale la pena transcribir la síntesis de Ubilluz:

“C. vendió a M. dos inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad; el comprador no inscribió el dominio sobre ellos. También le vendió otros bienes que no se hallaban inscritos. En un juicio de rendición de cuentas seguido contra C., trabóse embargo preventivo de todos aquellos bienes. M. interpuso tercería excluyente de domino probando con las respectivas escrituras haberlos adquirido con gran anterioridad al embargo. El juez, el Tribunal Superior y el Fiscal Suplente de la Suprema, Doctor Manzanilla, consideraron fundada la tercería. La Corte Suprema calificó los bienes embargados en inscritos a favor de la vendedora y en no inscritos. Declaró que sobre los primeros procedía el embargo porque aparecían en el Registro como de propiedad de C. y el tercerista no había inscrito su derecho; y que no procedía sobre los segundos porque para ellos regía el derecho común”⁽¹⁴⁾.

Pero de allí a poco, se produce un nuevo *revirement*. Es así que por sentencia del 3 de mayo de 1929, la Corte Suprema regresa sobre sus (segundos) pasos. Nuevamente vale la pena transcribir la síntesis del caso de Ubilluz:

(12) Así, siempre Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 22, quien no relata los hechos del caso. El artículo 1149 del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, efectivamente prescribía la obvia regla de que “solo se pueden embargar bienes propios del deudor y que existan en su poder”. Es más que evidente que no se podía prescribir lo contrario. Sin embargo, cuando se introduce un Registro de la Propiedad, esta regla puede verse alterada, si es que se permite que el embargo ingrese al registro.

(13) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 22-3. *Cónfer* el texto completo del Dictamen del fiscal Seoane, en Gunther Gonzales y José Antonio Álvarez, *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles* (Lima: Jurista, 2014), 419-22. *Cónfer* igualmente, página 189, en donde Gunther Gonzales le atribuye a esta sentencia la de ser “la más antigua de la que se tiene noticia respecto de la tercería sobre inmuebles, luego de la introducción del registro inmobiliario por ley tradicionalmente fechada el 02 de enero de 1888”. En realidad, como lo evidencia la monografía de Ubilluz, la sentencia en referencia representa, junto con la anterior de 1905, un *revirement* de la Corte Suprema que, como se verá, en el texto no se consolidó en absoluto. Es bueno tener en cuenta que en ese caso el tercerista había intentado (antes del embargo del bien) inscribir su compraventa, pero la nota preventiva caducó antes de la anotación del embargo. Si se hubiera tenido en cuenta ese detalle y se hubiera aplicado el atemperante de las reglas del registro que es la buena fe (en el caso del embargante), la solución podría haber sido igual (estimar la tercería), pero por un fundamento distinto (que el embargante habría estado en la posibilidad de saber que el bien, antes del embargo, había sido transferido).

(14) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 19.



Eugenia Ariano Deho

“M.L. falleció dejando dos fincas a sus ocho hijos, quienes no pudieron inscribir sus derechos sobre ellas. En 1908, uno de ellos, A.L., vendió por escritura pública sus derechos hereditarios a L. viuda de L., anotándose preventivamente la venta al año siguiente en el Registro de la Propiedad Inmueble por no hallarse inscrito el dominio del vendedor.

El año de 1922, en una ejecución seguida por Cia Anónima Santa Isabel contra A.L., se trabó embargo en los derechos del ejecutado sobre las fincas mencionadas, anotándose preventivamente la medida.

Solicitado el remate, L. viuda de L. interpuso tercería de dominio, que el Juez de Primera Instancia declaró fundada, porque cuando se trabó el embargo, hacía catorce años que las acciones hereditarias habían dejado de pertenecer al ejecutado.

La Corte Superior, revocó el fallo considerando que, aun cuando la venta era anterior, no se había inscrito en el Registro de la Propiedad antes de la fecha de la anotación del embargo.

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen del Fiscal Doctor García Yrigoyen, reformó la sentencia fundándose en que la anotación preventiva no surte sus efectos sino desde la fecha en que se extiende y no destruye los derechos de terceros amparados, con título traslativo válidamente otorgado, aun cuando tal título no se haya inscrito, no siendo, pues, de aplicación la ley del Registro, sino las leyes generales, que solo permiten el embargo de bienes que posee el deudor en el momento de practicarse la diligencia⁽¹⁵⁾.

Esta doctrina se afina en la sentencia del 4 de enero de 1935, en la cual la Corte Suprema, de conformidad con la opinión del fiscal Solf y Muro⁽¹⁶⁾, declaró fundada una tercería en atención a que el acreedor no podía invocar a su favor el artículo 7 de la Ley de 1888, por cuanto “el embargo es una medida legal que se anota en el Registro, pero que ni ella ni su anotación tienen legalmente el efecto de crear un derecho real, y por tanto tampoco pueden hacer surgir la figura del tercero”⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, algunos meses después del mismo año, por sentencia del 9 de octubre de 1935, la Corte Suprema regresa sobre sus pasos y, en discordia y en contra de lo opinado por el fiscal Araujo Álvarez, declaró infundada la demanda de tercería, por haberse inscrito el embargo antes que la venta. Así se afirmó:

“El criterio para resolver esta cuestión se halla subordinado a las fechas en que los actos relativos a la propiedad de la finca aparecen registrados y no a la que hubiesen pasado en la contratación; que si así no fuera y continuaran apreciándose los asuntos referentes a la propiedad raíz inscrita, simplemente por el tenor y fecha de las escrituras públicas, conforme al sistema antiguo, carecería de sentido el objeto de dicha institución”⁽¹⁸⁾.

- (15) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 23-4. La sentencia se publicó en *El Comercio*, 9 de julio de 1929, 17. Nuevamente nos encontramos con un caso en el que hubo una anotación preventiva de la compraventa, no seguida de la inscripción definitiva. Ahora, el dato que no tenemos es si los derechos hereditarios de A.L., se llegaron a inscribir. De no ser así, no se llega a entender cómo se pudo anotar el embargo.
- (16) Según lo refiere Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 26, Alfredo Solf y Muro escribió un artículo intitulado “Concepto de tercero según la ley y la jurisprudencia,” *Universitaria* 2 (1906): 411, en donde sostuvo que “el embargo no confiere ningún derecho real”, por lo que “los acreedores personales no son terceros para los efectos de la legislación del Registro” (no he hallado el trabajo, habría que buscarlo).
- (17) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 24. La sentencia es inédita, fue tomada por Ubilluz del Copiador de Resoluciones de la Corte Suprema.
- (18) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 20. La sentencia fue publicada en la *Revista del Foro* (1935): 908 y en *Anales Judiciales* (1935): 268. En David Mujicay Moisés Alegría, *Índice razonado de ejecutorias supremas* (Abancay, 1939), 113, la sentencia se sumilla así: “En una tercería de dominio, el criterio para resolver la controversia se halla subordinado a las fechas en que los actos relativos a la propiedad aparecen registrados y no a la que en que hubiesen pasado en la contratación”.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

En la misma línea, en la sucesiva sentencia del 6 de noviembre de 1940, la Corte Suprema, en contra de lo opinado por el fiscal Araujo Álvarez, declaró haber nulidad en la sentencia de vista (que había declarado, confirmando la apelada, fundada la tercería) e infundada la demanda, por cuanto “la casa se inscribió a nombre del deudor, no estando igualmente inscrita la venta, por lo que no podía surtir efecto contra tercero”⁽¹⁹⁾.

Sin embargo, un año después, por sentencia del 28 de noviembre de 1941, la Corte Suprema vuelve nuevamente sobre sus pasos, y, de conformidad con lo opinado por el fiscal Araujo Álvarez, declara fundada una tercería “porque cuando el tercero compró el inmueble no se hallaba anotado preventivamente el embargo”⁽²⁰⁾.

Es pues evidente que desde la entrada en vigencia de la Ley de 1888 y los años cuarenta del siglo XX, el problema de la aplicabilidad o no de la legislación del Registro para resolver los conflictos entre el acreedor embargante y el adquirente del bien anterior al embargo, se encontraba en una situación de incertidumbre, en donde las dos posturas surgidas a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema, estaban en una suerte de *empate técnico*.

4. El Código Civil de 1936 y el Reglamento de Inscripciones del 21 de diciembre de 1936. El conflicto entre acreedores

La errática posición de la Corte Suprema debió haber determinado una expresa toma de posición del legislador. Ello no ocurrió, pues el Código Civil de 1936, ratificando que los embargos “preventivos y definitivos eran susceptibles de inscripción en el registro del departamento o provincia donde está ubicado cada inmuebles” (inciso 7 del artículo 1042), reprodujo con una nueva redacción (en positivo), en el artículo 1050, la norma del artículo 7 de la Ley de 1888:

“Para oponer derechos sobre inmuebles a quienes también tienen derechos sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

Hay que notar que la norma no distinguía entre derechos *reales* y *personales*, sino que hacía árbitro de la solución del conflicto (en términos de *oponibilidad*) entre *derechos sobre inmuebles* al propio ingreso al Registro. Por tanto, la *vexata quaestio* no encontró en el Código Civil de 1936 una expresa solución.

Sin embargo, el Código Civil de 1936 se sirvió del principio de prioridad registral (*prior in tempore potior in iure*) para resolver algunos conflictos particulares: así, en primer orden, el artículo 1174 (“Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito, o en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público”) y el artículo 1506 (“Cuando se hubiese arrendado una misma cosa a dos o más, tendrá preferencia el que ha inscrito su derecho, y, en su defecto, el que ha empezado a poseerla”).

Ahora bien, el artículo 1043 del Código Civil de 1936 delegó en el Reglamento el que se indicara cuáles de los actos del artículo 1042 eran susceptibles de simple anotación.

A ello proveyó el Reglamento de Inscripciones (R. de I.), aprobado por la Corte Suprema el

(19) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 20. La sentencia fue publicada en la *Revista de los Tribunales* (1940): 405. No sabemos si es que los hechos se verificaron estando ya vigente el Código Civil de 1936.
(20) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 25. La sentencia fue publicada en la *Revista de los Tribunales* (1941): 460.



Eugenia Ariano Deho

21 de diciembre de 1936, que dispuso que de los embargos preventivos o definitivos se hicieran simple anotaciones (artículo 79, inciso 1), anotaciones que “se denominarán preventivas”.

A su vez, el artículo 85 (reproduciendo en buena parte el artículo 117 del precedente Reglamento Orgánico del Registro de la Propiedad Inmueble), dispuso:

“El embargante que obtenga anotación a su favor será preferido solamente en cuanto a los bienes anotados, a los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído después de extendida dicha anotación, siempre que el bien embargado sea del deudor en la fecha de la anotación”.

La disposición, bastante críptica, ponía sobre el tapete el otro aspecto problemático del embargo: el criterio para resolver los conflictos entre acreedores, conflicto a promoverse a través de la *otra* tercería (la de pago). Nótese que el criterio establecido si bien atendía a la fecha de la anotación, solo inclinaba la balanza a favor del acreedor embargante respecto de los créditos *surgidos después* de la anotación. Por lo tanto, en caso de conflicto entre acreedores, la fecha de la anotación del embargo no era la determinante para preferir a uno u otro acreedor: había que estar a la fecha del surgimiento del crédito, en el sentido de que si el crédito había surgido con anterioridad a la anotación, la preferencia iba hacia el más antiguo.

Pero lo más llamativo del artículo 85 del R. de I. era la frase final: “*siempre que el bien embargado sea del deudor en la fecha de la anotación*”. La pregunta era: *ese siempre*, ¿se refería a la propiedad del deudor según el Registro o según la realidad extraregstral?

Por último, es importante evidenciar lo que disponía el artículo 86 del R. de I.:

“Los bienes inmuebles y los derechos inscribibles anotados pueden ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya extendido la anotación”.

La disposición, aunque escrita con *sabor* sustancial (“los bienes (...) pueden ser enajenados (...)”), daba a indicar que una anotación preventiva, en atención a su naturaleza temporal y provisional, no impedía, en el entretanto, la

posterior inscripción de actos de enajenación o gravamen, esto es, que tratándose de una anotación preventiva, no era aplicable la regla de la impenetrabilidad del artículo 1047 del Código Civil (“No podrá inscribirse un título traslativo de dominio incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior”).

5. Las posiciones de Ubilluz y de Pardo Márquez

Estando vigentes las disposiciones indicadas (esto es el Código Civil 1936 y el R. de I.), se publicaron dos obras en la que sus autores tomaron expresa posición sobre el problema de la tutela registral del acreedor embargante, obras estas de notable influencia sobre las sucesivas posiciones de la jurisprudencia y del Código Civil de 1984.

La primera es la ya tantas veces citada de Edmundo Ubilluz sobre el tercero del Registro. En ella, el autor, partiendo de la premisa de que “ni el embargo, ni el derecho con que este quiere resguardar con el embargo, son derechos reales” concluye que “no es tercero del Registro el embargante”:

“(...) El acreedor personal que embarga un inmueble que en el Registro aparece como de propiedad de su deudor y que obtiene anotación preventiva de embargo, no es tercero del Registro con respecto al comprador del mismo inmueble, siempre que la traslación de dominio, aun no estando inscrita, se hubiere efectuado con anterioridad a la anotación del embargo.

