

ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS

CURSO "PRECEDENTES EN MATERIA CIVIL"

UNIDAD I: LA NECESIDAD DEL RESPETO A LOS PRECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO ROMANO-GERMANICO

- **Precedentes obligatorios. Luiz Guilherme Marinori. Aproximación crítica entre las jurisdicciones de civil Law y el Common Law y la necesidad de respeto a los precedentes. Palestra Editores. Lima 2013, p. 13 a 48.**

Precedentes Obligatorios

Luiz Guilherme Marinoni

Introducción

La contraposición entre *Common Law* y *Civil Law* cedió lugar a la idea de que estos sistemas constituyen dos aspectos de una misma y gran tradición jurídica occidental. No obstante, el *Civil Law* y el *Common Law*, habiendo surgido en circunstancias políticas y culturales diferentes, hicieron surgir tradiciones jurídicas particulares, caracterizadas por institutos y conceptos propios.

La tradición del *Civil Law* se basa en dogmas, propios de la Revolución Francesa, los cuales niegan postulados que paulatinamente fueron establecidos durante la transformación de la realidad social y del contenido de los Estados de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta entre los poderes y de la mera declaración judicial de la ley. Sin embargo, a pesar de los cambios que operaron en el ámbito del *Civil Law* —inclusive en las concepciones de derecho y de jurisdicción, marcadamente en virtud del impacto del neoconstitucionalismo[1]—, existe todavía gran

[1] Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*. 4 Ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. Vol. I, esp. Parte I.

Recuérdese que, aunque los precedentes hayan sido fundamentales para el desarrollo del *Common Law*, el *stare decisis* —esto es, la eficacia vinculante de los precedentes—, tiene sustentación especialmente en la igualdad, en la coherencia, en la estabilidad del orden jurídico y en la previsibilidad. Aunque sea costumbre pensar el *stare decisis* como aspecto indisociable del *Common Law*, la verdad es que el primero surgió en el curso del desarrollo del segundo, sobre todo para dar seguridad a las relaciones jurídicas.

También es equivocado imaginar que el *stare decisis* —o la eficacia vinculante de los precedentes— existe o tiene razón de ser apenas donde el juez crea derecho. En tiempos recientes, como precisamente advierte MacCormick —especialmente en *Rethoric and the rule of law*—, inclusive en los países del *Common Law*, derecho jurisprudencial puro es relativamente raro. Mucho del derecho jurisprudencial, ahora, toma la forma de interpretaciones explicativas (*glosses*) de la ley.[2]

A propósito, considerándose la hoy fantasiosa suposición de que el *stare decisis* existe en derivación de la inacción del legislativo, conviene constatar que no hay déficit en la legislación en los Estados Unidos. Por el contrario, varios Estados americanos tienen más normas legales que muchos países del *Civil Law*[3]. De modo que no tiene cabida la alegación de que el precedente tiene fuerza vinculante por falta de actuación del legislador.

Por otro lado, la tradición del *Civil Law*, anclada en las razones de la Revolución Francesa, fue completamente descaracterizada

---

2 MacCormick, Neil. *Rethoric and the rule of law — A theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press. 2005. p. 247.

3 Merryman, John Henry; Perez-Perdomo, Rogelio. *The Civil Law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press. 2007. p. 65 y ss.

con el paso del tiempo. El juez, inicialmente prohibido de interpretar la ley, pasó paulatinamente a interpretarla, cayendo luego en desuso las comisiones legislativas, instituidas para resolver las dudas de interpretación y, luego, el primer aspecto de la Casación, delineada como órgano de naturaleza no jurisdiccional para casar las interpretaciones judiciales incorrectas.

La evolución del *Civil Law* es la historia de la superación de una idea instituida para viabilizar la realización de un deseo revolucionario y, que, por lo tanto, nació con la marca de utopía. Como dogma, esta noción se mantuvo viva aunque la evolución del *Civil Law* la descaracterizase. La fuerza del constitucionalismo y la actuación judicial mediante la concretización de las reglas abiertas hizo surgir un modelo de juez completamente distinto del deseado por la tradición del *Civil Law*. El *Civil Law* vive, actualmente, la contradicción entre el juez real y el juez de las doctrinas acríticamente preocupadas solo en justificar que la nueva función del juez cabe dentro del modelo del principio de separación de poderes. En verdad, la doctrina olvida esclarecer que el juez de la Revolución Francesa nació muerto y que el principio de la estricta separación de poderes sufrió una mutación con el paso del tiempo, teniendo en los días que transcurren, una figura distinta.

No hay duda que el papel del actual juez del *Civil Law* y, principalmente, el del juez brasilero, a quien es concedido el deber-poder de controlar la constitucionalidad de la ley en el caso concreto, se aproxima mucho a la función ejercida por el juez del *Common Law*, especialmente a la de la realizada por el juez americano. Sucede que a pesar de la aproximación de los papeles de los magistrados de ambos sistemas, solo el *Common Law* es devoto al respeto a los precedentes —lo que se configura altamente nocivo al sistema de distribución de justicia, a la afirmación del poder y a la estabilidad del derecho en el Brasil.

La ausencia del respeto a los precedentes está fundada en la falsa suposición inherente al *Civil Law*, de que la ley sería suficiente para garantizar la certeza y la seguridad jurídica. La tradición del

juez a la ley. Sin embargo, es curioso percibir que la certeza jurídica adquirió aspectos antagónicos en el *Civil Law* y en el *Common Law*, ya que en el último fundamentó el *stare decisis*, mientras en el *Civil Law* fue utilizada para negar la importancia de los tribunales y de sus decisiones.

No obstante, ni al "descubrirse" que la ley es interpretada de diversas formas y, visiblemente, que los jueces del *Civil Law* de forma rutinaria deciden de diferentes modos los "casos iguales", se abandonó la suposición de que la ley es suficiente para garantizar la seguridad jurídica. Ahora, al tornarse inocultable que la ley es interpretada de diversas formas, haciendo surgir distintas decisiones para los casos iguales, debería haber surgido, al menos en sede doctrinaria, la lógica conclusión de que la seguridad jurídica únicamente puede ser garantizada resaltándose la igualdad en las decisiones judiciales y, así, estableciéndose el deber judicial de respeto a los precedentes. Al final, la ley adquiere mayor significación cuando bajo la amenaza de violación o luego de haber sido violada, de forma que la decisión judicial que la interpreta no puede quedar en segundo plano o desmerecer algún respeto del propio Poder que la promulgó.

La seguridad jurídica, románticamente deseada en la tradición del *Civil Law* por la estricta aplicación de la ley, no puede más dispensar el sistema de precedentes hace mucho tiempo establecido en el *Common Law*, en el que la posibilidad de decisiones diferentes para casos iguales nunca dejó de ser percibida y, por eso, hizo surgir el principio de que los casos similares deben ser tratados del mismo modo.

Luego de demostrar que el sistema de precedentes no es privilegio del *Common Law*, el libro aborda en su Capítulo II, las varias razones que acostumbran ser invocadas a favor y en contra de la eficacia vinculante de los precedentes, demostrando no haber

más motivo para antipatizar con la idea de obligar a los jueces a respetar los precedentes de los tribunales superiores. La fuerza vinculante de los precedentes de esos tribunales es necesaria para garantizar la coherencia del orden jurídico, la igualdad, la estabilidad y la previsibilidad, además de favorecer la efectividad del sistema de decisiones. Mientras sucede eso, las tradicionales reclamaciones contra la obligatoriedad de los precedentes no resisten a un cuidadoso análisis de la cuestión, sobre todo una vez que es despojada de preconceptos, que, frecuentemente, están basadas en argumentos que fugan de la racionalidad.

Es claro que de nada ayudaría todo ese discurso sin que fuese trazado un método capaz de sustentar la aplicación de los precedentes en el Brasil. Es así que, en el Capítulo II, se aborda, inicialmente, la doctrina del *Common Law*, especialmente la norte americana, para discutir los conceptos fundamentales para la operación con los precedentes. Se analizan, de tal suerte, los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, indispensables para la comprensión de la esencia de los precedentes, llegándose, posteriormente, al análisis de sus modelos operacionales, como el *distinguishing* y sus semejantes: técnica de señalización, *transformation*, *overriding* y la elaboración de decisiones inconsistentes. Se estudia, todavía, el *overruling*, dándose atención al *antecipatory overruling* y a los efectos prospectivos de la revocación de precedentes cuya asimilación es absolutamente fundamental en un sistema que, dando énfasis a precedentes vinculantes, debe preocuparse tanto con la seguridad jurídica cuanto con el desarrollo del derecho y la confianza justificada en el orden jurídico.

El último capítulo es dedicado a demostrar la fuerza vinculante de los precedentes del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia. Ahí se trata, aún, de instrumentos que han sido discutidos en el derecho brasilero —como las *súmulas*, la repercusión general, los recursos repetitivos, el juzgamiento monocrático del relator y el rechazo liminar de las demandas repetitivas— no obstante, bajo el enfoque de los resultados que

de Proceso Civil acerca del tema y se hace pública la propuesta (Propuesta de modificación del Código de Proceso Civil para reglamentar la eficacia obligatoria de los precedentes) presentada cuando se realizó la elaboración del Anteproyecto.

El libro es fruto natural de la evolución de los estudios en torno al perfeccionamiento de la jurisdicción y del proceso civil, especialmente influenciado por la necesidad de atribuir fuerza a las decisiones de los tribunales incumbidos con dar sentido a la Constitución y a la ley infraconstitucional, evitándose la ausencia de coherencia en el orden jurídico, la desigualdad ante el Poder que dice el derecho, la inseguridad y la falta de efectividad en la distribución de la justicia. Se espera que pueda contribuir para atenuar el caso y la falta de "sentido común" que marcan al sistema brasilero.

Nueva York, verano del 2010

LUIZ GUILHERME MARINONI

Capítulo 1

Aproximación crítica entre las jurisdicciones del *Civil Law* y del *Common Law* y la necesidad de respeto a los precedentes

1. INTRODUCCIÓN

El *Civil Law* y el *Common Law* surgieron en circunstancias políticas y culturales completamente distintas, lo que naturalmente llevó a la formación de tradiciones jurídicas diferentes, definidas por institutos y conceptos propios a cada uno de ambas sistemas.

El *Civil Law* carga, a partir de las banderas de la Revolución Francesa, dogmas que todavía sirven para negar conceptos e institutos que, aunque no se adhieren a su teoría y tradición, se muestran indispensables delante de la práctica y de la realidad de países que se formaron a partir de la doctrina de la separación estricta entre los poderes y de la mera declaración judicial de la ley.

No obstante las transformaciones que operaron en el *Civil Law* —inclusive en las concepciones de derecho y de jurisdicción, marcadamente en virtud del impacto del constitucionalismo— y las especificidades del sistema brasilero —que se somete al control difuso de constitucionalidad de la ley—, existe notoria resistencia, por no decir indiferencia, a institutos del *Common Law* de gran importancia para el perfeccionamiento de nuestro derecho, como es el caso del respeto a los precedentes.

respeto a los precedentes en el derecho continental. En un sistema que, al expurgar los dogmas, se depara con la realidad inapartable de que la ley es interpretada de diversos modos, no hay otra alternativa para preservar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, elementos indispensables en un Estado de Derecho.

2. EL *COMMON LAW*: LAS TEORÍAS DECLARATORIA Y CONSTITUTIVA DE LA JURISDICCIÓN

En el *Common Law*, se discutió intensamente sobre el significado de la decisión judicial o, propiamente, sobre el significado de la función jurisdiccional. Se deseaba esclarecer si la decisión judicial creaba el derecho o solamente lo declaraba y, bien fue por eso que se intuyó que se estaba discutiendo una teoría de la jurisdicción.[1]

Inicialmente, se sustentó en Inglaterra la tesis de que el juez solo declaraba el derecho, siendo uno de sus principales defensores, William Blackstone[2]. En su entender, existiría la lex non scripta —el derecho no escrito en el *Common Law*— y la ley escrita —el derecho escrito o un statute law. El *Common Law* propiamente dicho reflejaría tantas costumbres generales, "costumbres establecidas" y "reglas y máximas establecidas"[3], cuanto las costumbres

---

1 WESLEY-SMITH, Peter. "Theories of adjudication and the status of *stare decisis*". En: GOLDSTEIN, L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 73 y ss.

2 BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England* (faxsímil de la primera edición, de 1765). Chicago: The University of Chicago Press, 1979. vol. 1, p. 69.

3 Ídem, p. 68.

particulares de algunas partes del reino, bien como aquellas observadas solo en algunas cortes y jurisdicciones.[4]

La suposición de que el *Common Law* consiste en las costumbres generales hace sentir a la teoría declaratoria en otra perspectiva, esto es, la propia teoría declaratoria bajo disfraz[5]. Partiéndose de la idea de que el *Common Law* está en las costumbres generales observadas entre los *Englishmen*, el juez no la crea, sino simplemente la declara. De ahí la conclusión de Blackstone de que las decisiones de las Cortes constituían la demostración de lo que el *Common Law* es.[6]

No obstante, la naturaleza declaratoria también era resaltada cuando la decisión se basaba en un precedente judicial. Si los precedentes se destinan a desarrollar el *Common Law*, decisiones iguales sobre un punto de derecho significarían, igualmente, *Common Law*. Para la teoría en análisis, el juez estaba limitado a declarar el derecho fijado en los precedentes. Su autoridad no le daba poder para crear un nuevo derecho, sino apenas para mantener y declarar un derecho ya conocido.[7]

---

4 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 168.

5 "La idea de que el *Common Law* consiste en costumbres generales es la teoría declaratória sobre outro disfraz" (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 168).

6 BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 86.

7 "Así, mientras el *case law*, a comienzos del siglo XIX, constituía una parte menor de reglas escocesas en comparación con las leyes inglesas, éste era explicado en los mismos términos en ambos países. El *Common Law* se pauta en costumbres de un país en el cual las decisiones judiciales son declaraciones de derechos que pueden o no ser precisas. Esas decisiones son dotadas de autoridad en la medida en que son declaradas por ellos (Cámara de Lords) pero nada más que eso" (En el original: "Thus while case-law at the beginning of the nineteenth century formed a smaller part of Scots than of English law, it was explained in the same terms in both countries. The *Common Law* is the custom of the country of which judicial decisions are declarations which may or may not be accurate.

adoptado para el entrenamiento de perros —niego a calificarla, literalmente, de *dog-law*[8]— al paso que Austin la acusó de ficción infantil[9]. Para este autor, los jueces tendrían la noción ingenua de que el *Common Law* sería producido por ellos, pero se constituiría en algo milagroso, hecho por nadie, existente desde siempre y para la eternidad, meramente declarado de tiempo en tiempo[10]. El *Common Law*, en la concepción de la teoría positivista, existía por ser establecido por los jueces que poseían *law making authority*, siendo el derecho, entonces, producto de la voluntad de los magistrados: no algo meramente descubierto, sino creado.[11]

They are authoritative in so far as they declare it, but no further") (MacCormick, Neil. Can *stare decisis* be abolished? *Judicial Review*, 1966, p. 203).

8 Bentham, Jeremy. *Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what it is said to be. The works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edinburgh: William Tait, 1843. vol. 5, p. 231-238.

9 Austin, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. rev. London: John Murray, 1911. vol. 2, p. 634.

10 Ídem. "Lo que impidió (a Blackstone) de percibir esto fue la ficción infantil empleada por nuestros jueces de que el *judiciary* o *Common Law* no es hecho por ellos, sino, es algo milagroso hecho por nadie, existiendo, yo imagino, a partir de la eternidad y siendo meramente *declarado* de tiempo en tiempo por los jueces" (En el original: "What hindered him from seeing this, was the childish fiction employed by our judges, that judiciary or *Common Law* is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely *declared* from time to time by the judges").

11 "El *Common Law*, aducen los positivistas, existía (si es que realmente existía) porque era puesto por jueces que poseían la *law-making authority* (autoridad de hacer la ley). La ley era un producto de la voluntad judicial. No era descubierta, sino, creada" (En el original: "The *Common Law*, said the positivists, existed (if it existed at all) because it was laid down by judges who possessed law-making authority. Law was the product of

Con la finalidad de ser mejor comprendida la disputa entre las dos teorías, es importante retornar la atención para la cuestión de la autoridad de la decisión judicial. El problema, por lo tanto, consiste en saber si el juez tenía autoridad para crear o solo para declarar el derecho. Cualquiera que sea la justificativa teórica empleada con la finalidad de concluir que el juez posee autoridad para crear derecho, existe, antes, la necesidad de conocer la realidad en que el Estado inglés se formó al admitir la *law making authority*. Aquí no importa saber si la decisión declara o crea derecho, pero sí conocer el motivo por el cual el *Common Law* admitió, al revés de lo que sucedió en el *Civil Law*, que el juez podía crear derecho.

No obstante, la naturaleza declaratoria o constitutiva de la decisión judicial podría tener relevancia para la cuestión del respeto obligatorio a los precedentes o, en otras palabras, para el stare decisis, mientras sea tomada en su acepción corriente en el derecho estadounidense[12]. Se afirmó que, si el precedente repre-

---

judicial will. It was not discovered but created") (WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 74).

12 Generalmente, el término *stare decisis* , significa tanto la vinculación, por medio del precedente, en orden vertical (o sea, como representación de la necesidad de una Corte inferior respetar la decisión pretérita de la Corte superior), como horizontal, (la Corte poder respetar la decisión anterior emanada en su interior, aunque la constitución de los jueces sea alterada). Esta es la posición adoptada, entre otros, por Neil Duxbury y Melvin Aron Eisenberg. En otra senda, están aquellos que optan por distinguir el término *stare decisis* de *precedent*, como Frederick Schauer, para quien "técnicamente, la obligación de una corte de seguir sus decisiones previas de la misma corte es considerada como *stare decisis* (...) y el término más comprensivo *precedente* es usado para referirse tanto al *stare decisis* cuanto a la obligación de una corte inferior seguir las decisiones de una superior". Ver DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 12-13; 28; EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press. 1998. p. 48 y ss.; SCHAUER, Frederick. Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol13/papers.

tendría el poder de declarar contrariamente al precedente o incluso a su *overruling* (revocación)[13]. En esta línea, el *stare decisis* (respeto obligatorio a los precedentes), exigiría, como antecedente lógico, la creación judicial del derecho.

De la relación entre la naturaleza constitutiva de la decisión judicial y el *stare decisis* se formaron tres mitos: i) el *Common Law* no existe sin el stare decisis; ii) el juez del *Common Law*, por crear derecho, realiza una función absolutamente diversa de aquella que realiza su colega del *Civil Law*; y iii) el *stare decisis* es incompatible con el *Civil Law*.

Sin embargo, la verdad es que la creación judicial del derecho no constituye un presupuesto para el stare decisis. El respeto al pasado es trazo peculiar a la teoría declaratoria, con la diferencia de que el precedente, en vez de constituir, declara el derecho consuetudinario o representa el propio desarrollo de las costumbres generales, o sea, el *Common Law*. Así, aunque se admitiese que la función judicial fuese meramente declaratoria, nada podría indicar que el juez estuviese menos dispuesto a respetar el pasado. Por otro lado, incluso que se aceptase la creación judicial del derecho, nada podría asegurar que el juez estaría obligado a respetar los precedentes. Déjese en claro, desde luego, que tanto la teoría declaratoria, cuanto la constitutiva, fueron obligadas a admitir la revocación del precedente cuyo contenido no pudiese ser presentado nuevamente sin generar injusticia en el caso concreto.

Neil MacCormick, en el trabajo sugestivamente titulado *Can stare decisis be abolished?*[14], luego de alegar que Bentham y Austin demostraron el "disparate de la teoría declaratoria del precedente",

---

cfm?abstract_id=1007001&rec=1&srcabs=1411716. Accedido el 1 de octubre del 2009.

13 CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. Ob. cit., p. 30.

14 MACCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished? p. 197 y ss.

y afirmar que sus doctrinas pasaron a ser parte de la "herencia [*bag-and-baggage*] intelectual del derecho", realiza una interesante construcción[15]. El jurista escocés advierte que, como los jueces estaban sumergidos en la cultura jurídica que evidenciaba el colapso de la teoría declaratoria, los magistrados no más podrían esconderse atrás de esta teoría en caso deseasen revocar los precedentes. De acuerdo con MacCormick, para seguir a Austin, el juez tendría que legislar abiertamente. Como la doctrina austiniana sustenta que el juez crea el derecho, su aceptación exigiría que los jueces también admitiesen que realmente podrían legislar, inclusive al revocar los precedentes.

Todavía relata MacCormick que la invitación de Austin no fue aceptada[16]. Es que los jueces se sentían cómodos al declarar y no querían asumir la responsabilidad de crear el derecho y de revocar los precedentes. Así, es realmente posible decir que los jueces tuvieron buenas razones para mantenerse presos en la teoría declaratoria, permitiéndole una larga vida, especialmente

---

15 Ídem, p. 204.

16 "A partir del momento en que esas teorías se tomaron como parte de la herencia cultural del derecho, quedó claro que los jueces no podrían esconderse más atrás de la teoría declaratoria en caso deseasen divergir de autoridades anteriores. Si fuese para legislar, deberían legislar abiertamente. Sin embargo, la invitación de Austin no fue aceptada. Por consecuencia o no de la desaprobación de Bentham los jueces llegaron a aceptar que apartarse de decisiones anteriores era también legislar; y ellos no irían a hacer eso" (En el original: "Once these theories had become part of the intellectual bag-and-baggage of the law, it was clear that judges could no longer hide behind the declaratory theory if they wished to dissent from previous authorities. If they were to legislate they must legislate openly. But Austin's invitation was not accepted. Whether or not in consequence of Bentham's revilement of their legislation, the judges came to accept that to deviate from previous decisions was to legislate; and that they would not do") (ídem, p. 205).

Nótese que la argumentación de MacCormick y la propia doctrina de Austin no solo sustentaron la impropiedad de la naturaleza declaratoria de la decisión judicial, habiendo también subrayado que el juez, al revocar el precedente, siempre estaría creando el derecho. Para Austin, la teoría declaratoria entraría en contradicción con la revocación del precedente, una vez que, si la primera Corte cometió un error, el juez que se encuentra con el caso en las manos tendría que legislar o hacer algo bien diferente de declarar el derecho contenido en el precedente.[18]

Reafírmese que no interesa aquí saber cuál de esas teorías estaba en lo correcto. Los propios partidarios de la teoría de que el juez crea derecho, al considerar la necesidad de la revocación del precedente, anunciaron que, en este caso, ocurriría un *remaking*[19].

---

17 WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 76.

18 Neil Duxbury, al tratar del mencionado texto de MacCormick y, así también del impacto de la doctrina de Austin sobre la práctica de los jueces, escribe: "Si los jueces tienen el deber de encontrar y declarar la ley ellos mismos, ellos solo pueden ser obligados a seguir la decisión proferida por otras cortes en la hipótesis de esa decisión ser una correcta declaración de la ley. Si la Corte anterior cometió un equívoco, los jueces que están juzgando el caso en cuestión deben declarar la ley a través de otra manera que no sea siguiendo el precedente" (En el original: "If judges have a duty to find and declare the law themselves, they can only be bound to follow the ruling of another court where that ruling is itself a correct declaration of the law. If the earlier court made a mistake, judges deciding the case in hand must declare the law by doing something other than following the precedent") (DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 39).

19 De acuerdo con los adeptos de la teoría declaratoria, los precedentes deben ser seguidos, excepto cuando son "terminantemente absurdos o injustos" (*"flatly absurd or injust"*). En este caso, los futuros jueces no elaboran un nuevo derecho. En el decir de Blackstone, cuando la sentencia anterior es manifiestamente absurda o injusta, el juez no declara que ahí existe "una ley mala" (*"bad law"*), sino que la sentencia "no era ley" (*"was not law"*), esto es, "que ella no es costumbre establecida del reino, una

No importa si el juez reconstruye el derecho o declara el error de la primitiva declaración del derecho cuando una u otra explicación sirve para justificar la revocación de precedentes. Ahora, al justificar tal revocación, ambas teorías estaban conscientes del deber judicial del respeto a los precedentes[20].

---

vez que fue erróneamente determinada" (*"that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined"*) (BLACKSTONE, William. Ob. cit., p. 70).

20 Por otro lado, desde 1981, cuando se pasó a admitir el *antecipatory overruling* en los Estados Unidos, existen cuestionamientos que consideramos significado de la anticipación de la revocación del precedente de la Suprema Corte, por parte de las Cortes de Apelación, en la perspectiva de las teorías declaratoria y constitutiva. En este sentido, escribe Margaret Kniffin, en un artículo publicado en la *Fordham Law Review*: "Al examinar si el *stare decisis* permite el *overruling* anticipatorio, una cuestión preliminar y generalmente debatida surge al respecto de la naturaleza del derecho. Las Cortes, al decidir los casos, 'descubren' el derecho, el cual siempre existió, o ¿ellas se crean? Si las Cortes descubren el derecho, una Corte de Apelación, al prever una acción de la Suprema Corte y tomar una actitud sin esperar que la Corte Superior lo haga, llega, antes de la Suprema Corte a un punto ya existente. Si, de otro lado, la Suprema Corte crea el derecho cuando revoca un precedente, una Corte de Apelación, anticipando, dibuja lo que cree que la Corte Superior le gustaría crear. La tentativa de escoger entre esos dos conceptos puede generar una confusión innecesaria. Cada cual puede ser considerado un mirar diferente sobre un mismo objeto. Al respecto, de saberse si la Corte Superior descubre o crea el derecho, ese solo tiene efecto después de la decisión. Luego de la edición de la norma por la Corte, su tesis (*holding*) es ley hasta ser revocada, también independientemente de si la Corte descubrió o creó el derecho" (En el original: "In examining whether *stare decisis* permits anticipatory overruling, a preliminary and oft-debated question arises concerning the nature of law. Do courts, in deciding cases, 'discover' the law, which has existed all along, or do they 'create' law? If courts discover law, a court of appeals, in predicting an action of the Supreme Court and taking that action without waiting for the High Court to do so, arrives, before the Supreme Court does, at an already existing point. If, on the other hand, the Supreme Court creates law when it overturns a precedent, a court of appeals, in anticipating, fashions what it believes the High Court would itself wish to create.

de que la ruptura con los precedentes significaría legislar y, por eso, se mantuvieron adscritos a los precedentes, dando una bella demostración concreta, de por qué es perceptible en la historia de los precedentes, que la aceptación de la naturaleza declaratoria de la decisión judicial no es incompatible con el *stare decisis*.

Déjese bien en claro, no obstante, que no se está sustentando que la base del *stare decisis*, en Inglaterra, solo podría estar en la teoría declaratoria, o que esta teoría justifica de manera perfecta y adecuada el *stare decisis*. En verdad, ni la teoría declaratoria, tampoco la constitutiva o positivista, son capaces de coherentemente justificar el *stare decisis* en su estado absoluto o en su conformación pura[21].

Para minar la teoría declaratoria, sería posible decir que el juez es obligado a respetar el derecho y no la declaración judicial de lo que es el derecho. En otras palabras, si el precedente no es derecho, pero sí la declaración de un juez acerca del derecho, no habría cómo imponer a los demás jueces el respeto al precedente.

Attempting to choose between these two concepts may generate unnecessary confusion. Each can be considered a different optical device for viewing a single entity. Regardless of whether the High Court discovers law or creates law, its decision becomes enforceable only when made and has no legal effect prior to that moment. After the Court has ruled, its holding is law until overturned, regardless also of whether the holding discovered or created law") (KNIFFIN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory action by United States courts of appeals. Fordham Law Review*, 1982, p. 66).

21 "El resultado es que cualquier teoría adoptada por los jueces (declaratoria o positivista) es incompatible con el *stare decisis*" (En el original: "The result is that whichever theory [declaratory or positivist] of their function is adopted by judges it is incompatible with *stare decisis*") (WESLEY-SMITH, Peter. Ob. cit., p. 87).

Esto se tornaría más fácil al suponerse que el juez puede crear derecho[22].

En Inglaterra, el juez solo tiene capacidad para crear el derecho cuando hay, encima de él, cualquier Corte que pueda tratar de la materia que le fue sometida. Así, la noción de que el juez puede crear derecho solo justificaría el llamado efecto vertical del *stare decisis*, una vez que el precedente apenas obligaría a los jueces y Cortes inferiores. O sea, la teoría constitutiva, en la dimensión de la discusión en que fue insertada delante del *stare decisis* inglés, no sería capaz de obligar a la propia Corte que firmó el precedente o al propio juez que la profirió. Esto quiere decir que la idea del juez dotado de *making law authority* no sería capaz de dar fundamento al *stare decisis* exactamente en el local en que él es más importante.

Pues bien, no es necesario decir que, antes de exigirse el respeto de los demás, es necesario respetarse.

Si los precedentes pueden ser revocados, es evidente que el respeto debido a ellos depende de la fuerza de sus razones. Por lo tanto, no es porque la decisión es llamada de declaración judicial y no de derecho por la que ella perderá autoridad y dejará de merecer deferencia. De otra parte, si el respeto a los precedentes depende de que estos sean concebidos como derecho, nada impediría que una decisión judicial, vista entonces como derecho, afirmase que los propios jueces de la Corte Superior están, a partir de determinado instante, sometidos a sus propios precedentes, o que el legislativo editase una ley diciendo que las Cortes deben respetar sus precedentes y los de las Cortes superiores. En relación al fun-

---

22 "Cuando el juez es reconocido, no obstante, como capaz de *crear* la ley, la noción vertical de *stare decisis* — de una corte ser obligada a seguir decisiones proferidas por Cortes jerárquicamente superiores a ella — es perfectamente racional" (En el original: "When a judge is recognized, however, as able to *make* law, the notion of vertical *stare decisis* — of a court being bound by decisions of courts above it in the hierarchy — is perfectly rational") (ídem, p. 81).

de un precedente; en el otro, la obligatoriedad devendría de la ley.

Nótese, además, que el *stare decisis* solamente se solidificó en Inglaterra al final del siglo XIX, mucho tiempo después de la aparición de las doctrinas de Bentham y de Austin[23]. London Trainway v. London County Council, decidido en 1898, constituyó la cumbre de una evolución en dirección a la vinculación de la House of Lords[24] a sus propias decisiones, pues el concepto de *rules of precedent* y la idea de vinculación (*binding effect*) fueron consolidados en el periodo entre 1863 y 1900. De hecho, cuando en este caso fue clara y objetivamente colocada la cuestión relativa a la posibilidad de la House considerar argumentos para contrariar sus decisiones, no hubo hesitación en decidirse que esto no podría ocurrir[25]. Esto es, la vinculación horizontal, en la

---

23 DUXBURY, Neil. Ob. cit., p. 114 y ss.

24 Recientemente, la *House of Lords*, fue "sustituida" por la *Supreme Court of the United Kingdom*, que asumió sus funciones judiciales. La *Supreme Court of the United Kingdom* fue creada por el Acto de Reforma Constitucional del 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), habiendo iniciado sus actividades el 1 de octubre del 2009. Se argumentó, en defensa de la creación de la *Supreme Court* que la histórica aproximación de la *House of Lords* con el Parlamento y con el Ejecutivo podría perjudicar el Reino Unido delante de la Convención Europea de Derechos Humanos. Se temía que las decisiones de la *House of Lords* pudiesen ser mal recibidas (como se no constituyesen *fair trial*) por la Corte Europea de Derechos Humanos.