El fundamento de esta calificación es la diversa naturaleza de los derechos que ejercitan el embargante y el tercerista en cuestión.

El derecho de este es real, adquirido legalmente de conformidad con el derecho común, que no exige, para el contrato de

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

compraventa de inmuebles, el requisito de la inscripción en el Registro de la Propiedad; de manera que la adquisición es perfectamente válida, subsistiendo el derecho, como ha nacido, bajo la ley común, fuera del régimen del Registro.

El derecho de aquel es personal; nace también y se desenvuelve al amparo de la ley común; y se asegura mediante el embargo, permitido por esa misma ley común, con el requisito de que el bien pertenezca al deudor en el momento de efectuarse la traba.

Pero si la cosa no pertenece ya al deudor, el embargo no es legal, puesto que le falta dicho requisito.

Ahora bien, un embargo ilegal no puede producir efecto legal, puesto que le falta dicho requisito, aunque se anote preventivamente en el Registro de la Propiedad Inmueble.

El comprador es tercero del derecho común, porque tiene título legalmente válido conforme a tal derecho; mientras que el embargante, no pudiendo ser ni tercero común, por carecer de título válido, menos puede ser tercero del Registro

Es falso el argumento de que si el Registro no amparase al embargante carecería de sentido el objeto de esta institución, porque los fines de ella son amparar a los que tienen derechos reales sobre inmuebles y también, con determinadas taxativas (sic), los acreedores personales, mas no en el presente caso.

La controversia entre comprador y embargante, en las circunstancias indicadas, se resuelve, pues, bajo el imperio de la ley común, aplicándose los artículos 612 y 749 del Código de Procedimientos Civiles, el primero de los cuales exige que la cosa sea de propiedad del deudor en el acto del embargo; y el segundo, que la tercería se sustente con instrumento que califique la propiedad del demandante⁽²¹⁾.

Sin embargo, también concluye que el embargante que tiene anotación preventiva a su favor será tercero del Registro:

“(…) con respecto a los acreedores, hipotecarios o personales, posteriores a la anotación del embargo; también lo es con respecto a los que adquieren, por enajenación o gravamen, derechos sobre el inmueble con posterioridad a la anotación. No es tercero del Registro con respecto a los acreedores anteriores a la anotación⁽²²⁾.”

Es importante evidenciar que, pese a que Ubilluz niega que el “embargo y el derecho con que este quiere resguardar con el embargo” sean derechos reales, en base a los artículos 85 y 86 del R. de I., considera que cuando se anota un embargo sobre un bien que al momento de la traba pertenece al deudor, estamos ante un caso en el que el derecho personal viene *transformado en real*:

“(…) el inmueble anotado puede ser objeto de enajenaciones sucesivas, y a través de todas ellas el derecho del acreedor personal va persiguiendo la cosa. ¿Qué quiere decir esto? ¿Se trata de un derecho de crédito o de un derecho real? *Evidentemente que en estas condiciones ya es un verdadero derecho real, pues goza de la acción persecutoria, como si fuese una hipoteca.* Luego aquí nos encontramos otra vez, como en el caso de los arrendamientos inscribibles, con que un derecho de crédito registrado se transforma en real⁽²³⁾.”

La conclusiones de la monografía de Ubilluz fueron, luego, asumidas por Bernardo Pardo Márquez en su notable obra de derecho registral inmobiliario⁽²⁴⁾, quien desde el ángulo negativo, esto es, precisando en qué “circunstancias el embargante que obtiene

(21) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 28-9.

(22) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 44.

(23) Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 40-1 (cursivas agregadas).

(24) Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 1ª ed. (Lima: Salas e hijos, 1952), 277-81.



Eugenia Ariano Deho

anotación preventiva a su favor no tiene la calidad de tercero del registro”, las divide en dos grupos:

- a) Con respecto al comprador del inmueble embargado, si la compra fue anterior, aunque no se haya inscrito el derecho del comprador.
- b) Con relación a los anteriores acreedores del deudor, siempre que estos prueben fehacientemente las fechas de constitución de los documentos que contienen sus derechos.

Respecto de lo primero, los argumentos son los mismos de Ubilluz. Así, partiendo del consabido ejemplo de que “A, propietario del inmueble inscrito, lo transfiere por contrato de compra-venta a B que omite inscribir su derecho. En esta situación, un acreedor personal de A traba embargo en el inmueble y anota la medida en el Registro. El propietario B interpone acción de tercería de dominio”, precisa:

“Los derechos a que se refiere el ejemplo propuesto son de diferente naturaleza y categoría, por lo que no puede regir el principio de prioridad en las inscripciones. La controversia entre el derecho de B de naturaleza real y de categoría excluyente anterior en el tiempo de la anotación de embargo que representa un derecho personal, se resuelve por las disposiciones comunes del derecho civil y no por las normas del Registro”⁽²⁵⁾.

Agregando, luego:

“Las normas del registro establecen que la inscripción ampara al primero que inscribe un derecho real que incide sobre un bien que, según el registro, es de propiedad del deudor. Empero, cuando se trata de derechos de diferente naturaleza y categoría no se aplican estas reglas sino las disposiciones del derecho común.

Cuando concurren derechos de la misma naturaleza y categoría, funciona el principio de prioridad registral, verbi

gratia; así con dos o más acreencias personales cuyas medidas de embargos [sic] se anotan en el registro; asimismo, cuando dos o más derechos reales se inscriben.

El derecho real siempre que se haya constituido con anterioridad al embargo, aunque se inscriba después de la anotación de dicha medida, es preferencial en consideración a su fecha y naturaleza”⁽²⁶⁾.

Respecto de la segunda circunstancia, concluye:

“El embargante que obtiene anotación a su favor con respecto a los acreedores anteriores del mismo deudor, no es tercero que perjudica. La preferencia de los derechos se rige por las disposiciones comunes de la legislación ordinaria (prima la antigüedad del título), considerando la fecha de los instrumentos de acuerdo con las normas sobre graduación de créditos que prescriben los artículos 111, 112 incisos 5 y 6, 114, 115 y 116 de la Ley Procesal de Quiebras. Conforme a la cual, la fecha de las anotaciones de los embargos no influye en la prioridad de los créditos”⁽²⁷⁾.

Como se puede observar, en el enfoque *Ubilluz-Pardo Marquez*, tanto respecto del derecho de propiedad como respecto de los derechos de crédito se postulaba la aplicación de la misma regla: la propiedad adquirida o el crédito surgido antes de la anotación del embargo debían regirse por las reglas del *derecho común*, esto es, no por aquella de la prioridad de la inscripción; para las adquisiciones o los créditos posteriores a la anotación, en cambio, sí.

(25) Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 278.

(26) Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 279.

(27) Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 279.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

6. La posición de la jurisprudencia durante la vigencia del Código Civil de 1936

Resulta extraño que en dos ediciones del Código Civil de 1936 muy importantes para los operadores jurídicos prácticos, como lo fueron la de Castañeda⁽²⁸⁾ y la de Guzmán Ferrer⁽²⁹⁾, en las anotaciones del artículo 1050, no evidenciaran los contrastes jurisprudenciales sobre la situación del embargante, pese a que la jurisprudencia que allí se cita no se circunscribe a la producida durante la vigencia del Código Civil de 1936, sino que abarca la producida desde la Ley de 1888.

En cambio, en la edición de Código de Procedimientos Civiles de Guzmán Ferrer⁽³⁰⁾, el autor sí cita muchos criterios jurisprudenciales (contradictorios, sin por cierto evidenciarlos) para resolver tercerías excluyentes respecto de bienes registrados (inmuebles y vehículos).

Así, por un lado, en la jurisprudencia relativa al artículo 749 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se mencionan los siguientes criterios (orden cronológico nuestro) de la Corte Suprema:

- a) “Es fundada la tercería de dominio sustentada en una escritura pública de venta, aunque dicho título no hubiera llegado a ser inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble debido a las tachas opuestas por el registrador, si se opone a un embargo anotado posteriormente a la venta en el Registro y que fue trabado para cautelar un crédito quirografario”⁽³¹⁾.
- b) “El hecho de no haberse inscrito oportunamente en el Registro Público un contrato de compraventa por defectos

ajenos a los contratos que se celebraron, no hace desaparecer la existencia del derecho de dominio incompatible con el remate. Es fundada la tercería excluyente”⁽³²⁾.

- c) “Es fundada la tercería excluyente si se prueba que en la fecha en que se anotó el embargo sobre el inmueble materia de juicio, este no era de propiedad del ejecutado. Dada la naturaleza de los derechos controvertidos, no rige el principio de prioridad registral, sino las disposiciones de derecho civil y prevalece el derecho real sobre el de crédito”⁽³³⁾.

- d) “Si los derechos controvertidos en una tercería excluyente de dominio son de distinta naturaleza, no rige el principio de la prioridad registral y prevalece el derecho real sobre el de crédito”⁽³⁴⁾.

Todos estos criterios fueron colocados por Guzmán Ferrer bajo el epígrafe “Inmuebles no inscritos en el Registro Público”⁽³⁵⁾, pese a que de su texto se infiere que lo no inscrito era el derecho del tercerista.

Sin embargo, en la jurisprudencia relativa al artículo 750 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, bajo la sumilla “Por bienes inscritos en el Registro Público”⁽³⁶⁾, se señala el siguiente criterio:

“Cuando se trata de bienes inscritos en Registro de la Propiedad Inmueble,

(28) Jorge Castañeda, *Código civil, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema al día*, 4ª ed. (Lima: Amauta, 1969).

(29) Fernando Guzmán, *Código Civil*, 4ª ed., Vol. 3 (Lima: Cultural Cuzco, 1982), 1150-3.

(30) Fernando Guzmán, *Código de Procedimientos Civiles: exposición de motivos, antecedentes, concordancias, proyectos de reforma, legislación comparada, jurisprudencia*, 4ª ed, Tom II (Lima, 1982).

(31) *Revista Jurídica del Perú* IV (1960): 179 y en *Anales Judiciales* (1960): 77.

(32) *Revista de jurisprudencia peruana* (1971): 1382.

(33) *Revista de jurisprudencia peruana* (1975): 1352.

(34) *Revista de jurisprudencia peruana* (1978): 161.

(35) Fernando Guzmán, *Código de Procedimientos Civiles: exposición de motivos, antecedentes, concordancias, proyectos de reforma, legislación comparada, jurisprudencia*, 825.

(36) Fernando Guzmán, *Código de Procedimientos Civiles: exposición de motivos, antecedentes, concordancias, proyectos de reforma, legislación comparada, jurisprudencia*, 836.



Eugenia Ariano Deho

el criterio para resolver la tercería excluyente se halla subordinado a la fecha en que los actos relativos a la propiedad aparecen registrados y no a la fecha en que hubieran pasado en la contratación. Por esto, es infundada la tercería excluyente interpuesta para levantar el embargo trabado en un inmueble que en la fecha de la traba aparecía en el Registro como de propiedad del deudor.

La escritura de venta, aunque de fecha anterior al embargo, no acredita el derecho del tercerista, por haber sido inscrito después del embargo”.

Este criterio es el sustentado en la sentencia de la Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1935⁽³⁷⁾, pero que, estando ya vigente el Código Civil de 1936, según lo reseña Guzmán Ferrer, sustenta otras dos decisiones: una de 1959⁽³⁸⁾ y la otra de 1963⁽³⁹⁾.

Además, Guzmán Ferrer indica otra sentencia en la que se aplica el criterio de la prioridad de la inscripción:

“Es infundada la tercería excluyente fundada en una escritura de partición, si consta que esta fue inscrita con posterioridad a la inscripción del embargo trabado por el ejecutante sobre dicho bien”⁽⁴⁰⁾.

En tiempos más recientes, tratándose de vehículos también se aplicó el criterio de la prioridad de la inscripción:

“Es infundada la tercería excluyente interpuesta para que se levante el embargo trabado sobre un automóvil que, en la fecha en que fue trabada dicha medida aparecía inscrito en el Registro de Rodaje como de propiedad del demandado para el pago de la deuda. La inscripción de un contrato de venta de ese vehículo posterior al embargo registrado carece de mérito contra el derecho del embargante, porque, además, los derechos de alcabala

correspondientes fueron pagados después de solicitada la inscripción por el nuevo adquirente del vehículo”⁽⁴¹⁾.

Cabe además señalar que el propio Pardo Marquez⁽⁴²⁾, tras señalar que “la calidad propia del tercero del registro de que trata el Código Civil, la tiene aquel que inscribe su derecho con anterioridad, perjudicando a todos los que no han inscrito su título o los inscriben con posterioridad”, coloca el criterio de la Sentencia del 9 de octubre de 1935, pese a que líneas más adelante (siguiendo a Ubilluz) le niega al embargante la calidad de tercero del registro.

De esta reseña, resulta evidente que durante la vigencia del Código Civil de 1936, al igual que durante la vigencia de la Ley de 1888, existió la misma tendencia oscilante respecto del cómo aplicar las normas registrales a los embargos de bienes registrados.