25 "Cuando en 1898, en *London Tramways Co. V. London County Council*, el problema fue claramente colocado sobre la posibilidad de la *House* escuchar argumentos solicitando que reconsiderase una decisión anterior, ella no hesitó en decir que no podría" (En el original: "When, in 1898, in London Tramways Co. v. London County Council, the issue was squarely put whether the House could hear argument asking it to reconsider a previous decision, it had no hesitation in ruling that it could not") (EVANS, Jim. Precedent in the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, L. (ed.) *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 58).

House of Lords, es deudora de un precedente con valor de rule of precedent (de regla concerniente a la eficacia de los precedentes) y no al derecho sustancial.

Conclúyase, así, en este tópico, que tanto la teoría declaratoria cuanto la teoría constitutiva se adaptaron a un sistema de respeto obligatorio a los precedentes.

3. *COMMON LAW* Y *STARE DECISIS*

Además, no hay que confundir *Common Law* con *stare decisis*[26]. Ahora, el *Common Law*, comprendido como costumbres generales que determinaban el comportamiento de los *Englishmen*, existió, por varios siglos, sin stare decisis y *rule of precedent*.

Como escribe Simpson, cualquier identificación entre el sistema del *Common Law* y la doctrina de los precedentes, cualquier intento de explicar la naturaleza del *Common Law* en términos de *stare decisis* será insatisfactoria, una vez que la elaboración de reglas y principios regulando el uso de los precedentes y la determinación y aceptación de su autoridad son relativamente recientes, para no hablarse de la noción de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que es más reciente aún. Además de que el *Common Law* nació siglos antes de alguien preocuparse con tales cuestiones, este funcionó muy bien como sistema de derecho sin los fundamentos y conceptos propios de la teoría de los precedentes, como, por ejemplo, el concepto de *ratio decidendi*[27].

---

26 En el derecho brasilero, acerca del concepto de *stare decisis*, ver TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 159 y ss.

27 "Al menos para un historiador, cualquier identificación entre el sistema del *Common Law* y la doctrina de los precedentes, cualquier intento de explicar la naturaleza del *Common Law*, en términos de *stare decisis*, es condenada a parecer insatisfactoria, una vez que la elaboración de reglas y principios que regulan el uso de precedentes y su status de 'ley' es relativamente moderno y la idea de obligatoriedad de los precedentes es

centra en la preocupación de este libro en sustentar que el sistema de precedentes puede constituir parte del sistema brasilero[28]

más reciente aún. El *Common Law* ya existía hace siglos antes de alguien interesarse por esas cuestiones, habiendo funcionado como un sistema, no obstante carente de fundamentos como el concepto de *ratio decidendi*; y dígase de paso, funcionó muy bien" (En el original: "To a historian at least any identification between the *Common Law* system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the *Common Law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *Common Law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough") (SIMPSON, A. W. B. *The Common Law* and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1973. p. 77).

28 Cruz e Tucci, en un trabajo que contiene amplio e importante abordaje histórico, demuestra que el uso de los precedentes obligatorios es cíclico en la historia del *Civil Law*, como también no depende de la época, del sistema jurídico y de la naturaleza de la función de las personas que lo emplean: "Por paradójico que pueda parecer, viene afirmando que, bajo un prisma de la historia del derecho moderno, los sistemas de derecho codificado también conocieron, además de la fuerza natural de los *precedentes persuasivos, precedentes con eficacia vinculante*, siendo cierto que entre estos sobresalía la jurisprudencia de cortes superiores (*precedentes verticales*), como e.g., los *arrêts de règlement* del Parlamento francés; los juzgamientos de las "causas mayores" de la Ruta Romana, de la Italia preunitaria; el régimen de asientos de la Casa de Suplicación en Portugal; el *pre-juzgado* laboral en Brasil; y, todavía hoy, el control ejercido por el Tribunal Constitucional español sobre las decisiones que contrarían *precedentes judiciales*; y la inusitada regla constante del art. 1, al. 2 del Código Civil suizo, que otorga al juez, delante de la launa de la ley, el poder de crear la regla aplicable al caso concreto. (...) Si miramos aun más para el pasado, verificaremos que el *usus* del *precedente*, acentuado en la casuística, constituye un método cuya característica fundamental no depende de la época, del sistema jurídico o de la naturaleza de la

y por lo tanto, continental. En efecto, el *stare decisis* constituye apenas un elemento del moderno *Common Law*, que también no se confunde con el *Common Law* de tiempos inmemorables o con las costumbres generales, de naturaleza secular, que dirigían el comportamiento de los *Englishmen*. Es imprescindible tener en mente que, muy al margen el derecho jurisprudencial contemporáneo no tenga configuración distinta y más amplia de aquel de la antigüedad, y que el *stare decisis* sea algo que hace parte de la modernidad, no hay cómo identificar al *Common Law* de los días de hoy con el *stare decisis*[29]. Así, la circunstancia de el *Common Law* iniciarse su existencia antes de hablarse del *stare decisis* no es única distinción entre ambos.

Pero, incluso siendo correcto que el *stare decisis* no es necesario para la existencia del sistema de derecho material ni para el funcionamiento del sistema de distribución de justicia, alguien podría decir que éste es indispensable en el *Common Law* bajo el argumento de que ahí las decisiones judiciales establecen el derecho no edificado por el legislativo.

4. ¿CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO EN VIRTUD DE LA OMISIÓN DEL LEGISLATIVO?

No hay cómo negar la importancia que el stare decisis tuvo para el desarrollo del *Common Law* en su faceta moderna, tampoco olvidar que los precedentes —al lado de la ley y de las costumbres— constituyen fuente de derecho en este sistema.

---

función ejercida por las personas que lo emplean" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ob. cit., pp. 23-24).

29 "Invero il contraporre i sistemi di *Common Law* a quelli di *Civil Law* solo sulla base del fatto che i primi riconoscono al diritto giurisprudenziale il ruolo ed il rango di fonte del diritto non fa senso alcuno" (GAMBARO, Antonio. *Civil Law* e *Common Law*: evoluzione e metodi di confronto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Numero Speciale: Due iceberg a confronto: le derive di *Common Law* e *Civil Law*, 2009, n. 4, p. 12).

make law. El poder del juez era el de afirmar el *Common Law*, el cual se sobreponía al legislativo, que, por eso, debería actuar de modo a complementarlo.

A propósito, en la tradición del *Common Law* inglés, el Parlamento consideraba las decisiones proferidas por las Cortes en los casos concretos para, a partir de ellas, precisar y delinear la ley derivada de la voluntad común. Resulta interesante percibir que exactamente ahí surge una primitiva noción de *due process of law*, visto como el camino a ser seguido para la elaboración de la ley anclada en las costumbres[30].

En este sistema, el legislativo no se opuso al judicial, llegando, en realidad, a confundirse con éste[31]. En Inglaterra, el juez estuvo al lado del Parlamento en la lucha contra el arbitrio del monarca, reivindicando la tutela de los derechos y de las libertades del ciudadano. Por eso mismo, al contrario de lo que ocurrió de cara a la Revolución Francesa, no hubo clima para desconfiar del poder

30 Ver GROTE, Rainer. *Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat — The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments*. Disponible en: <www.eur.nl/frg/iacl/papers/grote.html>. Accedido el 15 abr. 2009, p. 3.

31 "Al mismo tiempo, la institución del Parlamento durante mucho tiempo se caracterizo por su función preferentemente judicial y declarativa de derecho: los actos de producción del Derecho por parte del Rey (en forma de Statutes o Acts) solían obedecer a peticiones del Parlamento. Pero esta estructura se irá disolviendo poco a poco a medida que el Parlamento reclame al monarca la capacidad de producir Derecho y que los tribunales vayan absorbiendo cada vez más, funciones jurisdiccionales. De esta manera, a finales del siglo XVI la función legislativa del Parlamento se consideraba ya independiente de su capacidad de administrar justicia" (ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la revolución inglesa. In: FERNÁNDEZ, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). *Historia de los derechos fundamentales — Transito a la modernidad: siglos XVI y XVII*. Madrid: Dykinson, 2003. t. I, p. 770).

judicial o para suponer que los jueces se posicionarían a favor del rey o del absolutismo.

En el derecho inglés no hubo necesidad de elaborar el dogma de la aplicación estricta de la ley o de imaginar que el juez apenas podría actuar mediante la mera descripción de los términos de la ley[32]. El *Common Law* no necesitó negar la naturaleza de las cosas o crear una prohibición que solamente puede ser comprendida como una de esas reglas que adviene de las utopías de una revolución. El juez inglés no solo interpretaba la ley, como también extraía derechos y deberes a partir del *Common Law*. Pero —es importante resaltar— estaba sometido al *Common Law*; siempre actuaba a la luz y a partir de un derecho.

De cualquier forma, si es que en el derecho inglés primitivo había baja producción de leyes, eso no ocurre en el *Common Law* contemporáneo. La suposición de que, en Estados Unidos, la producción legislativa del derecho es baja, lo que impone su creación por los jueces, no solo es falsa (he aquí, calcada, a lo que parece, en suposiciones partidarias infundadas), sino que produce engaños en términos de derecho comparado. Es probable que un estado típico de los Estados Unidos tenga tanta legislación como un país europeo o latinoamericano, la cual debe ser obviamente aplicada e interpretada por los jueces[33].

Nótese, por lo tanto, que aunque se pueda admitir que el *Common Law*, en su origen inglés, era complementado por el legislativo,

---

32 "La importante distinción entre los procesos judiciales del *Civil Law* y del *Common Law* no está en lo que las Cortes realmente hacen, sino, en lo que el 'folclore' predominante dice lo que ellas hacen" (En el original: "The important distinction between the *Civil Law* and the *Common Law* judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do") (MERRYMAN; John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 47).

33 Ídem, p. 27 y ss.

mucho más fácil de ser visualizado; la profusión de las leyes no excluye la necesidad de un sistema de precedentes[34].

En el *Common Law*, la autoridad de la ley es superior a aquella de las decisiones judiciales[35], y no al contrario, lo que autoriza

---

34 Como recuerda Antonio Gambaro, la experiencia continental europea concedió, en el siglo pasado, gran espacio al derecho jurisprudencial, de otro lado, una "orgia di legiferazione" dio forma y vestidura legislativa a gran parte de las reglas del *Common Law* clásico (GAMBARO, Antonio. Ob. cit., p. 11. Ver CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambrigde: Harvard University Press, 1982.

35 Es lo que se puede observar, por ejemplo, de la *Supremacy Clause* (Cláusula de Supremacía), constante del artículo VI, cláusula 2, de la Constitución de los Estados Unidos de América, según la cual la Constitución, las Leyes Federales y los Tratados realizados bajo la autoridad de aquella nación, representan la "Ley Suprema del País", estando los jueces de todos los Estados a ellas subordinadas, restando apartadas cualesquiera determinaciones en contrario, constante en la Constitución o en las Leyes Estatales (En el original: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby; any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding"). Pierde efecto, igualmente, conforme la anotación de Caleb Nelson (apud Gary Lawson), cualquier interpretación judicial contraria a tales normas (NELSON, Caleb. *Stare decisis* and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, vol. 87, mar. 2001, p. 01-79). No se puede negar, todavía, que ni inclusive aquello que Maltz menciona como *supremacy of the statutes* (supremacía de los derechos legislados) es capaz de estancar, por completo, la doctrina constante en los precedentes anteriores a la legislación. Ella continúa, sí, ejerciendo influencia, aunque como "uno de los varios factores que influencian la interpretación de la norma judicial de la norma específica" (En el original: "The point is that the mere fact the legislature has acted does not totally extinguish the influence of prestatutory judge-made law. Instead, legislative action simply changes the dynamic, with preexisting doctrine being one of a number of factors that influence judicial interpretation

decir que la cantidad de leyes y su grado de autoridad constituyen criterios absolutamente inútiles para distinguir este sistema del *Civil Law*.

5. ¿CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMO CONSECUENCIA DEL *STARE DECISIS*?

Cuando se dice que el juez del *Common Law* crea derecho, no se está pensando que su decisión tenga la misma fuerza y calidad que la del producto elaborado por el legislativo, esto es, de la ley. La decisión no se equipara a la ley por el hecho de tener fuerza obligatoria para los demás jueces.

No obstante, sería posible argumentar que la decisión, por tener fuerza obligatoria, constituye derecho. El *Common Law* considera el precedente como fuente de derecho[36]. Nótese, pero, que cuando un precedente interpreta la ley o la Constitución, como ocurre especialmente en los Estados Unidos, hay, evidentemente, derecho pre-existente con fuerza normativa, de modo que sería absurdo pensar que el juez, en este caso, crea un derecho nuevo.

---

of the relevant statute") (MALTZ, Earl. "The nature of precedent". *North Carolina Law Review*, vol. 66, p. 367-392, jan. 1988).

36 Al menos, esta es la regla general. Mary G. Algero (The sources of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a *Civil Law* state in a *Common Law* nation, *Louisiana Law Review*, vol. 65, 2005, p. 775-785), citada por Jordan Wilder Connors, afirma que, con excepción del Estado de Louisiana, todos los demás cuarenta y nueve Estados que componen los Estados Unidos de América, tal cual el sistema de las cortes federales, siguen un modelo próximo a aquel operado en Inglaterra en lo que respecta al *stare decisis*, el cual toma el precedente como fuente de derecho (En el original: "The forty-nine states in the United States, other than Louisiana, as well as the United States federal court system follow a version of the doctrine of *stare decisis* that is similar to the English respect for precedent and its consideration of precedent as a source of Law") (CONNORS, Jordan Wilder. *Treating like subdecisions* alike: the scope of *stare decisis* as applied to judicial methodology. *Columbia Law Review*, vol. 108, n. 3, p. 681-715, abr. 2008).

La circunstancia de que el precedente sea admitido como fuente de derecho está muy lejos de constituir un indicio de que el juez crea el derecho a partir de su propia voluntad. En esta perspectiva, la fuerza obligatoria del precedente, o la admisión del precedente como fuente de derecho, no significa que el judicial tiene poder para crear el derecho.

6. VERDADERO SIGNIFICADO DEL *LAW-MAKING AUTHORITY*

Lo que permite decir que el juez del *Common Law* crea el derecho es la comparación de su papel con el del juez de la tradición del *Civil Law*, cuya función se limitaba a la mecánica aplicación de la ley. En este sistema, cuando se decía que al juez cabía apenas expresar las palabras dictadas por el legislador, el derecho era concebido únicamente como ley. La tarea del Poder Judicial se resumía a la aplicación de las normas generales.

El juez inglés no solo tuvo espacio para densificar el *Common Law*, como también oportunidad de, a partir de este, controlar la legitimidad de los actos estatales. En ese sentido, Edward Coke —cuyo papel fue muy importante, aunque en nivel doctrinario , para la contención del arbitrio del rey— decidió en el célebre caso Bonham, alrededor de los años 1610, que las leyes están sometidas a un derecho superior, el *Common Law* y, cuando eso no ocurriese, vale decir, cuando no se respetase este derecho, son nulas y destituidas de eficacia. Dijo Coke, en esta ocasión que, "en muchos casos, el *Common Law* controlará los actos del Parlamento y algunas veces los juzgará absolutamente nulos: puesto que, cuando un acto del Parlamento fuere contrario a algún derecho o razón

común o repugnante, o imposible de ser aplicado, el *Common Law* irá a controlarlos y juzgarlos como si fuesen nulos"[37].

Esclarézcase que, a pesar de que la decisión de Coke estuvo vinculada a la teoría declaratoria de la jurisdicción, y no a la teoría que afirma la *law-making authority* —la teoría constitutiva—, su remembranza es pertinente para demostrar que el juez del *Common Law* realizaba una especie de control de los actos del Parlamento. Se ve en la decisión proferida en el caso Bonham, el primer germen del control de constitucionalidad de las leyes y, así, es posible de ahí también extraer la noción de que el poder judicial, en el *Common Law* primitivo era ejercido mediante una lógica semejante a la que dirige la actuación del juez sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales[38].

La evolución del *Civil Law*, particularmente en virtud del impacto del constitucionalismo, dio a los jueces un poder similar a aquel del juez inglés sometido al *Common Law* y, claramente al poder del juez americano, dotado de poder de controlar la ley a partir de la Constitución. En el instante en que la ley pierde la supremacía sometiéndose a la Constitución, se transforma no solamente el concepto de derecho, sino igualmente el significado de jurisdicción. El juez deja de ser un siervo de la ley y asume el deber de dimensionarla en la medida de los derechos positivados en la

---

37 Y parece que en nuestros libros, en muchos casos, el *Common Law* controlará los actos del Parlamento y algunas veces los juzgará absolutamente nulos: visto que, cuando un acto del Parlamento fuere contario a algún derecho o razón común o repugnante o imposible de ser aplicado, el *Common Law* irá a controlarlo y juzgarlo como si fuere nulo" (En el original: "And it appears in our books, that in many cases, the *Common Law* will control acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the *Common Law* will control it and adjudge such act to be void") (GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 2).

38 Ver ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 774.

para la realización del derecho fundamental, su papel no es más aquel concebido por juristas y procesalistas de épocas distantes[40]. A propósito, el juez brasilero, hoy, tiene poder creativo mayor que el juez del *Common Law*, una vez que al contrario de este, no presta el adecuado respeto a los precedentes.

En efecto, si alguien preguntara a cualquier teórico del *Common Law* el respecto de la naturaleza de la función del juez que no aplica la ley por reputarla inconstitucional, que se vale de la técnica de interpretación conforme la Constitución o que suple la omisión de un regla procesal que debería haber sido establecida en virtud de un derecho fundamental de naturaleza procesal, ciertamente se sorprenderá. Tal actividad obviamente no significa declaración

---

39 Déjese claro que el sistema de control difuso de constitucionalidad es típico de los Estados Unidos y está presente en diversas y antiguas colonias inglesas, como Canadá, India y Australia. En Inglaterra, paradójicamente, en virtud de la *supremacy of the Parliament*, no se admitió el control judicial de la legislación. Ver CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968. p. 46 y ss.

40 Chiovenda llegó a decir que, como la jurisdicción significa la actuación de la ley "no puede haber sujeción a la jurisdicción si no donde puede haber sujeción a la ley" (CHIOVENDA, Giusseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. vol. 2, p. 55). Ese pasaje de la doctrina chiovendiana es bastante expresivo en el sentido de que el verdadero poder estatal estaba en la ley y de que la jurisdicción solamente se manifestaba a partir de la revelación de la voluntad del legislador. Chiovenda es un verdadero adepto de la doctrina que, inspirada en el Iluminismo y en los valores de la Revolución Francesa, separaba radicalmente las funciones del legislador y del juez, o mejor aún, atribuía al legislador la creación del derecho y al juez su aplicación. Ver BULYGIN, Eugenio. ¿Los jueces crean derecho? XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría y filosofía del derecho, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 8. Ver. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil — Teoria geral do processo*. 3ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. Vol. I, Parte I, item 2.5.

de derecho y, así, en la perspectiva de las doctrinas producidas en el *Common Law*, ciertamente revela una actividad productora, verdadera creación judicial del derecho.

Cuando algunos países de Europa Continental adoptaron "tribunales constitucionales" —entre ellos, Austria, Alemania, Italia y España—, se objetivó reafirmar el principio de separación de poderes, dejándose claro que el control de constitucionalidad no sería realizado por los jueces ordinarios pero sí por un cuerpo formado por miembros especialmente seleccionados. A propósito, se llegó a acusar de equivocada la denominación "tribunales" conferida a tales órganos, bien como inapropiado llamar "jueces" a los miembros de esa corte. Detrás de eso, estaba la idea de que el control de constitucionalidad de la ley no era una actividad jurisdiccional, o mejor, que declarar la inconstitucionalidad de la ley sería una forma de crear el derecho[41].

No obstante, la concepción dogmática de que el derecho se restringe al producto del legislativo, anclada en la ideología de la Revolución Francesa y en el dogma de la estricta separación de poderes[42], no sobrevivió a los hechos históricos de aquella conformación diversificada de los sistemas jurídicos de los varios países del *Civil Law* y, sobre todo, al adviento del constitucionalismo. Anótese que John Henry Merryman, uno de los mayores compa-

---

41 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 37-38.

42 No obstante la Revolución Francesa y Americana tengan en sus raíces la separación de poderes elaborada por Montesquieu, el papel de los jueces en los dos países tomó rumbos completamente distintos, al punto de los "padres de la Revolución Francesa", entre ellos Robespierre y Le Chaplier, haber considerado que tan solo la ley escrita sería válida y que "el *judge-make law* era la más detestable de las instituciones, debiendo ser destruido" (En el original: The fathers of the French revolution, such as Le Chaplier and Robespierre, were convinced that written law alone must dominate and that 'the judge-made law was the most detestable of institutions, and should be destroyed'") (WACHTLER, Sol. "Judicial lawmaking". *New York University Law Review*, vol. 65, p. 1-22, 1990).

que en la aceptación de que el juez puede decidir sobre la invalidez de una ley por estar en conflicto con la Constitución, se quiebra el dogma de la separación estricta entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial y, de esta forma, se abre oportunidad para decir que el juez del *Civil Law* también crea derecho[43].

En los días que corren, la diferencia entre el magistrado del *Common Law* y el del *Civil Law* no está en la elasticidad de sus elaboraciones o interpretaciones, sino, en la importancia que

43 "Esta concepción dogmática de la ley, como muchas otras implicaciones de los dogmas de este período revolucionario, ha sido corroída por el tiempo y por los eventos. Tal vez la innovación más espectacular haya sido el fuerte movimiento en dirección al constitucionalismo con su énfasis en la rigidez funcional y, por consiguiente, la superioridad, como fuente de derecho, de las constituciones escritas. Tales constituciones, por eliminar el poder del legislador de alterarlas a través de la acción legislativa ordinaria, perjudicaron el monopolio legislativo sobre la *law-making*. Ellos insertan un elemento nuevo en la jerarquía de las fuentes del derecho, la cual ahora debe tener en cuenta 'constitución, legislación y, regularmente, costumbre'. Además, si una Corte puede decidir que una resolución es nula por estar en conflicto con la constitución, el dogma de la separación acentuada del poder legislativo en relación al poder judicial es perjudicado" (En el original: "This dogmatic conception of what law is, like many other implications of the dogmas of the revolutionary period, has been eroded by time and events. Perhaps the most spectacular innovation has been the strong movement toward constitutionalism, with its emphasis on the functional rigidity, and hence the superiority as a source of law, of written constitutions. Such constitutions, by eliminating the power of the legislature to amend by ordinary legislative action, impair the legislature's monopoly on lawmaking. They insert a new element into the hierarchy of sources of law, which now must read 'constitution, legislation, regulations, and custom'. In addition, if a court can decide that a stature is void because it is in conflict with the constitution, the dogma of sharp separation of legislative power from judicial power is impaired") (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Ob. cit., p. 25).

ellos asumen en cada uno de los sistemas y, por consecuencia, en el respeto que les es debido. Y no es equivocado decir que uno de los principales responsables por el trazo fuerte de la figura del juez del *Common Law* es justamente el sistema de precedentes.

7. DE LA *"SUPREMACY OF THE ENGLISH PARLAMENT"* AL *"JUDICIAL REVIEW"* ESTADOUNIDENSE

En los ítems anteriores, se comparó el juez del *Civil Law* marcado por el constitucionalismo con el juez americano —que posee poder para controlar la constitucionalidad de la ley— y, de forma tímida y cautelosa, con el juez inglés, que, en las palabras de Coke, podía controlar la ley a partir del *Common Law*. Cabe evidenciar, ahora, que el control de los actos del legislador tiene historias y valores dinstintos en Inglaterra y en los Estados Unidos.

En este contexto, importa rememorar la disputa entre las teorías declaratoria y constitutiva de la jurisdicción. La teoría declaratoria no solo intentó demostrar que la función del juez es revelar el derecho —por ser éste, en las palabras de Blackstone, un "oráculo vivo"[44]— sino, igualmente, tuvo el propósito de permitir al poder judicial declarar o afirmar el *Common Law* contra el soberado y contra el Parlamento, con la intención de viabilizar de esta forma, una especie de control judicial de los actos estatales.

---

[44] Luego de apuntar que alguno estudioso habrían dividido el *Common Law* en "dos bases o fundamentos principales" los cuales serían "costumbres establecidas" (*"establishe customs"*) y las "reglas y máximas establecidas" (*"established rules and maxims"*), cuestiona el autor: ¿Cómo estas costumbres y máximas deben ser conocidas y por quien debe ser determinada su validez? La respuesta es, por los jueces en las varias cortes de justicia. Ellos son los depositarios de la ley; los oráculos vivos, que deben decidir en todos los casos de duda y que son obligados por un juramento a decidir de acuerdo con la ley de la tierra" (BLACKSTONE, William. Ob. cit., pp. 68-69).

función legitimadora al admitir el control de los actos del Parlamento y del monarca.

Con la Revolución Gloriosa de 1688, es establecido el instituto de la *supremacy of the parliament*. La doctrina de la supremacía del legislativo sirvió para que el Reino inglés controlase los actos de sus colonias y, después, tuvo el efecto de hacer surgir, en los Estados Unidos, un principio que, en una visión estricta del *Civil Law*, podría ser tomado como su opuesto, esto es, el de la *supremacy of the judiciary*.

Las colonias inglesas, regidas por Cartas, fueron prohibidas de editar actos contrarios al derecho inglés. La supremacía del parlamento inglés se imponía, mediante las Cartas[47], de forma a no permitir la aplicación judicial de leyes coloniales contrastantes.

---

45 De acuerdo con Coke, los derechos "han sido, a través de la sabiduría de hombres de mayor excelencia, a lo largo de sucesivas eras por largas y continentales experiencias (el juzgamiento de luz y verdad), mejorados y refinados" (COKE, Edward. *Seventh reports — Calvin's case*. London: Thomas and Fraser, 1826, vol. 4, p. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. pp. 17-18.

46 De acuerdo con Coke, los derechos "han sido, a través de la sabiduría de hombres de mayor excelencia, a lo largo de sucesivas eras por largas y continentales experiencias (el juzgamiento de luz y verdad), mejorados y refinados" (COKE, Edward. *Seventh reports — Calvin's case*. London: Thomas and Fraser, 1826, vol. 4, p. 6). Cf. POSTEMA, Gerald J. Some roots of our notion of precedent. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. pp. 17-18.

47 Tales Cartas pueden ser consideradas las primeras Constituciones de las colonias, sea porque eran vinculantes para la legislación colonial, sea porque regulaban sus estructuras jurídicas fundamentales. Tales Constituciones, frecuentemente, establecían la posibilidad de las colonias poder aprobar sus propias leyes, sin embargo, bajo la condición de ser "razonables" y "no contrarias a las leyes del Reino Inglés" y así, no desa-

Con el control de la legislación de la colonia, surgen las semillas del *judicial review*. Esto quiere decir que, en el momento en que el principio de la supremacía del parlamento es transportado para la colonia, surge el control judicial de sus actos y, de esta forma, el brote del principio de la supremacía del poder judicial. En este sentido, el principio inglés de la supremacía del parlamento, en lugar de obstaculizar, en realidad colaboró para el desarrollo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos.

Anótese, sin embargo, que la ideología de la imprescindibilidad de la imposición de límites al legislativo mediante una ley mayor puede ser vista cuando los colonizadores de América del Norte —que no tenían representantes en el parlamento inglés— se rebelaron contra los tributos exigidos por el gobierno de la metrópolis mediante la alegación de que cualquier acto del Parlamento, contrario a la equidad natural sería nulo[48].

Con la independencia de las colonias americanas en 1776, las Cartas fueron sustituidas por las nuevas Constituciones y, como anteriormente los jueces ya tenían la conciencia y la práctica de decretar la nulidad de las leyes que violasen las Cartas y la legislación del Reino inglés, se tornó prácticamente "natural" controlar las leyes que contrariasen las Constituciones de los Estados que acababan de adquirir la independencia[49].

Mauro Cappelletti, en su célebre *Il controllo giudiziario di costituzionlità delle leggi nel diritto comparato*, alega que la doctrina de

---

finadas de la voluntad suprema del parlamento. Exactamente en virtud de la idea de la supremacía de la ley — en unísono con la doctrina de la *supremacy of the English parliament* — que, en diversos casos (algunos tornados en célebres), el *Privy Council* del Rey decidió que las leyes deberían ser aplicadas por los jueces de la colonia solo si no estuviesen en contradicción con las leyes del Reino. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, p. 42.

48 GROTE, Rainer. Ob. cit., p. 3.

49 CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità...*, p. 41 y ss.

del principio de la *supremacy of the parliament*. Entretanto, esta afirmación no parece correcta, particularmente para los efectos que Cappelletti intenta extraer de esta "transformación" —que, bien vistas las cosas, no ocurrió. He aquí lo que dice Cappelletti: "Tal doctrina (la de Coke) fue abandonada en Inglaterra con la Revolución de 1688, cuando entonces fue proclamada la doctrina contraria —todavía hoy respetada en aquel país— de la supremacía del parlamento. Sin embargo, de la doctrina de Coke restaron los frutos, al menos en los Estados Unidos, y estoy refiriéndome, como es obvio, a los frutos que hoy son llamados de judicial review y *supremacy of the judiciary*[50]".

Es cierto que la doctrina de Coke, en su particular significado de doctrina que daba al juez solo el poder de declarar el *Common Law*, fue superada en Inglaterra por la teoría constitutiva —desarrollada sobre todo por Bentham y Austin[51]. No obstante, con el debido respeto al maestro italiano, la Revolución de 1688 no hizo desaparecer la noción de que el Parlamento y la ley son sometidos al *Common Law*. También no es adecuado sustentar que el juez, a partir de ese momento, pasó a estar sometido al legislativo, ni mucho menos que el derecho de las colonias pasó a deber respeto únicamente a la producción del Parlamento.

El Parlamento, con la Revolución Gloriosa, venció la larga lucha contra el absolutismo del rey. Delante de la preocupación en contener los árbitros del monarca, los jueces siempre estuvieron al lado del Parlamento, llegando a mezclarse con este. Así, no hubo necesidad alguna de afirmar la prevalencia de la ley —como producto del Parlament— sobre los magistrados, pero sí la fuerza del derecho común delante del poder real. Además, la Revo-

50 Ídem, p. 40

51 MacCormick, Neil. Can *stare decisis* be abolished? p. 204.

lución Puritana no objetivó destruir el derecho antiguo, sino muy por el contrario, se pautó por la afirmación del *Common Law* contra el rey.