7. Las precisiones del artículo 2022 del Código Civil de 1984 (y los desmentidos del propio Código Civil)

Así las cosas, en la duda sobre el alcance del artículo 1050 del Código Civil de 1936, sobrevino el de 1984, el que, al igual que el anterior, siguió considerando acto inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble al embargo (artículo 2019, inciso 7). Sin embargo, a estar al tenor de su Exposición de Motivos⁽⁴³⁾, pareció tomar el toro por las astas,

(37) Indicado *supra* nota 2, nota 18, publicada en *Anales Judiciales* (1935): 267, en *Revista de los Tribunales* (1935): 409 y en *Revista del Foro* (1935): 687.

(38) *Anales Judiciales* (1959): 50.

(39) *Anales Judiciales* (1963): 196.

(40) *Revista de jurisprudencia peruana* (1963): 782.

(41) *Revista de jurisprudencia peruana* (1979): 677.

(42) Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 259.

(43) Exposición Oficial de Motivos del Código Civil. Registros Públicos. Diario Oficial El Peruano, 19 de noviembre de 1990.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

dándole aparentemente una solución “definitiva” a nuestro problema en su artículo 2022:

“Para oponer derechos *reales* sobre inmuebles a quienes también tienen derechos *reales* sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone.

Si se trata de *derechos de diferente naturaleza* se aplican las disposiciones del derecho común⁽⁴⁴⁾.

La disposición pone en evidencia que la prioridad registral solo operaría respecto de *derechos reales* (de allí la doble mención), recogiendo así la tesis de Ubilluz, tal como fue reproducida por Pardo Márquez. Respecto de (casi) todos los demás *derechos*, operaría el *derecho común*.

Es así que la Exposición de Motivos se señala:

“El texto de ese artículo perfecciona el contenido el contenido del artículo 1050 del Código del 36.

No hay duda de que, si se enfrentan dos titulares de derechos reales, quien tendrá preferencia en virtud del principio de prioridad será aquel que inscribió primero; esto es confirmado por la primera parte de este artículo.

Pero si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad erga omnes, que no tiene el derecho personal y además porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria de la que también carece el derecho personal.

Tomando en cuenta esto, la última parte del artículo indica que cuando se produce un enfrentamiento entre un derecho real y otro personal la preferencia será otorgada a quien la tenga conforme las disposiciones del derecho común, como si el derecho registral no existiera.

Pero, ¿a cuál enfrentamiento entre un derecho personal y uno real se referiría la Exposición de Motivos? Pues no a todos,

sino solo a uno: el que provoca la anotación de un embargo. Es así que se señala:

Por ejemplo, quien embarga un inmueble no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguirá siendo a pesar de la inscripción un derecho personal.

Puede ser que se haya embargado un inmueble que en el registro aparezca como de propiedad del demandado; sin embargo, no podrá hacer valer su derecho de embargante, contra quien en el momento del embargo era el verdadero propietario, a pesar de que este inscriba su derecho con posterioridad.

El embargante no podrá hacer uso de su derecho porque esa es la solución que nos otorga el derecho común cuando nos dice que los bienes que deben ser materia de un embargo son aquellos de propiedad del demandado.

Este es un caso de enfrentamiento entre el titular de un derecho real y uno de un derecho personal en que, por aplicación del derecho común, resulta victorioso el titular del derecho real”.

Si bien el embargo se pone como *ejemplo*, es más que evidente que la precisión del primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil y la inclusión de su segundo párrafo estaba pensado, única y exclusivamente para el supuesto del embargo.

Ello queda confirmado cuando, por un lado, en la propia Exposición de Motivos se señala

(44) Cursivas agregadas.



Eugenia Ariano Deho

que “el mismo derecho común nos puede dar soluciones exactamente inversas [a la del segundo párrafo del artículo 2022, es decir de predominancia de un derecho personal sobre un derecho real. Es el caso del arrendatario que tiene inscrito su derecho (...) que se opone al del nuevo adquirente, titular de un derecho real sobre el inmueble, derecho que es adquirido después de la inscripción del contrato de arrendamiento”⁽⁴⁵⁾, y, por el otro, justifica la inclusión del artículo 2023 del Código Civil, justamente para que respecto al contrato de opción no se aplicara el famoso “derecho común” al disponer que “la inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad”, por cuanto:

“Hubiera resultado bastante injusto para una persona beneficiaria con un derecho de opción que es un derecho personal, que tuvo incluso la precaución de inscribirlo amparada en el inciso 2 del artículo 2019, que por aplicación del 2022 perdiera su preferencia ante alguien”.

De estas palabras de la Exposición de Motivos, resulta evidente que el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil no fue incluido para todos aquellos conflictos entre derechos personales y reales que ingresan al Registro, *sino solo para negarle la tutela registral al acreedor embargante frente al propietario (clandestino) anterior*, asumiendo así las conclusiones de Ubilluz (que no se cita) y de Pardo Márquez (que sí viene citado)⁽⁴⁶⁾.

En efecto, de todos los actos inscribibles del artículo 2019 del Código Civil que, de no inscribirse serían eficaces solo *inter*

partes, el embargo es el único que parece ser el “castigado” con la (pretendida) no aplicación del principio de prioridad de la inscripción (o mejor, de la no oponibilidad de lo no inscrito).

No, en cambio, por disposición expresa del Código Civil respecto de los contratos de opción (inciso 2 del artículo 2019) a los que se les dedicó la norma *ad hoc* ya indicada del artículo 2023 del Código Civil, ni los pactos de reserva de propiedad (inciso 3 del artículo 2019) respecto de los cuales se dispuso en el artículo 1584 del Código Civil:

“La reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador solo si consta por escrito que tenga fecha cierta anterior al embargo.

Si se trata de bienes inscritos, la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente registrado”⁽⁴⁷⁾.

Lo propio ocurre respecto del pacto de retroventa (inciso 3 del artículo 2019), pues en el artículo 1585 del Código Civil se dispuso: “

El pacto de retroventa es oponible a terceros cuando aparece inscrito en el correspondiente registro”.

(45) No está de más decir, desde ya, que el supuesto indicado en el texto de la Exposición de Motivos, relativa al contrato de arrendamiento (artículo 1708 Código Civil), no es una “norma de derecho común”, sino un específico supuesto en el que la inscripción determina la oponibilidad o no del contrato de arrendamiento al adquirente del bien, esto es, un supuesto en que se quiebra la regla del “derecho común” en virtud del cual los derechos relativos (derechos de crédito, derechos personales de goce, derechos potestativo) solo se pueden hacer valer contra determinados sujetos y no otros (en el caso del arrendamiento contra el específico arrendador y nadie más).

(46) En efecto, Pardo Márquez viene expresamente citado en la Exposición de Motivos: “Todo esto explica la segunda parte del artículo 2022 que es un novedad legislativa, pero que a nivel doctrinario ya fue desarrollado por el tratadista nacional Doctor Bernardo Pardo Márquez en su obra ‘Derecho Registral Inmobiliario’”.

(47) El artículo 1584 del Código Civil tiene una gran importancia para nuestro tema, pues resulta que si la reserva de propiedad no está inscrita, no será oponible a los acreedores del adquirente. *Ergo*, por las deudas del adquirente, responderá el bien objeto de la adquisición aunque el enajenante se haya reservado el derecho de propiedad. Viceversa, si es que no corre inscrita la reserva, los acreedores del enajenante no podrán contar con ese bien, pese a que aún forma parte de su patrimonio. Luego, en este caso, la realidad extraregistral (la situación dominial del bien) poco le importa al ordenamiento, pues el conflicto viene resuelto en base a las normas registrales.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

Igualmente, respecto a las “restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito” (inciso 5 del artículo 2019), en primer orden, la constitución de patrimonio familiar, que ex inciso 6 del artículo 496 del Código Civil, su inscripción constituye elemento constitutivo.

Por no decir del arrendamiento (inciso 6 del artículo 2019) en donde conforme al artículo 1708 del Código Civil, es la inscripción la que resuelve el potencial conflicto entre el arrendatario y el adquirente del bien:

“En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo:

1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador”.

Pero no solo, pues ex artículo 1670 del Código Civil, la fecha de inscripción resuelve el conflicto también entre arrendatarios del mismo bien:

“Cuando se arrienda un mismo bien a dos o más personas, se prefiere al arrendatario de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al que ha empezado a poseerlo. Si ninguno ha empezado a poseerlo, será preferido el arrendatario cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de documento de fecha cierta”.

Por tanto, respecto de todos estos actos no es el *derecho común* el que resuelve el potencial conflicto entre derechos (personales vs. reales; personales vs. personales), sino *el de la prioridad de la inscripción*, en el sentido de que sea cual fuere el momento de realización del acto en la realidad extra-registral, el criterio a aplicarse es el que, en términos generales, establece el artículo 2016: “La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro”.

A ello se agrega, la fórmula del artículo 1135 del Código Civil, sustancialmente aplicable para resolver los conflictos derivados de la (llamada) “doble venta” por parte del mismo titular, pero que vale para todos los supuestos en los que, ex contrato, surja una obligación de entrega de un bien:

“Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

Por tanto, en el caso de bienes inmuebles inscritos, el “acreedor” (*rectius*, el adquirente) preferido es el que inscribe primero, prescindiendo de la fecha del acto traslativo, quebrando así la regla de *derecho común* del consentimiento traslativo (del críptico artículo 949 del Código Civil: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”) y de aquel principio ulpiano de las adquisiciones a título derivativo, en el sentido de que *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transferir a otro más derechos que el que él mismo tenga)⁽⁴⁸⁾.

Si esto es así, si respecto de todos estos actos inscribibles, el *derecho común* viene dejado de lado y se aplica la regla de la prioridad de la inscripción: ¿por qué solo respecto del embargo, que también es inscribible, tal *derecho común* (esto es, el que se aplicaría si no existiera el Registro) debería ser el aplicable? Misterio.

(48) *Digesto* 50, título 17, § 54 (*Cónfer* en Idelfonso García del Corral, *Cuerpo del derecho civil romano*, en *Digesto*, ed. Jaime Molina, primera parte, Tom. III (Barcelona, 1897), 949.



Eugenia Ariano Deho

8. La indefinición del Código Procesal Civil de 1993

Ahora bien, antes de ensayar una respuesta, es conveniente tener en cuenta que quien pudo (y, en nuestro concepto, debió) tomar una expresa posición era el ordenamiento procesal, por la simple razón de que esa era la sede para regular la temática del embargo⁽⁴⁹⁾. De hecho, cuando Ubilluz y Pardo Márquez sostenían que tratándose del conflicto entre comprador anterior y embargante debía aplicarse el *derecho común*, tal *derecho común* venía individualizado en los artículos 612 y 749 del Código de Procedimientos Civiles de 1912, el primero que indicaba que el embargo debía recaer sobre bienes del deudor, y el segundo, que establecía que si la tercería excluyente se sustentaba en instrumento que calificaba su propiedad debía mandarse alzar el embargo y entregar los bienes al tercerista.

Pues bien, el Código Procesal Civil de 1993 (CPC 1993) deja la situación tal cual la del Código de Procedimientos Civiles de 1912, al establecer:

- a) En el artículo 612, que “cualquier” medida cautelar “solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso”.
- b) En el artículo 642, que el embargo “consiste en la afectación jurídica *de un bien o derecho del presunto obligado*, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”.
- c) En el artículo 535, que la demanda de tercería “no será admitida si no reúne los requisitos del artículo 424 y, además, *si el demandante no prueba su derecho con documento público o privado de fecha cierta*”.
- d) En el artículo 100, al disponer que puede intervenir “en un proceso quien pretende se le reconozca su

derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de *su propiedad* o sobre el cual tuviera *un mejor derecho* que el titular de la medida cautelar”.

Por tanto, el Código Procesal Civil vigente no ofrece ninguna solución expresa al problema de la operatividad del principio de prioridad registral tratándose del embargo de bienes que aparecen inscritos a nombre del deudor pero que extraregistralmente habrían salido de su patrimonio, ofreciendo, en consecuencia, a los partidarios de la no aplicabilidad de la normas registrales, los mismos *insumos* que daba el Código de Procedimientos Civiles de 1912: el embargo debe *si o sí* recaer sobre bienes del deudor, sin importar, desde el punto de vista sustancial, lo que, en el momento de la anotación del embargo, publicita el Registro.

Lo que sí hace el Código Procesal Civil es prever el llamado “embargo en forma de inscripción”. Es así que el artículo 656 establece:

“Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, *siempre que esta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito*. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente”⁽⁵⁰⁾.

Esta disposición no resolvía (ni resuelve) ningún problema, pues lo que consagra nunca,

(49) En otros ordenamientos, como el italiano, los efectos sustanciales del embargo ejecutivo (*pignoramento*) y del embargo cautelar (*sequestro conservativo*) están establecidos en su Código Civil, mientras que sus aspectos dinámicos (el cómo se procede) lo están en el Código Procesal Civil. La Ley de Enjuiciamiento Civil española del 2000 (LEC 2000), en su artículo 594 *algo* ha dispuesto al establecer: “1. El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva”. La disposición es, por cierto, bastante, crítica.