Así, toda y cualquier norma elaborada por el legislativo estaría insertada dentro del *Common Law*, en la búsqueda de la afirmación de los derechos y libertades del pueblo inglés contra el rey[52]. La Revolución, bien por eso, no tuvo la pretensión de elevar a una posición suprema o la intención de dotar al Parlamento de un poder absoluto mediante la producción del derecho.

Más que a la ley, fue necesario dar importancia al *Common Law* —o al derecho de la historia y de las tradiciones del pueblo ingles— para contener el poder real. De modo que la idea de *supremacy of the English parlament* no significó, simplemente, la sumisión del poder real a la norma producida por el legislativo, sino la sumisión del rey al derecho inglés, en su entereza. Este derecho sometía al monarca, conteniendo sus excesos, pero también determinaba el contenido de la producción legislativa, que, sin cualquier duda, no podía estar disconforme con el *Common Law*[53].

De cualquier forma, al contrario de lo que sugiere Cappelletti, es cierto que el principio de la *supremacy of the English parlament* no tuvo la menor intención de someter al juez al Parlamento o incluso el objetivo de impedir al juez afirmar el *Common Law* —si fuese el caso, contra la propia ley. Este principio, en lugar de lo que sugería Cappelletti, tuvo la intención de pasar la noción de supremacía del derecho sobre el monarca y no el propósito de significar omnipotencia de la ley o absolutismo del Parlamento.

Además, la legislación de las colonias no era verdaderamente sometida a la ley inglesa, pero sí vinculada al derecho inglés. El control de la legitimidad de las leyes coloniales se daba a partir

---

52 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il dirito mite — Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 35.

53 ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Ob. cit., p. 786 y ss.

Common Law), y no simplemente escribiendo las primeras líneas de un derecho nuevo, como aconteció con el poder (legislativo) que se instaló con la Revolución Francesa.

De ese modo, el control de legitimidad de los actos de la colonia, a partir del derecho inglés y el control de constitucionalidad de las leyes, con base en la Constitución americana, no significó un cambio de principios o la sustitución del principio de supremacía del parlamento por el principio de supremacía del poder judicial.

Tal cambio o sustitución puede ser visto apenas si el raciocinio fuera pautado por el significado que la supremacía del parlamento asumió en el *Civil Law*, por derivación de la Revolución Francesa. Sucede que este principio, en Inglaterra, estuvo muy lejos de la idea de la supremacía de la ley sobre el juez, significando, en verdad, supremacía del derecho sobre el monarca y sobre las propias leyes, inclusive a la de las colonias. En esta perspectiva, cuando se controlaba la legitimidad de la ley colonial a partir del derecho inglés, se afirmaba el *Common Law* y no la ley (en los moldes del *Civil Law*). Y el juez, en esta dimensión, ya se sobreponía al elaborador de la ley divergente. Por consiguiente, el control de constitucionalidad estadounidense significó más una continuidad que una ruptura con el modelo inglés[54].

Al margen de esto, cabe esclarecer que, si es cierto que el poder del juez del *Civil Law* sometido a la Constitución es cercano al del juez estadunidense, crear la norma del caso concreto a partir de la Constitución también es algo bastante similar a crear la norma jurídica a partir del *Common Law* o inclusive a declarar el derecho

---

54 Sobre los orígenes del *judicial review*, ver CORWIN, Edward S. *The doctrine of judicial review: its legal and historical basis and other essays*. Princeton: Princeton University Press, 1914; NELSON, William E. *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

del *Common Law*, como ocurría en el derecho inglés primitivo. De ahí que se diga que la noción de creación del derecho, típica del derecho jurisprudencial, se opone a la aplicación estricta de la ley, propia a la tradición del *Civil Law*.

UNIDAD II LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA Y LA CASACION CIVIL

- **Funciones de la Casación. En la Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos. Editorial Moreno S.A. Lima, 2012. P. 69 a 106.**

MARTÍN HURTADO REYES
Doctor en Derecho
Magister en Derecho Procesal

LA CASACIÓN CIVIL

Una aproximación al control de los hechos

IDEMSA
Lima - Perú

El error de hecho se caracteriza por un inadecuado manejo de los hechos del proceso, por no haberlos fijado correctamente, por haberse valorado inadecuado el material probatorio al dar por probados hechos indebidamente o por haber omitido hechos probados, por pronunciarse sobre hechos no invocados por las partes, entre otros supuestos. El error en el trabajo de subsunción, no cabe duda se trata de un error de derecho, al igual que el error en la interpretación de la norma.

Se puede establecer la existencia del *error de derecho* y de *hecho* utilizando la estructura del *silogismo jurídico*, el primero de ellos es posible encontrarlo en la *premisa mayor*, en la cual se ubica la norma aplicable al caso, el error consistirá en elegir una norma que no es aplicable, se deja de aplicar la que corresponde, entre otros supuestos y la *premisa menor* encontramos a los hechos, apreciando este error básicamente por la falta de correspondencia entre los hechos del proceso (dados por probados o no) y los establecidos como supuesto de hecho de la norma.

Entonces, tenemos que en la impugnación –en general- se pueden invocar errores de hecho (manejo inadecuado de los hechos, sentencia absurda o valoración arbitraria) y errores de derecho, dentro de éstos últimos los errores *in iudicando*, *in procedendo*. Igualmente se pueden invocar los llamados errores in cogitando.

Concretamente en casación la doctrina en general acepta solo un control normativo de la sentencia así como el error del control lógico de la sentencia, excluyendo el elemento fáctico. Aunque existen posiciones discrepantes en este último elemento, al cual nos avocaremos en capítulos posteriores.

11. FUNCIONES DE LA CASACIÓN

Trataremos de establecer en esta parte del trabajo en qué consistirían las funciones o fines de la casación a partir de los frondosos estudios de la doctrina y de nuestra jurisprudencia.

La doctrina en general apunta como fines de la casación el control normativo, la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, con lo cual se busca la unidad de la legislación y de la jurisprudencia (unidad jurídica), la seguridad del orden jurídico. Según la doctrina la casación también tiene como fin la de hacer justicia al caso en concreto.

Estos fines o funciones del recurso de casación fueron clasificados por la doctrina en: fin **nomofiláctico** (control del derecho material y procesal, buscando corregir las infracciones legales en las que incurre la sentencia,

este fin se constituye para la defensa del derecho objetivo), fin **uniformador** (unidad de la jurisprudencia, buscando directrices jurisprudenciales que apunten a la predecibilidad de las decisiones, robusteciendo el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y a la seguridad jurídica[57]) y el **fin dikelógico** (justicia al caso concreto, decisión justa para el litigante)[58].

11.1. Función Nomofiláctica

El vocablo *nomofilaquia* proviene del griego y se puede dividir en dos: *nomos* que significa norma y *filaké* (otros autores dicen *philasso*) que tiene sentido de salvaguarda o defensa.

En sentido etimológico la función nomofiláctica -se puede decir- está orientada a reseñar la defensa o salvaguarda de la norma, a cuidar la ley.

Tradicionalmente se ha considerado a la finalidad nomofiláctica como aquella que se encarga del control normativo de las sentencias, con el objeto de preservar el ordenamiento jurídico, por ello se le ha relacionado a este fin con la defensa del derecho objetivo y por tanto con el *ius constitutionis*.

Teniendo este sentido la función nomofilactica, la doctrina la encuentra muy relacionada con los inicios de la casación en Francia, en la que la decisión política buscaba proteger el ordenamiento jurídico de las decisiones de los jueces, evitando que este la interprete y solo la aplique, dándole finalmente la interpretación normativa al legislador.

Finalidad nomofiláctica implica entonces una forma de control que se ejerce a través de la casación para la defensa del derecho objetivo, de aquellas decisiones que pretenden quebrar la unidad jurídica.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO en una visión diferente del tema ha señalado que sobre la base de la Constitución y dentro del marco de una reforma glo-

---

(57) DE LA PLAZA en relación a la casación y más precisamente sobre este aspecto, que si rectamente se le articula y endereza hacia sus fines propios, procura un medio insustituible de fiscalización de las actividades judiciales y de unificación jurisprudencial; con el que no solo se logra certeza de las relaciones jurídicas, sino que se coloca a los justiciables en un plano de igualdad en relación con las normas jurídicas. Agrega que la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley quedan servidas con la unidad del Tribunal y con la unificación de la jurisprudencia a cuya formación endereza sus actividades. DE LA PLAZA, Manuel. La casación civil. Editorial Gráfica España. Madrid 1944. pp. 14-15.

(58) "La casación es un recurso que tiene las siguientes finalidades: a) nomofiláctico, esto es, juzga el derecho material y procesal; b) uniformadora, es decir, tiende a la unificación de la jurisprudencia nacional; y c) dikelógica, vale decir, la aplicación de la justicia al caso concreto". Casación No. 4361-2001- San Martin.

bal del proceso civil puede afirmarse que la finalidad de la casación habría de ser la unificación de la jurisprudencia, así como la protección de los derechos constitucionales y la depuración de los vicios procesales causantes de nulidad de actuaciones, con lo cual apreciamos que el citado autor no menciona a la función nomofiláctica para sustentar los fines de la casación[59].

La finalidad que apunta al carácter público de la casación –según AZULA CAMACHO– por interesarle a la administración de justicia y, concretamente, velar por la buena marcha de esta, comprende, a su vez, dos aspectos: a) la defensa de la ley o nomofilaquia, que pretende tutelar la norma y reparar la violación cometida por el juzgador de instancia; b) unificar la jurisprudencia nacional, trazando criterios que sirvan de rectores a los otros funcionarios de inferior jerarquía, lo cual se logra mediante la publicación de las sentencias[60].

11.2. Función Uniformadora

Asimismo, la doctrina ha sostenido que el recurso de casación tiene –también– como finalidad la de lograr que el tribunal de casación vaya unificando sus decisiones, uniformizándolas, dando respuestas únicas a casos idénticos.

Se trata de que el tribunal de casación al hacer control normativo de las sentencias vaya dictando sus decisiones, las cuales deben mantener un estándar de uniformidad. La idea es que se vayan dictando precedentes judiciales con directrices jurisprudenciales que orienten las futuras decisiones que emitan los jueces de fallo y de grado.

Consideramos que el orden jurídico se ve respaldado de coherencia si las decisiones que emiten sus órganos jurisdiccionales son predecibles a partir de lo que resuelve el máximo órgano de casación. Por ello, que se ha considerado que un sistema de casación solo debe tener un tribunal que se encargue de dictar los precedentes y no varios, porque los criterios serían dispersos, quebrando el criterio de uniformidad. Esto ocurre por ejemplo en nuestra Corte Suprema en la cual existen dos Salas Civiles que conocen temas de casación, habiéndose encontrado posiciones discrepantes en diversos temas que han propiciado los llamados plenos jurisdiccionales (actualmente precedente judicial).

---

(59) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. "Fines de la casación en el proceso civil". Op. Citada.

(60) AZULA CAMACHO, Jaime. Op. Citada. p. 352.

Esta función de la casación brinda al justiciable la posibilidad de ser considerado como *igual* ante los otros sujetos que recurren al órgano jurisdiccional, esto significa que la función uniformadora hace viable el **principio de igualdad ante la ley** reconocido en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución. En materia de casación se entiende que las decisiones que emite la Sala de Casación con las que determina la aplicación e interpretación de una norma en particular para resolver un caso concreto sirva para ser aplicada de la misma forma en otros casos futuros con los que tenga identidad. Esta situación debe impedir que ante un caso con afinidad a otro ya resuelto pueda darse una solución distinta, evitando así la arbitrariedad[61].

De otro lado, esta función de la casación sirve para dar fundamento a la **seguridad jurídica** de todos aquellos que se vean necesitados de recurrir al sistema de justicia para solicitar el otorgamiento de tutela jurídica. La seguridad jurídica en un sistema judicial se aprecia cuando los órganos jurisdiccionales hacen predecibles sus decisiones, cuando el justiciable o el inversionista saben con anticipación, antes de llegar a ellos cómo es que la justicia formal viene resolviendo determinados casos. Esta situación ayuda a prevenir situaciones litigiosas, pues sabiendo cuál sería la respuesta del aparato judicial en determinados casos, se recurrirá solo en casos necesarios al proceso judicial. Se brinda seguridad jurídica cuando es predecible la actividad judicial[62].

Aunque VÉSCOVI vincula los elementos antes indicados a la función *nomofiláctica*, señalando que no hay duda, es la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales; con ello se busca el imperio de la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la defensa de la supremacía del órgano legislativo. Esta función perfila el carácter político del recurso y su naturaleza constitucional, como surge de las fuentes romanas (*ius constitu-*

---

(61) "El derecho reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución, **más que una igualdad ante la ley o igualdad en la ley**, en realidad reconoce el derecho de "**igualdad jurídica**". Una de las proyecciones de la igualdad jurídica, es su dimensión formal, **lo constituye el derecho de igualdad en la aplicación de la ley**. Con él tenemos expresado, que se garantiza que un juez, u órgano judicial, al decidir un caso, bajo un supuesto de hecho sustancialmente análogo a uno resuelto con anterioridad, y en el que se aplique la misma norma jurídica, no lo resuelva arbitrariamente en un sentido contrario". STC 7289-2005-PA/TC (resaltado nuestro).

(62) "El principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional de Derecho. **La predecibilidad** de las conductas (en especial la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad". STC 0016-2002-AI/TC (resaltado nuestro).

tionis) y en algunos Estados modernos. Es lo que Calamandrei llama función *nomofiláctica*[63].

Sobre las funciones tradicionales del recurso de casación Jaime Guasp ha señalado que los fines enunciados –de índole política– no corresponden a un instituto procesal; el proceso, dice, no está destinado ni a la protección del ordenamiento jurídico, ni a la uniformización en la aplicación de la ley[64].

11.3. Función dikelógica

Hasta aquí hemos visto solo los fines tradicionales del recurso de casación, el vinculado al control normativo (nomofilaquia) y el uniformador (de la jurisprudencia nacional), ambos relacionados a sus propios origines –con el subsecuente elemento político– y que se fue desarrollando a través de la doctrina y la jurisprudencia de los países en los cuales se implantó este recurso. Sin embargo, el desarrollo de la teoría procesal fue perfilando un tercer fin, con el que se buscaba proteger al litigante, pretendiendo cautelar sus intereses –privados, a diferencia de los intereses públicos de las funciones tradicionales–, generando la posibilidad que con el recurso de casación se busque hacer justicia al caso concreto, esta es la finalidad *dikelógica*.

El aspecto *dikelógico* se vincula con el valor justicia, se refiere a la ciencia de la justicia, ya que *dike* proviene del griego que tiene ese significado: justicia.

Esta finalidad tiene un conocido cultor en América Latina sobre todo para abordar los temas de control fáctico en casación, nos referimos a Hitters quien ha señalado que todo está vinculado –sin duda– a la concepción que se tenga respecto a la finalidad de la casación, pues si se estima que dicha institución ha sido instaurada para cumplir un mero control nomofiláctico, y para uniformar la jurisprudencia, es obvio que los hechos deben quedar a la vera de la inspección. En cambio, si se considera, como nosotros lo hemos reiterado, que la télesis dikelógica –de la justicia al caso concreto– constituye uno de los postulados liminares de la vía recursiva que venimos estudiando, fácil será concluir que la *quesito facti* no debe ser echada por la borda tan ligeramente de los estrados de los organismos que llevan a cabo funciones casatorias, porque así se atenta contra la solución equitativa de la litis singular[65].

---

(63) Véscovi, Enrique. Op. citada. p. 238.

(64) Véscovi, Enrique. Ibidem. p. 239.

(65) Hitters, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*. Editorial Librería Editora Platense SRL. La Plata 1994. pp. 430-431.

Bajo la apreciación de VÉSCOVI el carácter jurisdiccionalista de la casación española, que se trasmite a nuestros regímenes y aparece en todos los modernos, le hace por lo menos *agregar* otro fin esencial. Es lo que HITTERS menciona como *función dikelógica*, esto es, la de hacer justicia del caso concreto; apareciendo entonces como un medio impugnativo (recurso), impulsado por el particular que sufre un agravio de la sentencia (aunque éste suponga una violación de una norma de Derecho o de la doctrina legal o jurisprudencia dominante)[66].

Con lo cual tenemos que en el fin dikelógico hay un sujeto interesado en obtener una decisión que responda a sus intereses, esta será la parte que impugna la sentencia con el recurso de casación, quien a pesar de basar su impugnación en la necesidad de un control normativo, exige una respuesta justa del órgano jurisdiccional. Por ello, se sostiene que la función dikelógica responde al llamado *ius litigatoris* o derecho del litigante.

Un autor referente en los estudios de casación en España lo constituye Guasch quien afirma categóricamente que la uniformidad de la jurisprudencia es la finalidad de la casación; aunque admite que la doctrina ha desarrollado ideas respecto a los tres fines ya mencionados. Para lo cual sostiene se ha podido afirmar incluso, que la casación cumple una finalidad trifásica que se concentraría en el control del derecho objetivo (nomofiláctica), la función uniformadora de la jurisprudencia (uniformadora) y la justicia del caso concreto (dikelógica). La nota determinante de la casación es la uniformidad, pues tanto la nomofiláctica como la de llegar a la justicia del caso concreto son generales a todos los órganos jurisdiccionales y en caso de la nomofiláctica, estimamos que se cumple con la uniformadora[67].

En sede nacional el ex magistrado supremo SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA tiene reservas respecto de esta tercera función hoy reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual ha precisado que el objeto fundamental de la casación tienen a la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y de las doctrinas jurídicas; de tal manera, que la casación, va más allá de los intereses particulares; tiene fines más ambiciosos, amplios y trascendentes que el de remediar la injusticia del caso particular[68].

---

(66) VÉSCOVI, Enrique. Op. Citada. p. 239.

(67) GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil.* Editorial Bosch. Barcelona 1998. p. 408.

(68) SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel. *El recurso de casación civil.* Editorial Juristas Editores. Lima 2009. p. 36.

Lo mismo ocurre con los magistrados Calderón Puertas y Alfaro Lanchipa que enfáticamente señalan que la concepción dikelógica[69] debe aceptarse con algunas limitaciones, sostienen que la casación tiene por objeto preservar el interés general sobre el particular; en tal sentido, lo que interesa no es (fundamentalmente) subsanar el error que pudiera estar perjudicando a una de las partes, sino evitar los errores en general. Concluyen con una crítica a la posición que blande De La Rúa (que sostiene "más importante que la uniformización de la jurisprudencia es la justicia del caso concreto") expresando que con todos los hechos parecen desmentir al jurista argentino, pues malgrado su deseo las Cortes de Casación terminan por desvirtuar el instituto convirtiéndolo en sede de instancia[70].

11.4. Los fines de la casación en el CPC peruano

Los fines de la casación fueron recogidos en nuestra legislación procesal desde la vigencia del Código Procesal Civil.

El artículo 384 –texto originario- estableció que los fines de la casación civil eran *"la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia"*, el primero, como hemos visto es el nomofiláctico; y el segundo, es la función uniformadora.

Con la ley que modificó el artículo 384 del CPC se han ratificado estos fines al precisar que los fines de la casación son: "(...) la *adecuada aplicación del derecho objetivo* al caso concreto y la *unidad de la jurisprudencia* de la nación".

Como vemos –desde el punto de vista legislativo– hay una sentida ausencia de la función dikelógica desarrollada por la doctrina, no obstante este elemento no fue extraño a la dogmática interna ni a la propia jurisprudencia, recurriendo en varias oportunidades a su uso en casos concretos[71].

---

(69) Aunque este fin de la casación implementado por la doctrina en alguna jurisprudencia local es rechazado, así en la casación 1487-96-Lambayeque se ha señalado que: el error en la determinación de la premisa menor del silogismo judicial proveniente de una incorrecta valoración de la prueba no es susceptible de ser revisada en casación, por ser la justicia del caso concreto materia ajena a los fines del recurso.

(70) Calderón Puertas, Carlos y Alfaro Lanchipa, Rosario. Op. Citada. pp. 42-43 y 46.

(71) "(...) si bien es cierto que excepcionalmente la Corte podría entrar a ejercer una función dikelógica en casos en los que exista arbitrariedad manifiesta, esta función solo será ejercida cuando le haya sido propuesta adecuadamente por el recurrente bajo una denuncia *in procedendo* en la que se invoque expresamente lo que se conoce como la doctrina de la arbitrariedad o del absurdo; y, que el defecto revista tal gravedad que

Aunque algunos han considerado que tiene una regulación implícita en el artículo 392-A que creó la posibilidad de admitir oficiosamente el recurso de casación cuando se deba cumplir con la finalidad del recurso de casación.

En consecuencia nuestra legislación tiene reguladas las funciones tradicionales de la casación, esto es, la función *nomofiláctica* o de control normativo, llamada también de defensa del derecho objetivo y la función uniformadora, de unificación jurisprudencial, eje principal de la unidad jurídica. La finalidad dikelógica no tiene regulación concreta en nuestro medio aunque nuestros tribunales supremos la hayan usado en casos excepcionales.

amerite que esta sala se aparte de los cánones formales del recurso". Casación No. 1417-2000-Lambayeque.

UNIDAD III: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ARTICULO 949 DEL CODIGO CIVIL PERUANO A PROPOSITO DEL SETIMO PLENO CASATORIO CIVIL

- VIDAL RAMOS, Roger. “El sistema de transferencia de la Propiedad Inmueble en el Derecho Civil Peruano”.

EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN EL DERECHO CIVIL PERUANO

Roger Vidal Ramos (*) (**)

Sumario: 1. La Propiedad. 2. Derechos Reales y Derechos Obligacionales. 3. La Teoría del Titulo y Modo. 4. Sistemas Contemporáneos de Transferencia de Propiedad. 5. Sistemas Clásicos de Transferencia de Propiedad. 5.1 El Sistema Romano.5.2. El Sistema Francés.5.3. El Sistema Alemán. 6. El Sistema Peruano. 6.1. En el código de 1852. 6.2. En el código de 1936. 6.2.1. Posición de los Doctores Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle. 6.2.2. Posición de Alfredo Solf y Muro y Pedro M. Oliveira. 6.3. En el Código de 1984 (Posiciones de la doctrina nacional). 7. La Imperfección del Artículo 949 y la Inscripción Excepcional del Artículo 1135. 8 Desventajas del Sistema Consensual. 8.1.1. Los Costos de Transacción. 9. La Sociedad Agraria y el Crecimiento de las ciudades. 10. Conclusiones.

1. La Propiedad.-

El Código Civil define la Propiedad, por su contenido jurídico, como "'El poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe; ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley" (Art. 923 del Código Civil).La propiedad es el derecho civil patrimonial más importante y en el cual reviste una serie de garantías de su protección y su transferencia, en segundo punto será la materia de análisis del presente trabajo, en primer lugar la propiedad es un poder jurídico pleno sobre un bien el cual contiene cuatro atributos clásicos tradicionales o derechos que confiere la propiedad a su titular: *usar, disfrutar disponer y reivindicar*.

El *doctor AVENDAÑO* nos ilustra de la siguiente manera: *Usar* es servirse del bien. Usa el automóvil quien se traslada con el de un lugar a otro. Usa la casa quien vive en ella.

Disfrutar es percibir los frutos del bien, es decir, aprovecharlo económicamente. Los frutos son los bienes que se originan de otros bienes, sin disminuir la sustancia del bien original. Son las rentas, las utilidades. Hay frutos

---

* En memoria de mi tío el doctor Uldarico Ramos Chávez y de Eric Bedoya Figueroa.

** Socio Principal del Estudio Vidal, Melendres & Palomino Abogados (www.vmplegal.com). Titulo de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios. Profesor en las facultades de derecho de la Universidad Cesar Vallejo Lima Este y la Universidad de Huánuco. Es Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

naturales, que provienen del bien sin intervención humana, frutos industriales, en cuya percepción interviene el hombre, y frutos civiles, que se originan como consecuencia de una relación jurídica, es decir, un contrato.

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

La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real. El poseedor, el usufructuario, el acreedor hipotecario, todos pueden perseguir el bien sobre el cuál recae su derecho. No nos parece entonces que la reivindicación deba ser colocada en el mismo nivel que los otros atributos, los cuáles, en conjunto, configuran un *derecho pleno y absoluto.* Ningún otro derecho real confiere a su titular todos estos derechos[1].

Creemos que la reivindicación se podrá ejercer cuando exista una amenaza o agresión al derecho de propiedad o cuando se discuta su titularidad, como en la prescripción adquisitiva o los interdictos de recobrar o de retener que se manifiestan en la defensa posesoria, de lo contrario el propietario no podrá ejercer la reivindicación, ya que solo genera persecutoriedad sobre cualquier persona que atenta (habitante precario o poseedor ilegitimo) contra el derecho de propiedad, se ejercita la reivindicación en el momento preciso que el propietario se sienta o crea que es amenazado, por un sujeto ajeno a la situación jurídica entre el titular y la propiedad y por ultimo si el propietario no se ve en la necesidad de defender su propiedad ante la amenaza de un tercero creemos que no será necesario considerar como atributo de la propiedad a la reivindicación debido a que este atributo (reivindicación) no seria constante y que solo se perfeccionaría en los momentos de ejercer la persecución del bien considerándole un atributo relativo y no absoluto.

Un sector de La doctrina nacional no comparte los atributos clásicos de la propiedad: el uso, disfrute, disposición y reivindicación (Jorge Avendaño sostiene que la reivindicación no es un atributo de la propiedad) *FREDDY ESCOBAR ROZAS* nos indica que el derecho de propiedad tiene un contenido extenso, que le permite a su titular efectuar una amplia variedad de comportamientos sobre la cosa. Solo a través de un proceso de abstracción tales comportamientos pueden ser agrupados y comprendidos por facultades específicas. Teniendo presente esto último, se puede afirmar que únicamente forman parte del contenido del derecho de propiedad las facultades de ***usar, disfrutar y modificar la cosa***[2].

[1] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado- Por los Cien Mejores Especialistas,* tomo V, Gaceta Jurídica, 1 Ed. 2003-Lima. pp. 187-188.

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

La Doctrina nos señala cuatro características de la propiedad: *es un derecho real, un derecho absoluto, un derecho exclusivo y un derecho perpetuo*.

Todo sistema de derechos de propiedad debe cumplir tres características para desarrollar la función a la que ha sido llamado: ***Universalidad:*** todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como seria, por ejemplo el caso del aire). En otras palabras, todos los recursos con consumo real deben quedar bajo un derecho de propiedad. ***Exclusividad:*** se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y uso del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad solo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera. ***Transferibilidad***: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos[3].

Un sector de la doctrina sostiene que entre un sujeto de derecho y un bien (mueble o inmueble) existe un relación jurídica esta posición quedo obsoleta y errónea, sabemos que solo se puede hablar de relación jurídica[4] entre dos sujetos de derecho así tenemos que el derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor, lo mismo es el contrato de compra-venta donde interactúan el vendedor y el comparador.

Pero cuando tenemos un derecho real solo se crea una ***situación jurídica*** entre el titular y la cosa, es decir el titular tiene un ***poder o atribución sobre la cosa*** y jamás podría existir un relación jurídica entre el bien o cosa con el titular del bien, solo existe una situación jurídica o una atribución del propietario sobre el bien del cual ejerce un poder jurídico pleno.

El maestro *DÌEZ PICAZO* nos dice "los sujetos de toda relación jurídica son siempre las personas entre quienes la relación se traba o se establece. Una relación jurídica es siempre una situación en la cual se encuentra dos o más personas. No es admisible, *en buena técnica jurídica, utilizar la idea de relación jurídica para aludir a la situación en que se encuentra una persona respecto a una cosa*, una persona respecto a un lugar o varias cosas entre si. La relación jurídica es siempre relación entre personas[5]".

---

ii) la facultad de reivindicar es un mecanismo de tutela del derecho de propiedad, esto es, un instrumento que le permite al titular del mismo eliminar las consecuencias negativas derivadas de la violación, por parte de un tercero, del deber jurídico general de no invadir la esfera jurídica ajena. En tal sentido, la facultad de reivindicar no forma parte del contenido del derecho de propiedad.

[3] TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 49.

[4] VIDAL RAMIREZ, Fernando. *Prescripción Extensiva y Caducidad*, Gaceta Jurídica, Lima, 1996, p. 25. "la relación Jurídica, como hemos visto, es el vinculo establecido entre dos o mas personas, mientras que la situación Jurídica es la que se configura en base a la relación que vincula a las personas y a sus respectivos derechos subjetivos o deberes jurídicos, pero de modo permanente o duradero".

[5] DÌEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos de Derecho civil patrimonia*l, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, Volumen I, pp. 49

GUILLERMO BORDA nos indica que: *i) derecho real* es un poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa; el típico es la propiedad, que importa un poder de señorío, de goce y de disposición de la cosa; los restantes derechos reales no son, en el fondo, sino desmembramientos de ella.

ii) derecho personal, en cambio, es la facultad que se tiene de exigir de otra persona el cumplimiento de una obligación; en otras palabras, es una vinculación jurídica, que une a dos personas (o grupos de personas) en virtud de la cual el deudor debe satisfacer al acreedor la prestación debida[6].

La doctrina nos señala la teoría de la *obligación pasivamente universal*[7], que nos indica que la colectividad o los integrantes de la sociedad, tienen el deber jurídico de respetar el derecho real, de la cual surge una obligación de no hacer que recae sobre la colectividad.

A entender de *BORDA*, sostiene que no encuentra una razón por la cual el derecho objetivo no puede amparar una relación directamente establecida entre una persona y una cosa, y el derecho rige relaciones entre las personas, puesto que su campo de acción es precisamente la coexistencia humana. Pero ello no se opone de modo alguno a que proteja ciertos bienes del hombre, teniendo en mira precisamente una posible agresión por parte de los demás individuos. Y así como hay un derecho al honor, a la vida, etc., hay también un derecho sobre los bienes que sirven para la satisfacción de nuestras necesidades económicas. ¿Qué error hay en decir, en este caso, que existe una relación directa entre el titular y la cosa? Y es que, en efecto, hay una vinculación directa entre ambos, puesto que ninguna otra persona se interpone ni puede legalmente interponerse en el uso y goce de la cosa.

Tampoco satisface la idea de la obligación pasivamente universal como características de los derechos reales, puesto que el deber de respetar los derechos que tienen los miembros de una colectividad, existe tanto en el caso de los derechos reales como en el de los personales, y aun en los de carácter extramatrimonial.

Finalmente, esta concepción supone poner el acento en algo que es completamente secundario en los derechos reales; porque lo esencial y característico de estos no es la obligación pasiva que el resto de la sociedad tiene

---

[6] BORDA A. Guillermo. *"Manual de Derecho Civil-Parte General"*, Ed. Abelardo Perrot, Bs. Aires, 1996. pp. 359-363.