(50) *Cursivas agregadas.*

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

ni durante la vigencia de la Ley de 1888 y ni la del Código Civil de 1936, se puso en cuestión: que el embargo anotado en el Registro sí es oponible a los adquirentes *posteriores* a la anotación.

9. El problema (resuelto) de la prelación del crédito del embargante derivada de la anotación registral, en la ejecución singular y en el sistema concursal

Sin embargo, el Código Procesal Civil de 1993, de una manera bastante larvada, sí innovó respecto al otro conflicto que puede plantear la anotación de un embargo: aquel entre diversos acreedores que embargan el mismo bien. Así dispone el artículo 639:

“Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, *atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución*. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión”.

La figura del artículo 639 del Código Procesal Civil, aunque colocada (impropiamente) dentro de la regulación del “procedimiento cautelar”, no es más que la del “reembargo”, figura que en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 estaba prevista en el artículo 648, en términos bastante distintos de lo que se extrae del artículo 639 del Código Procesal Civil.

En efecto, el artículo 648 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 disponía:

“Si se embargan bienes que ya lo están en seguridad de otro crédito, la nueva diligencia se estima como reembolso, en cuyo caso el derecho del segundo embargante se hará efectivo en el sobrante que resulte después de pagado el que embargó primero, *salvo que se resuelva otra cosa en el juicio correspondiente*”.

Por tanto, en línea de principio, el embargo hacía surgir una prelación en el crédito del embargante frente a cualquier otro acreedor del mismo deudor que embargara, luego, el bien. Pero ello era en línea de principio, pues el embargante

sucesivo podía plantear una tercería de preferencia de pago, en la que hiciera valer la anterioridad de su crédito, por lo que, en aplicación de las normas de la prelación de los créditos, en virtud de las cuales los créditos (quirografarios) anteriores tenían preferencia sobre los anteriores, el reembargante tenía todas las herramientas (sustanciales) para salir victorioso en la tercería.

La previsión del artículo 648 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 fue así justificada:

“¿Cuál será la consecuencia de que se embarguen bienes sujetos a otros embargos? (...). Lo natural y lógico es, considerando los embargos como hechos, fijar su prioridad por el orden en que se han trabado; pero es indispensable no solo que la ley prevea y solucione esta posible emergencia, sino que reglamente con toda claridad la situación que ella crea para uno y otro acreedor. Satisfaciendo esta necesidad, dice el proyecto que el segundo embargo se estima como reembolso, haciéndose efectivo el derecho del acreedor a cuya solicitud se ha trabado, en el sobrante que resulte después de pagado el que embargó primero, salvo que se resuelva otra cosa en el juicio correspondiente (artículo 647); de manera que el reembolso no excluye el juicio de preferencia, ni la posibilidad de que el segundo embargante sea considerado como acreedor preferente.

Esta importante regla que, en nuestro concepto, descansa en poderosas razones de justicia, no es, sin embargo, universalmente aceptada. El Código de Portugal, por ejemplo, prescribe que, el ejecutante adquiere por el embargo, el derecho a que se le pague con preferencia a cualquier otro acreedor que no tenga privilegio o hipoteca anterior (artículo



Eugenia Ariano Deho

836); y el de Uruguay contiene una disposición semejante (artículo 900), que, derogada en 1895, ha sido restablecida en 1898.

Pero el reconocimiento absoluto de este derecho, abre la puerta a gran número de abusos, porque la persona que, compulsando el estado de sus negocios, prevé la inminencia de una ejecución legítima que desea burlar, puede conseguirlo fácilmente, simulando un crédito y haciéndose embargar, por este supuesto acreedor, los bienes que posee; y si el acreedor legítimo no cuenta con una garantía especial, quedará insoluto y escarnecido, u obligado a someterse a la transacción que su deudor tuviese a bien imponerle.

No es posible abandonar el derecho y la suerte de los acreedores a la acción de los más vivos o a los artificios de la mala fe; y por eso, si el reembolso es medida de orden, la preferencia de los créditos concurrentes no debe graduarse solo por la fecha de los embargos, sino por su propia naturaleza, según sea la calidad y mérito de los títulos que los sustentan⁽⁵¹⁾.

Por tanto, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1912, tratándose de bienes inscritos, en el caso de reembolso, la anotación del primer embargo no le daba en todos los casos prelación al primer embargante. Se lo daba, salvo el planteamiento victorioso de la tercería de preferencia de pago por parte de otro acreedor del mismo deudor⁽⁵²⁾.

Por lo demás, hace unas líneas, vimos como Ubilluz y Pardo Márquez, en base, además, a lo dispuesto en el R. de I. de

1936, concluían que la anotación del embargo solo le daba al embargante preferencia para el pago respecto a los créditos *surgidos* con posterioridad a la anotación, no respecto a los créditos *anteriores*, en aplicación, también en este caso, del *derecho común* (salvo, ciertamente, que la ley *común* estableciera ella misma otro criterio de preferencia).

Naturalmente, la preferencia del acreedor embargante regía solo en la ejecución singular, mas no una vez declarada la quiebra del deudor, pues conforme al artículo 64 de la Ley de Quiebras de 1931 (Ley 7566):

“Los embargos y todas las medidas precautorias que se hubiesen dictado en los juicios acumulados quedarán sin valor desde que se declare la quiebra, siempre que se refieran a bienes que, sin aguardar el resultado de dichos juicios, deben realizarse en la quiebra o ingresar a ella”.

Todo este régimen, en buena cuenta, comienza a superarse con el artículo 639 del Código Procesal Civil de 1993, pues, la salvedad del artículo 648 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 simplemente desaparece, quedando como (único) criterio para establecer la prelación entre los créditos el de “la fecha de su ejecución”, y como tratándose de bienes inscritos la “ejecución” consistía (y consiste) en

(51) Comité de Reforma Procesal, *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles*, 171-2.

(52) El Código de Procedimientos Civiles de 1912 tutelaba adecuadamente a los acreedores, en función del criterio de prioridad en la inscripción. Así, establecía en su artículo 713: “Consignado el precio en caso de remate, se hará pago al ejecutante. Para este efecto, si lo rematado son inmuebles, naves o derechos sobre ellos, presentará el ejecutante un certificado de registro correspondiente que manifieste no pesar sobre el bien hipoteca o embargo *anteriores* al suyo. Si existe una u otro, continuará en depósito el importe de los créditos, citándose a los acreedores, y se pagará, al demandante con la diferencia”. Una vez pagado el acreedor (por todo concepto), de haber un remanente, conforme al artículo 716, se debía entregar al deudor, pero si se trataba de “inmuebles, naves o derechos sobre ellos”, el deudor debía presentar “un certificado que manifieste que sobre el bien rematado no pesan gravámenes”. De existir gravámenes continuaban “en depósito el valor que ellos representen, con citación de los acreedores, y el sobrante, caso de haberlo, se pondrá a disposición del ejecutado”. Todo ello operaba, en cuanto no se planteara tercería de preferencia de pago, en donde, como dicho en el texto, el tercero acreedor podía alegar su preferencia, por haber surgido su crédito *antes* de aquel del embargante. Si ello no ocurría, para la distribución del producto del remate, se procedía conforme a la información registral.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

la inscripción del “monto de la afectación” (*rectius*, del acto de embargo), la anotación preventiva del embargo resultaba otorgándole al acreedor embargante frente al reembargante un derecho de prelación *ya no destruible* a través de la tercera de preferencia de pago.

A ello se agrega que el Código Procesal Civil de 1993 omitió establecer, como sí lo hacía el Código de Procedimientos Civiles de 1912 en su artículo 760⁽⁵³⁾, que las reglas de prelación de los créditos establecidas en los supuestos de quiebra eran las aplicables, por lo que el único criterio a aplicar en el caso en el que el reembargante promoviera tercera de preferencia de pago, era (y en buena sustancia es) el del artículo 639 del Código Procesal Civil.

Un detalle importante es que en diciembre de 1992, esto es, antes de que el Código Procesal Civil de 1993 entrara en vigencia (28 de julio de 1993), se emitió la Ley de Reestructuración Empresarial (LRE-Decreto Ley 26116) que derogó la Ley de Quiebras, estableciendo, en su artículo 7, el orden de preferencia de los créditos, manteniendo, en su inciso 5, como criterio de preferencia para los créditos quirografarios el de su antigüedad:

“Los demás créditos, según su antigüedad; si tienen la misma antigüedad y constan en un Registro, según el orden en que han sido inscritos en el mismo; y si no se puede establecer de manera cierta la antigüedad, se pagará a prorrata”.

Sin embargo, en la LRE, la declaración de quiebra (al igual que en el caso de la Ley de Quiebras de 1931) determinaba, conforme al inciso 9 del artículo 20, el que:

“Los embargos y todas las demás medidas cautelares que se hubiesen dictado en los juicios acumulados quedarán sin efecto a partir de la fecha de declaratoria de quiebra”.

Por tanto, a nivel del procedimiento judicial de quiebra, también con la LRE, los acreedores embargantes, una vez reconocidos sus créditos, de no contar con alguna causa de prelación sustancial en su crédito (esto es, algún privilegio

legal) entraban al último *orden* (el de los quirografarios o simples), concurriendo entre ellos en función de la antigüedad en el *surgimiento* de su crédito.

La verdadera *revolución* se produce con la subsiguiente Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP-Decreto Legislativo 845) de 1996, que elimina a la quiebra como procedimiento judicial de ejecución universal y concursal reemplazándola por el procedimiento de disolución y liquidación para las “empresas” y el de “concurso de acreedores” para las personas naturales a llevarse a cabo ante la Comisión respectiva del INDECOPI.

Lo *revolucionario* se encuentra en el artículo 24 de la LRP, pues en este, si bien manteniendo que respecto a los créditos quirografarios el orden de preferencia era el de su antigüedad, en su inciso 3, ni más ni menos, se estableció que constituían créditos del *mismo* orden (el tercero):

“Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants o *embargos* que recaigan sobre bienes del insolvente (...). Este orden de preferencia será aplicable a los pagos que se efectúen con el producto de la transferencia de los bienes del insolvente afectos a dichas garantías o derechos bajo cualquier modalidad”.

Interesante es la explicación dada en la Exposición de Motivos de la LRP:

“En lo que respecta al tercer orden de preferencia, que corresponde a los créditos garantizados con hipoteca prenda o anticresis, se extiende la preferencia a todas aquellas garantías que pudieran ser

(53) “La preferencia o prorrateo de los créditos se resolverá conforme a las reglas contenidas en los artículos 110 a 116 de la Ley 7566”.



Eugenia Ariano Deho

materia de inscripción registral, en el entendido de que *el derecho de preferencia surge como consecuencia de la publicidad del derecho de garantía*. En tal sentido, *el derecho de preferencia de tercer orden podría obtenerse con la inscripción de un embargo judicial definitivo o la inscripción de un derecho de retención*⁽⁵⁴⁾.

Por tanto, con esta ley los acreedores embargantes no solo gozaban, *ex artículo 639 del Código Procesal Civil*, de preferencia al interior de la ejecución judicial singular en la que se dictaron, sino que la mantenían, *ex post* declaración de insolvencia, esto es, también en el procedimiento concursal-administrativo. Con lo cual, la preferencia del crédito del embargante dejó de ser una mera preferencia *interna* de la ejecución singular para devenir *una causa de prelación de naturaleza sustancial*, tal cual aquella creada con los derechos reales de garantía. Con la consecuencia de que (justamente tal cual la preferencia surgida con la constitución de derechos reales de garantía) para determinar a quién se debía pagar primero, había que estar, como único criterio, a las fechas del surgimiento del derecho de prelación: en el caso de bienes registrados, con la anotación preventiva del embargo en el registro respectivo.

El artículo 24 de la LRP fue retocado por la Ley 27146 de 1999 que le dio el siguiente tenor a su inciso 3:

“Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants o *medidas cautelares* que recaigan sobre bienes del insolvente, siempre que la garantía o la medida cautelar correspondiente haya sido constituida, trabada o ejecutada con anterioridad a la fecha de declaración de insolvencia del deudor”.

A su vez, en el penúltimo párrafo del artículo 24 se estableció lo siguiente:

“Los créditos del tercer orden se pagan con el producto de la transferencia de los bienes del insolvente afectados, bajo cualquier modalidad, al pago de dichos créditos”.

La equiparación del derecho de preferencia del acreedor embargante al de aquel surgido de la constitución de un

derecho real de garantía fue confirmada por la Ley General del Sistema Concursal (Ley 27804) del 2002, estableciendo en su artículo 42 como créditos del *tercer orden*:

“Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, warrants, derecho de retención o *medidas cautelares* que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero solo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos”.