[7] Ibidem. pp. 362-363. "La concepción clásica de los derechos reales ha sido impugnada por Planiol. Sostiene el ilustre jurista francés que *la idea de que los derechos reales establecen una relación directa entre una persona y una cosa, es falsa porque una relación de orden jurídico no puede existir sino entre personas; esta es, afirma, una verdad axiomática y elemental para la ciencia del derecho*. Y si se profundiza el análisis de los derechos reales, se vera que también en ellos hay sujeto pasivo, entre los cuales, como en los derechos personales, se establecen la relación jurídica. En nuestro caso, los derechos obligados serán todos los integrantes de la sociedad, que tienen el deber de respetar el derecho real, de abstenerse de todo hecho que lo perturbe; es, pues, un obligación de no hacer que pesa sobre el resto de la colectividad y que por ello puede llamarse pasivamente universal. De ahí se desprende que la diferencia entre derechos reales y personales no es esencial, sino que se traduce solamente en lo siguiente: mientras que en estos últimos el sujeto pasivo es determinado, en los primeros es indeterminadado y de numero ilimitado.

de respetarlos, sino el poder de goce y disposición que se reconoce al titular sobre la cosa[8].

El derecho de crédito o de obligación crea una relación jurídica entre el acreedor y el deudor. En cambio, el derecho real solo crea una situación jurídica entre el titular y la cosa[9].

Se emplea en dos sentidos uno impropio y otro riguroso; en el primero, se refiere, en general, a los bienes y derechos patrimoniales. Cuando se habla entonces de propiedad, se alude a todo aquel o cualquiera de ellos.

En el segundo, significa uno de los derechos patrimoniales sobre bienes: el máximo posible. En este sentido la propiedad puede ser definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa, poder en cuya virtud esta –en principio- queda sometida directa y totalmente (es decir en todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo[10]. Con lo que sostenemos que entre una persona y un derecho real existen una situación jurídica, relación de dependencia del bien a favor de la persona, y la potestad que tiene el sujeto del derecho real sobre la cosa o el bien.

2. DERECHOS REALES Y DERECHOS OBLIGACIONALES

Los derechos patrimoniales se distinguen en dos grupos derechos reales y derechos de obligación (crédito) es necesario indicar algunas ideas que nos ayudaran a diferenciar estos derechos patrimoniales; los glosadores dividieron en ***ius in rem*** y el ***ius in personam***, basándose en la oposición que había formulado el Derecho romano entre el ***actio in rem*** *y el* ***actio in personam*** es que se distingue entre derechos reales y derechos de obligación.

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de el, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a trastes de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal.

[8] Ibidem. pp. 366.
[9] LA PUENTE LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 11.
[10] ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I, Tomo III, Derecho de Bienes*, Vol. I. Barcelona; Librería Bosh 3ª. Ed. 1977, pp. 243-245.

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la perdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de obligación, por cuanto ellos subsisten trasformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. de otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal.

Finalmente, debe destacarse que los derechos reales son oponibles a todos (*erga omnes*) y los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, especifico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos[11].

3. LA TEORÍA DEL TITULO Y MODO.-

No se puede dejar de hablar de derechos reales ni mucho menos de Transmisión de propiedad Inmueble en nuestra legislación sin dejar de mencionar y explicar la importancia de la teoría del titulo y el modo motivo por lo cual es necesario conocer la definición de titulo y modo, los cuales son legados del derecho romano y son numerosos sistemas jurídicos y legislaciones que adoptaron la mencionada teoría. Recalcamos que estos conceptos serán mencionados desde diversas concepciones de autores doctrinales nacionales y extranjeros durante la extensión del presente trabajo.

Titulo (palabra utilizada aquí, no en el sentido de documento, sino en el de *fundamento jurídico*) es el acto (por ejemplo, compraventa) por el que se establece la voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho[12]; y el ***Modo***, es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con animo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquiriente.

Sin *modo* subsiguiente, el *titulo* es insuficiente para producir la adquisición del derecho real y sin titulo previo, la entrega (el modo) no transfiere (hacer adquirir al que la recibe) el derecho real. Por ejemplo, si no hubo anteriormente contrato de compraventa, pero se entrega la cosa, el que la recibe adquiere su posesión (ya que esta es la tenencia efectiva de la misma, y esa la ha recibido), pero no se convierte en dueño (no adquiere la propiedad: derecho real).

DÍEZ PICAZO, sostiene que la tradición por si sola no sirve para transmitir el dominio, pues la entrega o la transferencia de la posesión es en si misma un

[11] FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*, Ed. Grijley, Lima, 3era. Ed. 2004, pp. 8-9.
[12] ALBALADEJO, Manuel, Ob. Cit. pp. 138-139.

acto incoloro y ambiguo, al que solo dota de sentido el negocio jurídico antecedente celebrado por las partes, que justifica la transmisión[13].

El tituló es el acto del cual fluye la obligación de enajenar un inmueble determinado y el modo de transferencia[14], para nosotros el titulo es la fuente, la causa jurídica del contrato del cual deriva una determinada obligación y el modo la consecuencia que seria la transferencia de propiedad.

El proceso adquisitivo se produce, pues en dos etapas. En la primera, como consecuencia del Titulo, el futuro adquiriente recibe ya un derecho de crédito a que el futuro transmítente le transfiera el derecho real de que se trate. Se esta entonces en el campo del derecho de obligaciones. Uno puede exigir y el otro debe realizar una prestación: la conducta que consiste en transmitir el derecho real. En la segunda etapa, el enajenante cumple su obligación, que consiste en realizar el modo o acto transmitido del repetido derecho[15].

La doctrina peruana se encuentra dividida en *dos sectores*: *uno de ellos* opina que el sistema peruano de adquisición de la propiedad esta articulado en la aplicación de la teoría del titulo y el modo para el caso de los bienes muebles y la aplicación del principio de la transmisión *solo consensus* para el caso de los bienes inmuebles; *el otro* sector sostiene que tanto para el caso de los bienes muebles como para el de los bienes inmuebles debe aplicarse la teoría del titulo y el modo[16].

En los bienes muebles se establecen que si es posible la celebración de dicho tipo de contrato, en tanto la transferencia de propiedad inmueble opera en dos momentos: uno que refiere al titulo (*que genera el efecto obligatorio*) y otro que se produce con el modo (*que transfiere la propiedad*), es así que no resultara necesario que en el momento de la suscripción del titulo el vendedor sea propietario, lo que si será indispensable al momento de la tradición[17].

---

[13] DÍEZ-PICAZO, Luís. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid 1983. Ed. Tecnos S.A., Vol. II, pp. 648-649. "es necesaria, pues, la yuxtaposición de dos elementos en algo que se puede considerar como un supuesto completo de formación suseciva: el contrato antecedente y el traspaso posesorio. Solo la yuxtaposición de ambos elementos, cuando ambos actos jurídicos existen y son validos, determina la transmisión. Si únicamente ha existido el primero, habrá entre las partes una simple relación con puro valor obligacional. Se ha existido *traditio*, pero no habrá existido una verdadera transmisión de la propiedad, de modo que el tridente sigue siendo propietario, el accipiente no habrá llegado a serlo nunca y el primero podrá ejercitar una acción real reenvidicatoria, tanto frente a los posibles poseedores" (sub. adquirientes de este).

[14] VEGA MERE, Yuri. (ideas vertidas al autor en correspondencias por mail) "que la ley en mi concepto, el propio art. 949 que toma como titulo el acto y la ley que actúa como mecanismo de transmisión de la titularidad. Por supuesto, existen excepciones como es el caso de la venta de bienes genéricos o de bienes ajenos, por ejemplo, que impiden que la ley atribuya un efecto real al acto del cual surge la obligación.

[15] ALBALADEJO, Manuel. Op. Cit. T. III, Vol. I, pp. 138-139.

[16] LA PUENTE LAVALLE. Manuel, *Estudios sobre El Contrato de Compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, pp. 23-24. El primer sector argumenta que toda obligación se cumple mediante la ejecución de una prestación, que es un comportamiento o actividad del deudor y que el articulo 949 el código civil, al establecer que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor –como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de una cosa mueble- debe ser entendido en el sentido que esa transmisión no deriva del cumplimiento de una obligación sino que emana directamente del contrato, sin que sea necesario el expediente de crear una obligación, (Tesis sostenida por Hugo Forno) y otra posición es la de sostener que en la compraventa inmobiliaria el comprador se convierte en propietario por haberse perfeccionado su adquisición (tesis Jack Bigio).

[17] BELTRAN PACHECO, Jorge. *La Ineficacia del Acto Jurídico*, En: Cuadernos Jurisprudenciales, Gaceta Jurídica, Año: 1 Nro. 6, p. 6.

HUGO FORNO, nos ilustra, como se sabe, en el derecho romano existía una clara separación entre lo que hoy se conoce como el titulo y el modo. *El titulo era la justificación jurídica en cuya virtud se sustentaba un desplazamiento patrimonial, y el modo el mecanismo establecido por el derecho para producir tal desplazamiento*[18].

4. SISTEMAS CONTEMPORÁNEOS DE TRASFERENCIA DE PROPIEDAD.-

En el derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas de transferencia de propiedad, a saber: el *sistema de la unidad del contrato* y el *sistema de la separación del contrato*. El primer sistema se caracteriza por exigir la celebración de un solo negocio jurídico en el cual reposan las voluntades del transferente y del adquirente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad. El segundo sistema, en cambio, se caracteriza por exigir dos negocios jurídicos, uno obligacional y otro dispositivo, en los que, con distintas características y consecuencias, reposan las voluntades del transferente y del adquiriente dirigidas a provocar la transferencia de la propiedad[19].

4. 1.) Sistema de Unidad del Contrato

4. 1.1.) Sistema Transmisivo de la causa única.- Que establece que el contrato es la fuente directa del efecto traslativo de la propiedad por lo cual no requiere del modo que haga publica la adquisición de la propiedad; es decir el solo consentimiento (simple acuerdos de voluntades) es la causa del nacimiento del derecho del nuevo propietario; en efecto en los denominados sistemas de causa única, al reputarse a la voluntad suficiente para -producir la mutación jurídico-real, puede afirmarse que el contrato adicionalmente a que pueda producir efectos obligatorios- esta en la capacidad de producir efectos reales. *Dentro de este sistema encontramos el siguiente sub. Sistema.*

4.1.2.) Sistema consensual o espiritualista.- Virtud del cual solo el consentimiento de las partes hace propietario al comprador; es decir se expresa en su mas lato grado la autonomía de la voluntad (*hoy autonomía privada*) es aquella posibilidad que tiene la persona como poder de autorregulación o autorreglamentación, de creación de preceptos privados de conducta para ejercer facultades y conformar relaciones jurídicas por la sola decisión del individuo, para ejercer derechos subjetivos o actuar a través de la idea del negocio jurídico[20].

---

[18] FORNO FLOREZ, Hugo. *El Contrato con Efectos Reales*, En: Ius Et Veritas, revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº. 7, Lima 1993, pp.79. (77-87).
[19] ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, En: Ius Et Veritas revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año XIII N° 25, pp. 46.
[20] VEGA MERE, Yuri. *Contratos de Consumo*, Grijley-Lima-Perú. 2001. p. 27.

Inspirados en este sistema ubicamos: al sistema italiano (articulo 1376 de su Código Civil), el sistema francés (articulo 1138 de su C.C.), el sistema portugués (articulo 408 de su C.C.), el sistema mexicano (articulo 2014 de su C.C.), el sistema venezolano (articulo 1161 de su C.C.).

4.2.) Sistema Transmisivo de doble causa.- Nos indica que el contrato no es suficiente para generar la transferencia de propiedad y que necesariamente requiere un signo o modo de recognoscibilidad social cuya finalidad consista en publicitar a la colectividad de la adquisición del derecho de propiedad. Los denominados sistemas transmisivos de doble causa, consideran a la voluntad insuficiente para producir efectos reales, estos solo pueden producirse a través de "actos de disposición". En la teoría de la doble causa, el acto que crea la relación obligatoria se denomina "acto de obligación", "titulo" o "causa remota" (ej. El contrato de compraventa). El acto que produce el efecto real es el "acto de disposición", "modo" o "causa próxima", por medio de este la situación subjetiva sale del patrimonio del transmitente e ingresa al del adquiriente (ej. La tradición, la inscripción, etc.[21].). Dentro del presente sistema tenemos los siguientes subsistemas.

4.2.2. Sistema Real o de Tradición o Sistema de la unión del titulo y el modo.-, Reconocido en nuestro sistema jurídico para la transferencia de bienes muebles; los países que se acogen a este sistema son: el sistema español (Arts. 609 y 1095 del su C.C.), el sistema argentino (Arts. 577, 2524, 2601 y 2609 de su C.C.), el sistema cubano (art. 178 de su C. C.) y solo para la transmisión de que bienes recoden este sistema, el sistema chileno Arts. 670 y 684 de su C.C.), el sistema ecuatoriano (Arts. 740 y 754 de su C.C.) y el sistema peruano (Art. 947 de nuestro código civil valido para muebles).

4.2.3. Sistema Registral Constitutivo no Convalidante.- En este sistema el registro no es convalidante puesto que de operar un defecto en la validez del acto o contrato (causal) el acto del registro también resultaría ineficaz estructural o invalido. Este sistema es adoptado solo para inmuebles por el sistema brasileño (art. 676 de su C.C.).

4. 3.) El Sistema de Separación del Contrato.- El sistema de separación tuvo su origen en la revisión critica a la que fue sometida en *Alemania del siglo XIX*[22] la teoría del titulo y el modo, este sistema postula de la separación de los contratos, es decir existen dos contratos o actos jurídicos, uno que

[21] FERNANDEZ CRUZ, Gastón, *La Obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la Propiedad inmueble en el Perú*. En: Themis-Revista de Derecho Nº. 30. Lima. 1994. pp. 160. "en la teoría de la doble causa el "acto de obligación" (titulo) y el "acto de disposición" (modo) son dos actos distintos pero dependientes".

[22] ESCOBRA ROZAS, Freddy. *El contrato y los Efectos reales* Ob. Cit. pp. 49. "en la Alemania del siglo XXI aun tenia apogeo la teoría del titulo y el modo, que había hacho suya la primera interpretación y que evidentemente había debilitado a la vieja *traditio* romana. Con la promulgación del *Code* , esta ultima sufrió un mayor debilitamiento, en tanto que fue expresamente eliminada como requisito para que se produzca la transferencia de propiedad

produce los efectos obligatorios y otro que genera la transferencia de la propiedad. De acuerdo al sistema recogido en el BGB, los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia, el sistema de separación del contrato supone, entonces, la concurrencia de dos negocios jurídicos y de un acto ejecutivo real[23].

Así, a pesar que el acto jurídico generador de efectos personales fuese invalido el acto del registro resultaría plenamente eficaz estructural. Este sistema es conocido como el sistema de transferencia de propiedad registral convalidante, dado que se produce una suerte de convalidación del vicio causal al continuar el adquiriente del bien con el derecho de propiedad. Ubicamos dentro del sistema de Separación del Contrato dos sistemas: El Sistema Registral Constitutivo y El Sistema Real Abstracto. Finalmente, en lo que respecta al grupo de sistemas transmitidos de causa abstracta, acogen para inmuebles, el sistema registral constitutivo convalidante: el sistema alemán (artículo 873, I parte, BGB), el sistema suizo (articulo 971) de su Código Civil) y el sistema Torrens australiano.