Por tanto, *hoy*, a estas disposiciones, todo el discurso relativo a que el acreedor embargante no puede ostentar una preferencia de su crédito respecto de aquellos surgidos con anterioridad al embargo carece ya de toda base, pues, salvo en los casos de existencia de créditos con privilegio legal (como los créditos laborales y los alimenticios) el *dato* para establecer la preferencia de su crédito frente a los acreedores del mismo *orden* (esto es, los que gozan de preferencia derivada de la constitución de derechos reales de garantía u otros embargos respecto del mismo bien) *está dada única y exclusivamente por la fecha de la anotación del embargo*. Ello significa que tratándose de inmuebles, en el concurso entre un acreedor embargante y un acreedor

(54) *Cónfer* Tomás Sobrevilla, *El proceso concursal peruano. La Ley de Reestructuración Patrimonial* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998), 538 (cursivas agregadas).

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

hipotecario, hay que estar a la fecha de la anotación preventiva del embargo o de la inscripción de la hipoteca, sin importar si el uno o el otro crédito es anterior o posterior.

Esta equiparación entre acreedor embargante de inmuebles con el acreedor hipotecario, considerados ya dentro del mismo *orden* creditorio, por lo que nos consta, no ha sido evidenciada ni se ha extraído consecuencia alguna.

Sin embargo, tal equiparación es fundamental, pues hoy queda claro que la anotación del embargo produce el efecto de *crear* un derecho de prelación en el crédito del embargante, prelación que es eficazmente oponible a *todo* tercero acreedor que (repetimos no teniendo una causa legal de prelación en su crédito, esto es, un privilegio legal) luego, haya anotado otro embargo o inscrito un derecho real de garantía, *sin que importe la fecha de surgimiento del crédito*, sino solo aquella de la inscripción. Lo cual, puede ser muy *injusto* para ese otro acreedor y hasta puede dar lugar a los abusos que se indicaban en la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles de 1912, pero eso parece ya no importarnos pues el criterio para establecer el orden de preferencias es únicamente la fecha de la inscripción registral (según los casos, anotación preventiva o inscripción).

10. La vitalidad del problema del criterio de solución de las controversias suscitadas por la anotación de un embargo en un bien previamente transferido mas no publicitado

Si el problema relativo a la preferencia del crédito del acreedor embargante, en los términos que se plantearon antaño, ha sido hoy *legalmente* superado, no ha ocurrido lo mismo respecto del

conflicto derivado de la anotación del embargo en relación a los adquirentes de derechos reales anteriores a la anotación.

En efecto, si hasta los años cuarenta del siglo pasado, en la jurisprudencia de la Corte Suprema había una suerte de *empate técnico* en la solución del problema del enfrentamiento entre el acreedor beneficiario de la anotación del embargo y el adquirente de derechos reales anterior a la anotación del embargo, ya sea a favor del embargante o del adquirente, desde la vigencia del Código Civil de 1984, en base, sobre todo a lo expresado en la Exposición de Motivos respecto del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, la tendencia mayoritaria en la jurisprudencia se ha inclinado a favor del adquirente de derechos reales anteriores a la anotación. Sin embargo, no han faltado ocasiones en que se han emitido *sentencias extraviadas*⁽⁵⁵⁾ dándole la *preferencia* al acreedor embargante.

Es así que han sido innumerables los casos en los que, repitiendo las consideraciones de la Exposición de Motivos respecto del artículo 2022 del Código Civil, se ha aplicado como criterio para la solución del conflicto entre el adquirente de un derecho real anterior a la anotación de un embargo, el de la prevalencia del derecho del adquirente por no ser el derecho del embargante un *derecho real* sino *personal*⁽⁵⁶⁾ e, incluso, el Poder Judicial en su Portal Web, en la sección de Jurisprudencia Uniforme, reporta⁽⁵⁷⁾ como criterio para la

(55) La expresión es de Gunther Gonzales, "La tercería de bienes inmuebles: propietario no inscrito de fecha anterior vs. acreedor con embargo inscrito," en *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles*, coords, Gunther Gonzales y José Antonio Alvarez, 196.

(56) Gunther Gonzales, "La tercería de bienes inmuebles: propietario no inscrito de fecha anterior vs. acreedor con embargo inscrito," 191-6, se ha tomado el trabajo de elaborar una lista "a título ejemplificativo" de estas sentencias que van desde 1995 al 2013. La lista ocupa casi seis páginas del libro y a ella nos remitimos, pues a diferencia de aquellas que podemos llamar *fundacionales* del conflicto jurisprudencial (reseñadas en el nota 2 del presente trabajo), repiten siempre lo mismo.

(57) http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_civil/as_concurrenciadeunderechoreal/. En el sitio web están colocadas once sentencias (que van de abril del año 2008 a enero de 2012) en esa línea. Esa publicación, por lo que recuerdo, es del año 2014. A la fecha 10 de julio de 2016, la publicación se mantiene tal cual.



Eugenia Ariano Deho

solución del problema de la “Concurrencia de un Derecho Real con otro de Naturaleza Personal” el que:

“El segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil establece una excepción al principio de prioridad previsto en el artículo 2016 del mismo Código; en ese sentido, la inscripción de un derecho personal en los Registros Públicos no convierte a este en real, sino que conserva su carácter, de tal modo que ante la concurrencia de un derecho real con otro de naturaleza personal, prevalece el primero, ello por aplicación del derecho común que por mandato del referido artículo se impone al derecho registral”.

Sin embargo, tal criterio no ha sido *respetado* ni por sus propias Salas⁽⁵⁸⁾, tanto así que en el mismo período en el cual se hizo la publicación indicada, se han emitido dos sentencias en sentido diametralmente opuesto¹²⁰⁽⁵⁹⁾¹, basadas en el siguiente criterio:

“El derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto al legitimado registral quien, precisamente utilizando los datos de publicidad, realiza actos jurídicos o protege de manera eficaz sus derechos”.

Por tanto, por más que hubiera un criterio mayoritario para la solución de este tipo de conflictos, también ha subsistido otro que, aunque minoritario, planteó la solución exactamente opuesta, colocándonos en los mismos dilemas que se plantearon en la primera mitad del siglo XX.

11. La convocatoria al VII Pleno Casatorio Civil y la Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima: el parto de los montes (...)

En el indicado contexto es que con fecha 11 de junio del 2015, como indicado al inicio del presente trabajo, viene convocado,

a iniciativa de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, un *Pleno Casatorio* para el día 17 de julio de ese año, con la finalidad de “dilucidar si un derecho de propiedad no inscrito debe o no imponerse frente a un embargo inscrito de fecha posterior, cosa que necesariamente presupone establecer los alcances de lo prescrito en la última parte del artículo 2022 del Código Civil”.

Tras algunos meses de espera, el 7 de diciembre de 2015, sale publicada en *Separata Especial de El Peruano*, la Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima, la cual establece como *precedente judicial vinculante* que:

“En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta⁽⁶⁰⁾ más antigua que la inscripción del embargo respectivo”.

Ergo, nada distinto del criterio *mayoritario* indicado en el apartado anterior. De hecho, la sentencia, pese a sus densas páginas⁽⁶¹⁾ y pese a descartar una serie de argumentos que a lo largo del tiempo se han ido esbozando entre nuestros autores y nuestra judicatura, ha terminado considerando (nótese, sin acudir “a la exposición de motivos”)⁽⁶²⁾ *inevitable* que

(58) Suele decirse que se trata de un enfrentamiento entre las dos Salas Civiles de la Corte Suprema, pero no es así, pues la aplicación de un criterio o de otro, ha dependido de cada ponente.

(59) Nos referimos a las Casación No. 5135-2009-Callao del 6 de marzo de 2014 y Casación No. 470-2013-Lima del 18 de marzo de 2014, ambas de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema. Sobre la primera sentencia indicada, *cófer* las indignadas páginas de Gunther Gonzalez, “Corte Suprema despoja a los propietarios por deudas de terceros afectando el derecho humano a la vivienda adecuada,” *Gaceta constitucional & procesal constitucional* 85 (enero 2015): 181-8.

(60) La alusión al documento de fecha cierta me parece del todo equivocada, pues el documento privado de fecha cierta (o documento público), se exige para admitir la demanda de tercería, pero si no se tiene (se tiene, por ejemplo, un mero documento privado sin “fecha cierta”), la demanda puede ser igualmente admitida prestándose “garantía suficiente a criterio

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

cuando se presente el supuesto tenga que aplicarse el *derecho común*, esto es, no el derecho registral, pues “cada vez que el legislador civil regula conflictos de derechos, si decide dirimir el conflicto con base en criterios [sic] registrales, lo hace explícitamente, sin ‘medias tintas’”⁽⁶³⁾.

Por tanto, parafraseando al buen Shakespeare, la sentencia ha hecho *mucho ruido* pero ha producido *pocas nueces*, pues sus autores, pese a todo su esfuerzo por interpretar *objetivamente* el texto del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, no han encontrado otra salida que remitirse (como lo quería el legislador concreto, esto es, el que escribió el artículo 2022 del Código Civil), para resolver el conflicto planteado en una tercería de propiedad, al *derecho común* (y no al derecho registral). *Ergo*, la sentencia parió un ratoncito⁽⁶⁴⁾.

12. Había (y hay) que mirar la película, no el fotograma: aplicabilidad del primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil

Sin embargo, si de interpretación *objetiva* se trata, yo no creo que quien no conozca el contenido de la Exposición de Motivos del artículo 2022 del Código Civil podría llegar al inevitable resultado al que ha llegado (un tanto, en apariencia, a regañadientes) la sentencia.

De hecho, quien sin saber nada se enfrentara al mero texto del artículo 2022 del Código Civil se encontraría que en su primer párrafo se establece como criterio de solución de conflictos entre titulares de derechos reales el de la prioridad de la inscripción registral (esto es, el criterio establecido, en términos más generales, por el artículo 2016 del Código Civil). Mientras que, el segundo establece (en efecto) que en el caso de conflictos entre derechos *de distinta naturaleza*, esto es, *no reales*, se aplica el *derecho común* (esto es, no el criterio de la prioridad de la inscripción).

¿Pero por qué el ignaro intérprete para resolver el conflicto suscitado en una tercería de propiedad (como la planteada en el caso que motivó la sentencia) tendría que acudir al segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil y no al primero?

La respuesta siempre ha sido que mientras el tercerista quiere oponer su derecho real al acreedor embargante (y no se olvide, también al embargado)⁽⁶⁵⁾ mero titular (aparente o cierto) del derecho de crédito por el que se

del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar” (artículo 535 del Código Procesal Civil). Por tanto, en este último caso, es perfectamente posible tratar de probar la adquisición del derecho de propiedad (y el momento de la adquisición), con medios de prueba distintos de los documentales. Hay que recordar que en nuestro ordenamiento las tercerías son procesos *plenarios*, no sumarios (como se suele decir), pues la cognición del juez no se encuentra limitada ni por hechos que puede conocer ni por las pruebas que se pueden practicar.

(61) El cuerpo de la sentencia ocupa 21 páginas de la Separata de *El Peruano* (en los tipos poco amigables para la vista de nuestro Diario Oficial).

(62) Considerando VI.3, tercer párrafo de la Sentencia.

(63) Considerando VI.3, segundo párrafo de la Sentencia.

(64) Según la Fábula “El parto de los montes” de Esopo: “Hace mucho tiempo, en tiempos muy lejanos los montes daban señales de parir, y los hombres de aquellos tiempos, esperaban ese parto con mucho miedo, y asombro por saber qué clase de monstruo iban a abortar; y al fin resultó que el temible fruto de los montes era un inofensivo ratón, lo cual causo carcajadas en los hombres”, <http://www.fabulasdeesopo.es/fabulas-de-la-naturaleza/el-parto-de-los-montes/>

(65) Los demandados en una tercería de propiedad son tanto el embargante como el embargado (esto es, el deudor, aparente o cierto), por lo que el tercerista, a los efectos de que se levante el embargo, pretende oponer su invocado derecho no solo al acreedor embargante sino también al deudor-embargado (que es el que registralmente aparece como titular del derecho embargado). Por tanto, estamos ante alguien que quiere oponer su (afirmado) derecho real no inscrito a quien sí tiene su derecho real inscrito. Este detalle no es evidenciado por nadie, por cuanto, por lo general, los embargados deudores no contestan la demanda siendo declarados rebeldes, por lo que el embargante-demandado es dejado a su suerte. Sin embargo, ¿qué pasaría si es que la situación fuera a la inversa, esto es, que quien controvierta el derecho del tercerista sea el embargado-demandado? ¿Se excluiría también el resolverlo en base al primer párrafo del artículo 2022?



Eugenia Ariano Deho

dispuso el embargo anotado, estaríamos ante un conflicto de derechos de *distinta naturaleza*, por lo que, *calzaría* en el segundo párrafo y no en el primero. Eso es justamente lo que nos dice la Exposición de Motivos.

Sin embargo, el que ignore las concretas intenciones del legislador expresadas en la Exposición de Motivos podría bien hacer otro razonamiento y considerar que el conflicto entre el tercerista y embargante/embargado sí se resuelve en base al criterio de la prioridad en el acceso al registro. ¿Y por qué? No ciertamente por considerar que el embargo *crea* él mismo un derecho real⁽⁶⁶⁾, sino porque el embargo, primero, y su anotación registral, después, *preparan el terreno* para que *alguien* sí adquiera (a pleno título) un derecho real.

De hecho, la no aplicabilidad del primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil parte de un error de óptica, pues se mira el acto del embargo de manera *estática*, como si este creara una *situación final*, olvidando que el embargo es un acto procesal que no es fin en sí mismo, sino que se inserta en la *dinámica* del proceso de ejecución, proceso en el cual sí se produce la *situación final* (la adjudicación del bien embargado al postor adjudicatario o al acreedor-adjudicatario, esto es la adquisición de un derecho real).

En efecto, el embargo es un acto procesal que, en sí y por sí, no *crea* a favor del embargante ningún derecho *sobre* el bien, pues lo único que genera es un *objetivo vínculo de destinación*, una *situación instrumental* que *prepara* (y en cierta medida *asegura* la posibilidad de realización de) los actos procesales posteriores.

Así, si se trata de una simple medida cautelar, permitirá, en su momento, en tanto y en cuanto la parte embargante salga

victoriosa en el proceso en el cual se dictó el embargo, iniciar la ejecución forzada, con cargo a ese bien en su momento embargado. Ese embargo cautelar cumple una mera *función instrumental* frente a una *futura* y, sobre todo, *eventual*, ejecución forzada que bien puede nunca llegar (porque, el embargante pierde el proceso, porque el deudor cumple). En tal sentido, nunca como respecto del embargo cautelar son aplicables las famosas frases de Piero Calamandrei en el sentido de que las medidas cautelares “no son nunca fines en sí mismas, sino que están infaliblemente *preordenadas* a la emanación de la decisión definitiva de la cual preventivamente aseguran su fructuosidad práctica”⁽⁶⁷⁾.

Si el embargo cautelar recae sobre bienes inmuebles inscritos, su anotación en la partida del inmuebles permitirá, de darse todas las condiciones, una vez llegado el momento de la ejecución, que esta se pueda *legítimamente* llevar, tal cual, *como si ella se hubiera iniciado en el momento en que se anotó el embargo*. En ese sentido, el embargo cautelar, como todas las medidas cautelares, están enderezadas a realizar la *idea fundamental* identificada por Giuseppe Chiovenda, de que “la *duración* del proceso, el *tiempo* necesario para la definición de la litis, no debe ir en daño del derecho del actor” de tal manera que “la sentencia que estima la demanda debe reconocer el derecho como si ello ocurriera *en el momento mismo* de la demanda”⁽⁶⁸⁾.

(66) Véase el Considerando III.2 de la Sentencia que excluye que el embargo “sea” un derecho real. El embargo, en efecto, *no* es un derecho real: el embargo es un acto de la autoridad (juez o ejecutor coactivo) por el que se *vincula un bien a una ejecución* (presente o futura), ejecución (repito, presente o futura) que se lleva en el interés del acreedor embargante (he allí el derecho de crédito que a través de la ejecución, se tutela). En realidad, el embargo, como acto, no creará un derecho real, pero se parece como dos gotas de agua (derecho de prelación creditoria incluido) *al vínculo* que crea un acto constitutivo de un derecho real de garantía (garantía mobiliaria e hipoteca). De hecho, el embargo moderno descende del *pignus in causa iudicati captum* del derecho justinianeo.

(67) Piero Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padua: Cedam, 1936), 21.

(68) Así, Giuseppe Chiovenda, “Sulla ‘perpetuatio iurisdictionis’,” en *Saggi di diritto processuale civile*, Vol. I (Milán: Giuffrè, 1993), 274 (cursivas en el original). Se debe a Tito Carnacini, en su famosa obra *Contributo alla teoria del pignoramento* (Padua: Cedam, 1936), 301, la extensión de la “idea fundamental” chiovendiana al proceso ejecutivo.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

Se haya o no obtenido un embargo previo, una vez iniciada la ejecución, para que tenga posibilidades de proseguir, se deben haber embargado bienes suficientes para lograr, a través de la actividad ejecutiva sobre ellos (en sustancia, su enajenación forzada a través del remate judicial), la satisfacción del ejecutante.

En tal línea, el embargo solo *prepara* los actos subsiguientes, porque *no crea una situación final*: se embarga para rematar el bien y el remate (que es acto de enajenación) se lleva jurídicamente adelante, *como si se realizara en el momento en el que se embargó* y, en el caso de inmuebles inscritos (o más en general, tratándose de bienes registrados), *es como si se realizara en el momento mismo de la anotación del embargo*.

El embargo pues, prepara el terreno para la enajenación forzada del bien. Realizada la enajenación forzada, habrá un adquirente del derecho rematado (el adjudicatario), al cual el juez le *transmitirá* la propiedad del bien (artículo 739 CPC)⁽⁶⁹⁾, adquisición que se producirá en el estado (jurídico-registral) en que se encontraba en el momento en que se anotó el embargo. Reitero: *es como si el remate se hubiera realizado en el momento en el cual se anotó el embargo*. Es por ello que el inciso 3 del artículo 739 establece que el (llamado) auto de adjudicación contendrá:

“La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre este, salvo la medida cautelar de anotación de demanda; se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute que se hayan inscrito con *posterioridad* al embargo o hipoteca materia de ejecución”⁽⁷⁰⁾.

La circunstancia de que no solo se deba cancelar “todo gravamen” (que responde a otra razón)⁽⁷¹⁾, sino también “las cargas o derechos de uso y/o disfrute” posteriores a la anotación del embargo (precisión introducidas por el Decreto Legislativo 1069)⁽⁷²⁾ pone en evidencia que el adjudicatario (esto es, el postor ganador) *adquiere el bien en el estado en el que estaba en el momento en que se hizo la anotación*. En efecto, después de la anotación preventiva del embargo se pueden haber realizado muchas inscripciones y anotaciones y todas ellas serán canceladas, porque son *ineficaces* (o si se prefiere, inoponibles) para el adquirente, que justamente adquiere el bien en el estado (registral) del bien al momento de la anotación. Lo propio ocurre si es que el bien viene adjudicado al acreedor ejecutante.

(69) “En el remate de inmueble, el juez ordenará, antes de cerrar el acta, que el adjudicatario deposite el saldo del precio dentro de tercer día. Depositado el precio, el juez transfiere la propiedad del inmueble mediante auto (...)”. La expresión *transmitirá* pone en evidencia que se está ante una adquisición a *título derivativo* (y no originario), pero es una *transmisión* bastante *sui generis*, porque el adjudicatario adquiere, como se indica en el texto, el bien libre de todo gravamen y al estado en el que estaba el bien al momento de la anotación del embargo.

(70) Cursiva agregada.

(71) La *purga* de gravámenes (embargos, hipotecas, privilegios inscritos) cumple la importantísima función de servir de estímulo para que se participe como postor en el remate, en cuanto nadie en su sensato juicio adquiriría un bien que se mantuviera gravado. Como lo señala Angelo Bonsignori, *L'esecuzione forzata* (Turín: Giappichelli, 1996), 143, la eficacia extintiva de todos los vínculos de carácter procesal y todos los derechos de prelación procesal y sustancial, que gravan sobre el bien embargado, “se justifica con la doble exigencia de obtener de la cosa, que es expropiada, el precio más alto posible a través de la venta de un bien libre de vínculos y al mismo tiempo de poner en la circulación jurídica derechos libres de garantías, que los haría susceptibles de una nueva expropiación”.

(72) El texto original del inciso 3 del artículo 739 Código Procesal Civil establecía simplemente que el auto de adjudicación debía contener la orden (dirigida al Registrador) “que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre este, salvo la medida cautelar de anotación de demanda”. El Decreto Legislativo 1069 agregó aquello de que “se cancelará además las cargas o derechos de uso y/o disfrute que se hayan inscrito con *posterioridad* al embargo o hipoteca materia de ejecución”. Esta precisión encuentra su razón en la mala praxis de muchos ejecutados, que con posterioridad a la anotación del embargo (o de la inscripción de la hipoteca), inscribían contratos de arrendamiento (u otros derechos reales menores, como el usufructo, uso o habitación) para hacerlos oponibles a los terceros adquirentes, desincentivando así la participación de postores en el remate judicial, en cuanto existía la duda de si tales inscripciones se encuadraban entre aquellas que debían ser canceladas.



Eugenia Ariano Deho

Esta es la película completa. El embargo, en esa película, es solo un fotograma⁽⁷³⁾.

Si se tiene presente este dato: ¿cómo que no hay dos derechos reales en pugna? Por supuesto que los hay, solo que, en el momento de la anotación del embargo el “otro” titular todavía no ha salido a la escena de la película, pero el ordenamiento, que sí tiene el guión completo, prevé ya la circunstancia y permite ganarle al tiempo, y tener todo el escenario listo para que cuando ese personaje (el postor, luego adjudicatario), entre a cumplir su papel, lo haga eficazmente.

Naturalmente, como el adjudicatario no está aún en la escena cuando se plantean las tercerías de propiedad, las cuales, justamente, tienen como *dies ad quem* el momento del inicio del remate (artículo 534 CPC), la *communis opinio* no toma en cuenta la situación (aún futura) del adjudicatario en remate judicial (o del ejecutante-adjudicatario), sino solo la (*instrumental y preparatoria*) situación del acreedor embargante al que con la anotación del embargo le viene (digámoslo

(73) En ese sentido, decía Tito Carnacini, *Contributo alla teoria del pignoramento*, 301-2 que “no podemos en efecto limitarnos a afrontar la parte [el embargo] prescindiendo de cualquier consideración del todo [el proceso de ejecución], y aprovechar el hecho de que este todo [el proceso de ejecución] tiene necesidad de un período de desarrollo (...), no debe olvidarse que [el] artículo 1942 fue escrito cuando no se tenía ciertamente una cabal idea de los efectos del embargo. Los cuales efectos, repito no serán la adquisición de derechos por parte de terceros, sino que consisten también siempre en un vínculo publicístico, de por sí digno de una tutela no menor a aquella acordada a los derechos privados, si no fuera por más que porque preparatorio de un acto traslativo de tales derechos. Y a su vez este último acto tiene necesidad de cubrirse las espaldas porque no es actuable inmediatamente, y ello por motivos que del todo pueden depender fuera que de la voluntad del acreedor ejecutante” (cursivas agregadas). No está de más decir que las tesis de Carnacini expuestas en la indicada monografía de 1936 (sostenidas, por cierto, de iure condito y no de iure condendo) fueron pasmadas expresamente en el Código Civil italiano de 1942 (en cuya redacción participó activamente), en particular, en el artículo 2913 (la mera ineficacia frente al acreedor ejecutante y los acreedores intervinientes de las enajenaciones posteriores al embargo) y, sobre todo, el artículo 2014 (ineficacia, también relativa, de las enajenaciones de bienes registrados que hayan sido inscritas luego del embargo), así como en la correlativa del segundo párrafo del artículo 2019 que hace inoponibles al adquirente del bien en la ejecución los “derechos adquiridos por terceros sobre la cosa, si los derechos mismos no tienen efecto en perjuicio del acreedor embargante y de los acreedores intervinientes en la ejecución”, con lo cual cerraron el círculo. En la “Relazione al Re Imperatore”, (1189), el ministro Dino Grandi recordando la disputa surgida bajo la vigencia del Código Civil de 1965, esto es “si los actos cumplidos antes del embargo, pero hechos públicos después de este, fueran o no oponibles al acreedor embargante”, respecto de la cual “la opinión dominante reconocía la plena eficacia de los actos de disposición inscritos con posterioridad a la inscripción del precepto [léase, del embargo], en razón de que, no habiendo el acreedor ejecutante adquirido, con la inscripción del precepto, derechos sobre el inmueble, y no siendo por tanto tercero en el sentido del artículo 1492 [léase 1942] del código precedente, la inscripción se consideraba no necesaria frente a él. Pero a esta conclusión se llegaba sobre la base del sistema de 1865, es sin embargo cierto que así se admitía la posibilidad de sorpresas en daño del acreedor embargante y de los intervinientes en la ejecución. He considerado oportuno acoger los votos expresados por una parte de la doctrina, resolviendo la cuestión en el único sentido compatible con la tutela de las expropiaciones” (cfr. en G. Pandolfelli y otros, *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, 2ª ed. (Milán: Giuffrè, 1943), 205, cursiva agregada). En el n. 1190 de la Relazione al Re, respecto del artículo 2919, el ministro Grandi completa la *idea*: “Desciende por lo demás, como natural consecuencia de los principios afirmados en los artículos 2913-2916 que el derecho del tercero no es oponible al adquirente cuando haya sido adquirido en base a actos que no tienen eficacia en perjuicio del acreedor embargante y de los acreedores intervinientes en la ejecución y a la situación que de ella se deriva: lo que, en el fondo importa que, con la finalidad de determinar la condición jurídica en la cual subentra el adquirente, hay, en línea de máxima, que referirse a la existente en el momento del embargo” (Cónfer en G. Pandolfelli y otros, *Codice civile. Libro della Tutela dei Diritti illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, 207, cursivas agregadas). Señala Salvatore Mazzamuto, “L’esecuzione forzata,” en *Trattato di diritto privato*, Tom. II, Vol. 20, dir. Pietro Rescigno (Turín: UTET, 1990), que la disposición del artículo 2014 (y también las de los artículos 2015 y 2918), en virtud de la cual la inoponibilidad de los actos allí indicados “a los acreedores *in executivis*, considerados como si fueran terceros adquirentes, se debe reputar uno de los resultados más importantes que haya logrado la nueva disciplina introducida por el código del 42”.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

así) *asegurada* la *efectividad* de los ulteriores actos de ejecución enajenativos. La anotación del embargo apunta justamente a esto: que se pueda llevar adelante el remate judicial *como si se realizara exactamente en el instante temporal en que se produjo la anotación registral*.

A ello se agrega que los embargos, desde el punto de vista registral, se sustancian en anotaciones preventivas, esto es, conforme al artículo 64 del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP), en:

“(…) asientos provisionales y transitorios *que tienen por finalidad reservar la prioridad* y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito”⁽⁷⁴⁾.

Por tanto, ¿A qué le reserva la prioridad la anotación preventiva del embargo? Pues, sin duda alguna a la adjudicación, como acto de adquisición del derecho de propiedad a través del remate judicial (o, en su caso, de la llamada *adjudicación en pago* al acreedor ejecutante), con la consecuencia de que al inscribirse el auto de adjudicación se produce lo que registralmente se llama la *retroprioridad*, esto es, conforme al artículo 68 del RGRP:

“Inscrito el acto o derecho cuya prioridad ha sido cautelada por la anotación preventiva surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación”.

Si así se ven las cosas, esto es, colocando el embargo en la *dinámica* de la ejecución forzada, y se vuelve a leer el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, será más fácil entender la razón por la que sí era (y es) posible (y se diría necesario) que el conflicto que plantea un tercero en una tercería de propiedad se resuelve con él: para que él pueda oponer su

(afirmado) derecho real a quien *tiene* derechos reales sobre los mismos, debe de tener el derecho inscrito con anterioridad. Solo que el segundo sujeto (el adjudicatario), ese *derecho real* aún no lo *tiene*, pero está *reservado* por la anotación preventiva del embargo. Derecho real vs. derecho real, pues: el derecho del que afirma haber adquirido el derecho de propiedad *antes* de la anotación preventiva del embargo frente al que *adquirirá* esos derechos en la dinámica de la ejecución forzada.

Para graficar mejor, se piensa en el supuesto en el que la tercería de propiedad no haya sido planteada oportunamente y la ejecución haya seguido su curso, consumándose la enajenación forzada con la correspondiente emisión del auto de adjudicación del artículo 739 CPC a favor del postor-adjudicatario⁽⁷⁵⁾. Inscrito el auto de adjudicación, si el que se afirma *versus dominus* del bien enajenado (por haberlo adquirido del deudor *antes* de la anotación del embargo, mas no inscribió su adquisición), plantea la correspondiente demanda de reivindicación (de haberse entregado el bien al adjudicatario)⁽⁷⁶⁾ o una demanda declarativa de mejor derecho de propiedad (si no ha habido entrega) no debería haber duda de que el conflicto se resuelve conforme al primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, esto es, a favor del adjudicatario, tanto si el tercero no inscribió su adquisición o la inscribió con posterioridad a la anotación del embargo, y ello en atención a que el auto de adjudicación *retrotrae* sus efectos al momento de la anotación del embargo⁽⁷⁷⁾.

(74) Cursiva agregada.

(75) Conforme al inciso 4 del artículo 739, el auto de adjudicación ordena que se “expidan partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación”.

(76) Conforme al inciso 3 del artículo 739 del Código Procesal Civil: “La orden al ejecutado o administrador judicial para que entregue el inmueble al adjudicatario dentro de diez días, *bajo apercibimiento de lanzamiento*. Esta orden también es aplicable al tercero que fue notificado con el mandato ejecutivo o de ejecución”.

(77) Una vieja sentencia de la Corte Suprema, del 5 de julio de 1951 (citada por Bernardo Pardo, *Derecho registral inmobiliario en el Perú*, 251) estableció lo siguiente: “El adquirente en remate público de un predio que en el Registro de la Propiedad Inmueble aparece inscrito como de propiedad exclusiva de las ejecutadas se encuentra libre de la reivindicación que sigue quien no tenía su dominio inscrito aunque demuestre que es propietario del bien subastado” (*Cónfer en Revista de jurisprudencia*



Eugenia Ariano Deho

Si así se lee, se entiende la razón por la cual desde la Ley de 1888 se dio acceso al Registro a los embargos: para reservar la prioridad al que *adquirirá* los bienes en subasta judicial y se entiende también que ella se sustancie únicamente como una anotación preventiva, pues puede ser que nunca se llegue al remate (porque el deudor paga, porque se estima su oposición a la ejecución, etcétera), pues, en estos casos, la situación se resuelve sola: con la cancelación de la anotación preventiva, dejando subsistentes todas aquellas inscripciones que le hayan sobrevenido.

13. Un caso más de tutela de las apariencias

Si así se ven las cosas, estamos ante un caso más de tutela de las apariencias, como lo son todas las que se brindan cuando para resolver un conflicto se hace operar la técnica de la inscripción. Tutela de las apariencias que, justamente, quiebra todas las reglas del *derecho común* y los principios de las adquisiciones a título derivativo.

Como lo señala Bustos Pueche, “la nota característica de la apariencia jurídica es la de atribuir a una situación jurídica falaz los mismos efectos típicos que se atribuyen a la situación verdadera que aquella simula. Así, quien fiado de la apariencia compra de quien no es propietario, se convierte en propietario, que es lo que ocurre cuando se adquiere del verdadero propietario. Pues bien, en el caso de adquisición inmobiliaria, con apoyo en el Registro de la Propiedad, ocurre exactamente lo mismo”⁽⁷⁸⁾. “Toda la teoría de la apariencia jurídica -sigue

diciendo Bustos Pueche— es una excepción a la teoría general del Derecho Civil. Y la manifestación más característica y frecuente de la apariencia jurídica son las llamadas adquisiciones a *non domino*”⁽⁷⁹⁾.

Es la tutela de las apariencias que justifica disposiciones como la del artículo 1135 del Código Civil, conforme a la cual en caso de doble enajenación por parte del mismo titular se prefiere al que inscribió primero su título. Es un caso de tutela de las apariencias el que, en el caso del artículo 1584 del Código Civil, los acreedores del comprador puedan satisfacer sus créditos con cargo al bien vendido, aunque el vendedor se haya reservado la propiedad sobre el bien, si esta reserva no está inscrita; es un caso de tutela de las apariencias el que el comprador de un inmueble sobre el que previamente se había constituido un usufructo no inscrito, adquiera la propiedad plena. En todos estos casos, las reglas del *derecho común* son dejadas de lado para resolver el conflicto a favor de lo que resulta inscrito y no respecto de lo que no está inscrito.

Aplicado a la situación que genera la anotación del embargo, puede parecer injusto, y, se ha dicho, hasta “inmoral” que por las deudas de uno termine respondiendo el bien de otro⁽⁸⁰⁾.

peruana 92 (1951): 1028. Niega, con todo énfasis, que el adquirente en remate judicial esté protegido por el registro frente a una reivindicatoria, Gunther Gonzales, “Remate judicial,” en *Embargo, tercería de propiedad y remate de inmuebles*, coords. Gunther Gonzales y José Antonio Alvarez, 252 y siguientes.

- (78) José Bustos, “El sujeto beneficiario de protección registral,” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 679 (2003), que es uno de los pocos autores españoles que defiende el que “el anotante del embargo o el rematante de la subasta merecen el tratamiento de terceros adquirentes; que merecen beneficiarse de la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica y, por ende, consolidar su adquisición, como si el deudor ejecutado, del que trae causa su adquisición, hubiera sido realmente el dueño inmediatamente anterior de la cosa. Sabemos que la eficacia propia de la apariencia jurídica es la de provocar, en lo sustancial, aquellos mismos efectos que se hubieran provocado si la situación jurídica base hubiera sido regular”. Sobre el estado de la situación en el derecho español, *cónfer* el buen trabajo de Ana López Frías, “Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias,” *Revista crítica de derecho inmobiliario* 721 (2010): 2079-125.
- (79) José Bustos, “El sujeto beneficiario de protección registral”.
- (80) *Cónfer*, sobre todo, Gunther Gonzales, “La tercería de bienes inmuebles: propietario no inscrito de fecha anterior vs. acreedor con embargo inscrito,” 195, que rotula como *inmoral* la aplicación de la doctrina de la apariencia respecto a la situación del acreedor embargante. Ciertamente, Gonzalez Barrón está pensando en un *abstracto* acreedor que no tiene la previsión de hacerse otorgar garantías específicas (hipoteca u otra garantía real) al *otorgar* un crédito *personal*, por lo que asume el

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

Es que en todos los casos de tutela de las apariencias se puede llegar a situaciones *injustas*, pero es la solución a la que se llega cuando para resolver los conflictos entre situaciones sustanciales se opera con la técnica de la inscripción.

En efecto, en los sistemas que adoptan el modelo del registro latino, en donde las inscripciones son facultativas, el registro opera como un solucionador de conflictos, nos guste o no. Y respecto del embargo, no se ve la razón por la cual sea *más injusto* que en los demás casos.

En tal línea, en un sistema en donde (se repite) las inscripciones son facultativas, el inscribir el acto se vuelve una auténtica *carga*, en el sentido de que el sujeto puede inscribir su acto o no: aquel “tiene la elección entre el comportamiento indicado por la norma del cual obtendrá el efecto favorable, y otro comportamiento, consistente en la omisión de la inscripción que, aunque no es ilícito, implica una consecuencia para él desfavorable”⁽⁸¹⁾.

Ciertamente, hay que reconocer que muchas veces no se logra inscribir, porque los registradores nos complican la vida, pero hay que insistir, pues caso contrario el que adquiere un bien inscrito y no inscribe su acto de adquisición, se expone a todas las consecuencias negativas, entre ellas que se termine embargando como si el bien aún fuera de su enajenante.

Para eso tenemos un sistema registral que sirve justamente para resolver los conflictos entre, en sentido lato, adquirentes de derechos. Quien cuestione esto pone en jaque la existencia misma del registro.

14. El papel de la buena fe

Naturalmente, lo dicho en el apartado anterior no significa en absoluto que las demandas de

riesgo de los actos de disposición patrimonial de su deudor, riesgo este que es compensado con una mayor tasa de interés. Ergo, parecería que el único supuesto en el que está pensando el autor es aquel del contrato de mutuo (o más, en general, los préstamos bancarios). De allí que concluya que “la validación del embargo inscrito contra un bien que no le pertenece al deudor, por el solo hecho de que este mantenga la titularidad registral, es una solución a todas luces inmoral, pues los acreedores que lucran con los créditos personales terminan pidiendo una tutela análoga a la de los créditos hipotecarios, pero no devuelven la mayor suma cobrada por intereses” (página 167). Sin embargo, habría que recordar algo obvio: no todo derecho de crédito tiene como fuente un mutuo (ni siquiera un contrato). El caso más evidente es aquel en el que el crédito es de fuente aquiliana (artículo 1969 del Código Civil), en donde es impensable que el acreedor se haga *otorgar* garantías específicas y no está para nada *compensado* con una *mayor tasa de interés*. ¿Sería también *inmoral* que se aplicara la doctrina de las apariencias a aquel acreedor que ha sufrido un daño y pretende satisfacer su crédito con cargo a un bien que el registro publicita aún como de su dañante? Pero también es el caso de los derechos de crédito incorporados en títulos valores a la orden (por ejemplo, una letra de cambio o un pagaré), que por definición están enderezados a la (fácil) circulación a través del acto (unilateral) de endoso. Si cada endosatario tuviera que tener la previsión de hacerse otorgar garantías específicas (del endosante, porque con el deudor principal no tiene ninguna relación), simplemente no habría endosatarios y los títulos valores perderían su función económica.

(81) Pasquale De Lise, “Trascrizione. I) In generale,” en *Enciclopedia giuridica* (Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994), 2 de la voz. Sobre la carga como situación subjetiva, el gran filósofo analítico Riccardo Guastini precisa: “Se dice ‘carga’ aquella peculiar situación jurídica subjetiva, aparentemente intermedia entre el deber y la libertad, que está instituida por normas instrumentales. Se dicen ‘instrumentales’ las normas que prescriben un determinado comportamiento *cual condición necesaria* para el logro de un cierto resultado jurídico (la validez de un acto, la adquisición o el ejercicio de una posición jurídica ventajosa, etc.). Por ejemplo, conforme al artículo 2644 del Código Civil, el adquirente de un inmueble *debe* inscribir [*trascrivere*] en los registros inmobiliarios el acto de compraventa, *si* (y solo si) desea que su adquisición sea oponible a terceros. Evidentemente, la carga no constituye, pues, una situación jurídica por sí, distinta de la situación de deber, sino solo una especie distinta del género de los deberes. Las carga es, propiamente, un *deber condicionado*. Las normas instrumentales, en efecto, no prescriben incondicionadamente que un determinado comportamiento sea realizado: exigen ese determinado comportamiento solo a condición de que el destinatario quiera lograr una determinada finalidad. Por tal razón, mientras que un deber puede ser violado, no sería apropiado hablar de ‘violación’ en relación a las cargas” (así, Ricaedo Guastini, “Dovere giuridico,” en *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI (Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990), 5 de la voz).



Eugenia Ariano Deho

tercería *de propiedad* planteadas por sujetos que afirman haber adquirido el bien con anterioridad a la anotación del embargo sean “improcedentes” de plano, en atención a que tal adquisición sería “inoponible” ex primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil.

Como bien lo dice Luis Alberto Aliaga, “el artículo 2022 además de enfatizar el principio general de prioridad consagrado en el artículo 2016, define titularidades”⁽⁸²⁾, es decir, es una norma sustancial para resolver los conflictos que se puedan suscitar entre diversos sujetos que afirman ser titulares de derechos reales sobre el mismo bien, en el sentido de que *prevalece* el derecho de aquel que inscribió *antes* su derecho en el registro.

Pero, hay que tener en cuenta que el criterio de la prioridad de la inscripción establecido expresamente en el artículo 2016 del Código Civil (y que se infiere del artículo 2022 del Código Civil) no es el único a tener en cuenta para resolver el posible conflicto. Tal como lo señala el propio Aliaga, el artículo 2022 del Código Civil debe complementarse con los artículos 1135 y 1670 del Código Civil, que regulan el concurso de acreedores y arrendatarios, “conjunto de normas que configuran el sistema de oponibilidades vigente en el país”⁽⁸³⁾.

De dichas normas, se infiere que en el concurso de acreedores de un mismo bien inmueble se prefiere al “*de buena fe* cuyo título

ha sido primeramente inscrito”. *Ergo*, en nuestro sistema frente al conflicto entre dos sujetos que se afirman titulares de un derecho sobre el mismo bien, se *prefiere* a quien haya obrado de buena fe y haya inscrito su derecho antes que el otro. Si ambos han adquirido su derecho de buena fe, la *preferencia* la determina únicamente el dato objetivo del tiempo de la inscripción (artículo 2016 del Código Civil). Viceversa, si uno es de buena fe y el otro no, aun cuando este segundo haya inscrito antes su derecho, *prevalecerá* (o debería prevalecer) el que tenga el *título* más antiguo.

Luego, no basta el dato objetivo de la inscripción para dilucidar *a quién se prefiere* (o sea quién consideramos como titular de un determinado derecho sobre el mismo bien), sino que se requiere de la buena fe del adquirente, una buena fe (subjetiva) que, tratándose de bienes inscritos, se presume si es que él obró en base a la fe que le daba el registro⁽⁸⁴⁾. Pero, nótese, que esa buena fe se presume hasta en tanto y en cuanto no se demuestre que aquel que inscribió “sabía de

(82) Luis Alberto Aliaga, “El principio hipotecario español de inoponibilidad de lo no inscrito y el artículo 2022 del Código Civil peruano,” *Revista del Foro* (junio-diciembre 1998): 70.

(83) Luis Alberto Aliaga, “El principio hipotecario español de inoponibilidad de lo no inscrito y el artículo 2022 del Código Civil peruano”: 70.

(84) Esa es la diferencia esencial entre nuestro sistema registral y el italiano. En efecto, en el caso italiano, la regla es que la situación de buena o mala fe del adquirente preferido es indiferente. Así, señala Gennaro Mariconda, “Trascrizione,” en *Trattato di diritto privato*, Tom. I, Vol. 19, coord. Pietro Rescigno (Turín; UTET, 1990), 109 y siguiente, que: “Ninguna relevancia reviste la circunstancia de que el tercero preferido sea de buena o de mala fe. El sistema de la inscripción prescinde completamente (...) de cualquier posible conocimiento que un sujeto tenga de la adquisición *aliunde* de un determinado efecto jurídico, así como no acuerda ninguna relevancia a las posibles justificaciones de la ausencia de conocimiento de un efecto hecho público con la inscripción. No es consentida, por tanto, ninguna investigación sobre el estado psicológico del tercero y este principio es unánimemente compartido por la jurisprudencia y por la doctrina ya sea que ello se haga derivar de una presunción absoluta *iuris et de iure* según la cual lo que está inscrito es conocido y aquello que no está inscrito es desconocido, o que se considere tal presunción una inútil superestructura doctrinal y se haga descender tal principio (no de la presunción de conocimiento general de la inscripción sino directamente de la inscripción)”. Para el caso específico del embargo [*pignoramento*], a estar a que los actos de disposición del bien inmueble o mueble registrado aunque anterior, es ineficaz frente al acreedor ejecutante (y los intervinientes) si no está inscrito antes del embargo (inciso 1 del artículo 2914 del Código Civil italiano), la jurisprudencia tiene establecido que “El tercero que plantee oposición a la ejecución inmobiliaria, conforme al artículo 619 del Código Procesal Civil, asumiendo ser propietario exclusivo del inmueble embargado en daño del deudor, debe deducir un título de propiedad (...) de los bienes embargados, inscrito anteriormente al embargo, siendo irrelevante, no admitiendo la inscripción derogaciones o equivalentes, el efectivo conocimiento que el acreedor ejecutante tenga sobre la real titularidad del bien ejecutado” (así, Casación No. 5194 del 23 de octubre de 1985): *cónfer* en Franco Cipriani y Giampiero Balena, *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza* (Nápoles: ESI, 1999), 1625.

El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)
The embargo punished: considerations (already) outdated about an old problem tried to overcome with the Seventh Civil Cassation Plenary (Cassation Judgment No. 3671-2014-Lima)

la inexactitud del registro” (último párrafo del artículo 2014 del Código Civil).

Si ello es así frente a los supuestos de los artículos 1135 y 1670 del Código Civil, parece lógico que ello también funcione en los demás supuestos de conflicto entre titulares de derechos reales distintos relativos al mismo bien. En tal sentido, para resolver el posible conflicto no bastan ni el artículo 2016 ni el artículo 2022 del Código Civil, sino que para que ello funcione se requiere *siempre* de la *buena fe* del que inscribió (o se anotó)⁽⁸⁵⁾.

Ergo, frente al conflicto entre dos afirmados titulares de determinados derechos sobre el bien, el mismo se resolverá, si no se destruye la presunción de buena fe (o sea la *mala fe*, que en el caso significa el saber de la inexactitud del registro), a favor de quien inscribió primero; viceversa, si se destruye la presunción, si se llega a probar que el que inscribió primero su derecho conocía de la inexactitud del registro, el conflicto no puede resolverse en base al mero dato de la prioridad de la inscripción, sino en base a las pertinentes normas sustanciales, pues la protección del registro habrá desaparecido.

Tratándose del embargo, si en el proceso de tercería se llegara a demostrar que el acreedor embargante tenía conocimiento de la *inexactitud del registro*, en cuanto sabía que el bien había sido previamente enajenado a favor de tercero, el derecho

del tercerista prevalecerá, puesto que la presunción de haber obrado de buena fe es destruida y como tal desaparece la protección que le otorga el registro, vale decir, no será posible aplicar el artículo 2022 del Código Civil y el embargo deberá ser levantado.

Es pues, por la vía de la buena fe por la que ingresa, en casos como estos, la justicia y la moralidad.

De allí que, en estos casos, las tercerías de propiedad no es que deban ser consideradas simplemente *improcedentes*. Serán *procedentes* a los efectos de determinar si ese embargante obró de buena fe o no, esto es, si el derecho real del tercero es *oponible o no* a la ejecución que tiene por objeto realizar ese bien que en el momento de la anotación *aparecía* como de propiedad del deudor.

Vistas así las cosas, adquiere también una nueva coloración el que la demanda de tercería deba ser planteada antes de que se dé inicio al remate judicial del bien (artículo 534 CPC)⁽⁸⁶⁾: si ella tiene por objeto determinar no solo si existe el derecho alegado por el tercerista sino, sobre todo, si este es oponible a la ejecución en curso

(85) A ello se llegó jurisprudencialmente antes de la vigencia del Código Civil de 1984. Tal como lo señala Edmundo Ubilluz, *El tercero del Registro de la Propiedad Inmueble*, 32: “la jurisprudencia ha rebasado la legislación del Registro que no contiene ningún dispositivo claro y general que limite el concepto del tercero desde [el punto de vista de la buena fe]”, concluyendo que, en base a la jurisprudencia (que analiza magistralmente), “el Registro protege solo al tercero de buena fe”.

(86) Con toda simplicidad, el artículo 534 del Código Procesal Civil establece que el momento final para el planteamiento de la tercería de propiedad es el del inicio del remate del bien. Esta disposición adelanta en demasía el diez ad quem de la demanda de tercería, pues ella debería poder ser planteada hasta el momento en el que el bien pasa al patrimonio del adjudicatario, lo que en el ordenamiento vigente, tratándose de muebles ocurre *recién* con la entrega del bien (véase artículos 740 y 744 del Código Procesal Civil) y en el caso de inmuebles con la emisión del auto de adjudicación (véase artículos 739 y 740 del Código Procesal Civil).

En todos los ordenamientos *hermanos* al nuestro, el momento preclusivo para el planteamiento de la tercería de propiedad coincide con el perfeccionamiento del acto traslativo. Así, por ejemplo, en el ordenamiento español actual la tercería de dominio puede plantearse “hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera por cualquiera de los sistemas de enajenación forzosa previstos en la LEC” (véase Jaime Vegas, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2005), 156); en el ordenamiento argentino (el de la Nación), el *dies ad quem* está constituido por el otorgamiento de la posesión de los bienes (segundo párrafo del artículo 97 CPCCN), etcétera. En el ordenamiento italiano, la *opposizione di terzo*, si bien conforme al artículo 619 de su CPC puede ser planteada hasta “antes que sea dispuesta



Eugenia Ariano Deho

(en razón de la buena o mala fe del acreedor embargante) iniciado el remate, con la aparición de los postores (potenciales adjudicatarios), la situación psicológica del acreedor embargante pierde relevancia, adquiriéndola únicamente aquella de los postores, a los que (en línea de principio) el ordenamiento tiene que asegurarles una *adquisición estable*, pues caso contrario todo el sistema de ejecución judicial estaría condenado al fracaso, en cuanto nadie estaría dispuesto a participar en los remates judiciales⁽⁸⁷⁾.

Por último, cabe la pregunta: ¿qué papel podría tener ese segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil que nos remite al *derecho común*? Pues, no ciertamente el del resolver el conflicto entre el embargante y el adquirente anterior, sino el de resolver aquellos conflictos entre acreedores que no se resuelvan con las normas de la prioridad de la inscripción: esto es, un conflicto de preferencias derivadas de privilegios legales, en donde, no importa para determinar a cuál acreedor se prefiere la anterioridad o no de las anotaciones de embargos (ni, por cierto, de las hipotecas).⁽⁸⁸⁾

la venta o la adjudicación de los bienes”, los intérpretes están (más o menos) de acuerdo en que el término final “coincide no con la emanación de la resolución de autorización de la venta, sino con el momento en que se perfecciona la venta o la adjudicación” [Edoardo Garbagnati, “Opposizione all’esecuzione (diritto processuale civile),” en *Novissimo Digesto italiano*, Vol. XI (Turín: UTET), 1076; más recientemente, véase las consideraciones de Girolamo Monteleone, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., vol. II (Padova: Cedam), 278].

Por lo demás, si la demanda de *tercería de propiedad* tiene por objeto que se levante el embargo (o que este venga limitado en atención al derecho del tercerista), el momento final para su planteamiento debería coincidir con aquel en el que tal embargo sobre el bien *cesa* por agotamiento de función: en el caso de muebles cuando se perfecciona su enajenación (con la entrega al adjudicatario); en el caso de inmuebles (y de muebles registrados) con el auto de adjudicación, que justamente ordena “que se deje sin efecto todo gravamen” (inciso 2 del artículo 739).

- (87) Naturalmente, si es que el acreedor ejecutante obró de mala fe, esto es, a sabiendas de que el bien que se publicitaba en el registro como del deudor, no lo era, deberá responder frente al tercero adquirente (como mínimo por enriquecimiento sin causa), pues se habrá satisfecho en su crédito con un bien *equivocado*. De igual manera, el deudor se habrá liberado de una deuda con un bien no suyo, por lo que también se habrá “enriquecido” a expensas del tercero. En cuanto al adjudicatario (que es, en definitiva el sujeto tutelado), salvo que hubiera él mismo obrado de mala fe, su adquisición debe considerarse *inatacable*. En contra, como ya indicado *retro*, nota 77, Gunther Gonzales, “Remate judicial,” 252 y siguientes, quien concluye que el adjudicatario no está protegido por la fe pública registral por lo que el tercero propietario que no ha planteado oportunamente la demanda de *tercería* podría plantear (con éxito) la reivindicación del bien en contra del adjudicatario. De seguirse su tesis, nadie participaría como postor en remates judiciales, condenando a la ineficacia todo el sistema de tutela ejecutiva.