5. SISTEMAS CLASICOS DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD[24].-

5.1 EL SISTEMA ROMANO.-

El Ilustre y recordado Maestro *MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET*, nos menciona que en Roma, primitivamente existían tres modos de transmisión de la propiedad: (i) la *mancipatio* y (ii) la *in jure cessio* para las *res mancipi y la (iii) traditio* para las *res nec mancipi.*

Según Cayo, eran *res mancipi* las cosas mas preciosas: "los fundos y cosas situadas en Italia, los esclavos y animales que es costumbre domar por el cuello o por el lomo, por ejemplo , los vacunos, los caballos, las mulas y los asnos; también las servidumbres rusticas[25].

Eran *res nec namcipi*, en cambio, las otras cosas: sumas de dinero, animales salvajes, la mancipatio, que se empleaba para la enajenación de las *res mancipi*, era un acto formal celebrado en presencia de cuando menos cinco testigos "en una balanza,

[23] LARENZ, Kart. *Derecho de Obligaciones*, Madrid: Revista de Derecho Privado. Citado por ESCOBAR ROZAS, Freddy, El Contrato y los Efectos Reales, Ob. Cit. pp. 50.

[24] BELTRAN PACHECO, Jorge. *Exorcizando el espiritualismo: registro vs. Consenso en la transferencia de propiedad inmobiliaria*. En: Dialogo con la Jurisprudencia. Nº 38. 2001. pp.81-85. "los sistemas de transferencia de propiedad existentes en la doctrina han sido reunidos, clásicamente, en tres grandes sistemas: el sistema romano de transferencia de propiedad o de la tradición; b) el sistema espiritualista o francés; y, c) el sistema alemán o del registro.

[25] ARIAS-SCHEREIBER PESET, Máx. *Exégesis*, Tomo IV, Gaceta Jurídica, 1998, pp. 307.

las librepens, que deberían llevar los contratantes, se pesaba un objeto representativo del objeto del contrato y del otro plato se colocaba un pedazo de cobre, por ejemplo, que simbolizaba el pago, además debían pronunciarse formas sacramentales a fin de que se entendiese materializada la adquisición.

La *in jure cessio* utilizada también para la transferencia de las *res mancipi,* era igualmente un acto formal, pero se celebraba delante del Pretor. Este modo implica una reivindicación simulada. En efecto, el adquiriente alegaba la propiedad del bien ante el pretor y el enajenante se allanada a ello. *La tradittio* (tradición) era empleada para alinear las *res nec mancipi.* Suponía la entrega física del bien, de común acuerdo entre el *trasdens (*el que entrega la cosa) y el *accipiens* (el que la recibe)[26].

En Roma la voluntad ni la obligación[27] podían transmitir por si sola la propiedad, para que esto ocurriera, era necesaria la presencia de un acto exterior, sea formal (como la *mancipatio* o la iure cessio) o material (como la *traditio*) con el transcurso del tiempo, los actos formales entraron en crisis, de modo que en cierto momento la transferencia de propiedad únicamente opero a través de la *traditio*[28].

En Roma los contratos no transferían nunca la propiedad, la transmisión de lo derechos reales sobre las cosas y, particularmente, el dominio, requería no solo el consentimiento de las partes, sino también la tradición, es decir la entrega material de la cosa. Se distinguía así entre el contrato propiamente dicho y la transmisión del derecho real. Para el primero, bastaba el acuerdo de voluntades; para la segunda era necesaria la tradición. La tradición obedecía a una razón de publicidad; se partía del concepto de que interesando los derechos reales a toda la comunidad, la transmisión de ellos debía manifestarse por caracteres visibles y públicos, ya que no es posible pedir el respeto de derechos que no se conocen. En suma, el derecho romano comprendió la importancia de la publicidad en materia de derechos reales y arbitro esta forma de publicidad que es la entrega de la cosa[29].

Concluimos con mencionar que en Roma los contratos no transferían nunca la propiedad y era necesario un acto material como en la *mancipatio*, en la *cessio in jure*, en *la traditio* usucapión, la transmisión de la propiedad inmueble se ejercía primero con el titulo y luego con el modo.

---

[26] ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Máx. Ob. Cit. pp. 308.

[27] OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. I XVI, primera parte, Tomo I, pp. 371-372. "el vendedor no se obliga a hacer al comprador propietario, a menos que existiera estipulación hacer al comprador propietario, amenos que existiera estipulación formal; su obligación se limitaba a hacerle tener la cosa vendida, es decir, a probarle la pacifica posesión a titulo de propietario" (En Roma y el antiguo Derecho Francés, la venta no tenia por efecto, de parte del vendedor, sino el de crear contra el la obligación de procurar al comprador el libre disfrute de la cosa, y no la propiedad misma).

[28] CUENA CASAS, Matilde. *Función del Poder de Disposición en los Sistemas de Transmisión Onerosa de Derechos Reales*. Barcelona: Bosch, 1996. pp.42 y 43. Citado Por: ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El Contrato y los Efectos Reales*, Ob. Cit. pp. 46-47. La diferencia de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, que suponía la existencia de una voluntad dirigida a transferir la propiedad, la *traditio* no suponía necesariamente la existencia de tal voluntad, pues podía servir también para transferir otros derechos reales (uso), en tal sentido a efectos que la *traditio* pudiera provocar la transferencia de propiedad, se exigió que la misma estuviese acompañada de un *animus* especifico (*animus trasferendi et accepiendi dominii*), que demostrare la voluntad del *tradens* y del *accipiens* de transferir y adquirir, respectivamente, la propiedad de la cosa. Aparentemente, sin embargo, también se exigió que la *traditio* estuviese precedida de una *iusta causa*, esto es, de una justificación del *animus* en cuestión, que dejara claro el motivo por el cual se realizaba la transferencia de propiedad: *pro emptio, pro donatio.*

[29] BORDA, Guillermo A. *Manual de Derechos Reales*, Ed. Perrot, Bs. Aires, Cuarta Ed. pp. 192.

La separación del contrato en dos momentos en Roma[30], no fue por un simple capricho, la razón se justificaba de establecer un mecanismo objetivo de publicidad sobre la transmisión del derecho. Una publicidad que permite conocer a la comunidad de las transferencias de propiedad realizadas.

5.2. EL SISTEMA FRANCES.-

Según el código francés de 1804, Código Napoleónico trascendental en las legislaciones civiles hispanoamericanas, nos índica que la propiedad de los inmuebles se transfiere como efecto de la estipulación, del consenso (*consensus*); la obligación de entregar se reputa idealmente ejecutada; La tradición que resulta luego del pacto es un acontecimiento que no transfiere el dominio, sino solo de poner al adquiriente en aptitud de servirse del bien. La obligación nace y muere sin solución de continuidad; hay por expresarlo un modo, una tradición de derecho implícita, la convención pone los riesgos del bien a cargo del acreedor convertido en propietario por el solo consentimiento.

El sistema consensual parte de la base de que el derecho real nace directamente del mero consentimiento de las partes que contratan[31]. Así podemos mencionar que para el transmisor de los derechos reales, basta el solo contrato (*convención*), sin necesidad de la tradición (*entrega*); las transferencias de bienes tienen lugar por el simple consentimiento.

El consentimiento viene a reemplazar la tradición, pues las partes entienden que se realiza la tradición cuando así se obligaron. De esta manera, el sistema francés considera que vender es enajenar, y *PLANIOL*, dice que ambas nociones eran muy distintas en la antigüedad, y que hoy se confunden[32], el comprador pasa a ser propietario y acreedor al mismo tiempo, acreedor dentro de la relación obligatoria y propietario por la misma razón, sin mas, no es necesario otro requisito mas que la voluntad de las partes contratantes.

Los hermanos *MASEAUD*, sostienen diversas disposiciones del Código Civil afirman el principio de la transmisión *"solo cosensus"* (por el simple consentimiento), la voluntad, toda poderosa para crear obligaciones, es todo poderosa igualmente para producir, sin ninguna formalidad ni tradición, transmisión de derechos reales, ***el contrato además de su efecto obligatorio, posee un***

[30] FORNO FLORES, Hugo. Ob.Cit. pp. 80. "a partir de Justiniano se amplia el concepto de *contractus* para comprender no solo a los acuerdos bilaterales constitutivos de obligación sino también a los acuerdos bilaterales que constituyen o transfieren derechos reales, pero advertido el diferente efecto que producen ambos tipos de acuerdo en cuanto que unos constituyen la causa de la atribución, se acentúa en el derecho común la necesidad de mantenernos diferenciados y se designa a los primeros con el nombre *de titulus adquirendi* y a los segundos con el de *modus adquirendi"*.

[31] PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*-Tomo III. Ed. Civitas. Madrid 1988. pp. 111.

[32] Ibidem. pp. 534.

efecto real; la compraventa, por ejemplo, no solo crea obligaciones entre las partes, sino que el transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida[33].

La entrega es importante, pero esta entrega no transmite el derecho real, la entrega se justifica no para adquirir o transmitir el derecho, sino porque este ha sido ya transmitido o adquirido, es tradicional la opinión de *ALBALADEJO*, ***al sustentar que la entrega es un simple traspaso posesorio y no una tradición***[34] (entrega de la posesión con animo de transferir el derecho de la cosa), con ello demuestra que en le sistema francés, uno es propietario con el solo consentimiento , y que la entrega de la propiedad es un simple traspaso posesorio del bien, con el fin de que le propietario pueda ejercer sus potestades de propiedad sobre el bien.

El Código Civil Francés tomando como base el principio de la voluntad, considera que el simple acuerdo entre las partes es suficiente para que se realice la transmisión de la propiedad[35].

La voluntad del individuo es considerada como instrumento todo poderoso al punto que en ella se hace reposar la justificación y razón de ser el contrato[36]. El código de Napoleón marco el triunfo de la voluntad sobre el formalismo jurídico; en consecuencia, protegió fundamentalmente a los adquirentes convertidos de manera inmediata en propietarios, mientras el transmitente solo podía ejercer las acciones personales o de impugnación del contrato.

Según el código francés, la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación, conforme a este sistema la obligación de entregar se reputa mentalmente ejecutada. La tradición que viene después del pacto, es un hecho que no tiene la virtud de transferir el dominio, sino únicamente de poner al adquiriente en aptitud de servirse de la cosa, *"la obligación nace y muere sin solución de continuidad"*[37].

El Sistema francés se estableció sobre la base de los siguientes principios: **i)** la inscripción que contendría por objeto hacer oponibles los actos frente a terceros, **ii)** el registro seria personal, **iii)** los actos celebrados intervivos necesariamente deberían ser inscritos, **iv)** la inscripción no convalidaría los vicios de los títulos, ni impediría las acciones reivindicatorias, **v)** los registros serian accesibles a todos los interesados en el inmuebles, **vi)** de un lado, se llevaría un registro de hipoteca y, del otro, uno de la propiedad y sus desmembraciones.

---

[33] MASEAUD, Henri y León y MASEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil-Derechos Reales Principales (El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones*), Parte Segunda: Volumen IV, Ed. Jurídica. Europa-América, Buenos Aires-1960, pp. 323-324

[34] ALBALADEJO Manuel. Ob. Cit. pp. 234.

[35] VAZQUES RIOS, Alberto. *Los Derechos Reales: La propiedad*, Ed. San Marcos, Lima-Perú, p. 100.

[36] FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. pp. 81 "la propia idea de libertad de actuación de los particulares encuentra su justificación en la voluntad individual (la llamada autonomía de la voluntad)."

[37] OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. Ob. Cit. pp. 412 "Se considera perfecta y ejecutable en el mismo momento de su formación. El consentimiento decía Bigot-Preameneu, perfecciona por si solo la obligación de entregar la cosa y no hay necesidad de tradición real para que el acreedor sea considerado propietario de ella. Por el contrato, afirmaba Portalis, se opera una especie de tradición civil, y Marcade agrega: la convención de dar crea la obligación; la obligación de dar lleva consigo la de entregar; el cumplimiento de esta obligación por la tradición trasfiere la propiedad; la tradición no necesita ser real, porque el consentimiento lleva en si un tradición fingida que produce el mismo efecto; y esta tradición realiza el desplazamiento automático del dominio.

En conclusión el derecho francés desarrolla un sistema de transmisión y adquisición de derechos reales distinto del sistema dual (titulo y modo) por lo cual solo se baza en el *"solo consensus"* es suficiente para adquirir la propiedad de un bien inmueble, una vez transmitido el derecho de dominio como efecto inmediato del contrato, la obligación del vendedor consistirá en permitir la posesión real y efectiva del bien, en propiedad del comprador.

5.3. EL SISTEMA ALEMAN.-

La transferencia de los inmuebles se realizaba en dos fases: el negocio jurídico y el acto traslativo del dominio. En Alemania prima el criterio de la "Ausflassung" que es un acuerdo abstracto de transmisión entre el adquiriente y el enajenante. Según el código alemán y su doctrina comparada casi siempre existe un deber de emitir declaración de "**auflassung"** emanado de la relación causal básica, es por eso que el vendedor debe hacer todo lo posible y todo lo que este al alcance de sus manos para conseguir la transmisión de propiedad, si se niega a emitir por su parte la declaración requerida, puede ser demandado en tal sentido. El **"Auflassun**g" también puede ser judicial y extrajudicial; será judicial cuando al igual que la *"in iure cessio"* era un juicio simulado; el adquiriente demandada al enajenante la entrega de la cosa, este de allanaba a la demanda y el juez resolvía a favor del acciónate entregándoles judicialmente la posesión; será extrajudicialmente cuando el contrato se perfecciona con la inscripción de la transmisión de la propiedad en el libro territorial. A este sistema se le conoce con el nombre del registro.

El que compra una cosa quiere adquirirla no solo para aprovecharse de ella temporalmente, sino con carácter definitivo y excluyente y para disponer de ella; por lo tanto, con la sola entrega de la cosa el vendedor no ha cumplido su obligación totalmente: esta obligado a proporcionar la propiedad sobre ella. La transmisión de la propiedad esta regulada en el derecho de cosas. Esta transmisión, cuando se refiere a cosas muebles, exige la entrega y el acuerdo de ambas partes de "transmitir la propiedad" no se contiene en el contrato de compraventa, sino que es necesario un especial contrato "real" diferente, cuyo único contenido es que la *"propiedad sea transmitida"*, este contrato real es independiente del contrato de compraventa que le sirve de base, es decir, es un contrato "abstracto"[38].

En el sistema germano de la separación del contrato (artículos 873, 925 y 929 del Código Civil Alemán) el consentimiento no es suficiente para la traslación de la propiedad y esta se produce desdoblada, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

En el primer caso se requiere la tradición, sea física o espiritualizada, en tanto que en el segundo es necesaria la inscripción del contrato en el registro de la propiedad o en los libros territoriales[39].

---

[38] LA PUENTE LAVALLE, *Manuel. Perfeccionamiento de la Transferencia de la Propiedad,* En: Folio Real año III Nº. 7 febrero 2002, pp. 104.

[39] ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Máx. *Exégesis,* Tomo II. Gaceta Jurídica, 1998. Lima-Perú. pp. 25.

6. EL SISTEMA PERUANO.-

El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble es por excelencia de herencia e influencia francés, por lo cual adopta el sistema espiritualista francés o sistema declarativo, el antecedente del articulo 949 del Código Civil de 1984 lo ubicamos en el articulo del Código Civil de 1936 que a la letra regulaba *"la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietaria de ella, salvo pacto en contrario"* norma que también estaba contenida en el Código Civil de 1852 en sus artículos 574 y 1306. Todos los artículos mencionados abandonan el sistema del derecho romano del titulo (el consentimiento) y el modo (la tradición), adoptando el sistema espiritualista francés para la transmisión de propiedad de bienes inmuebles determinados.

6.1. EN EL CÓDIGO DE 1852.-

Este código es influenciado eminentemente por el código de napoleón, en el cual considera que solo el consentimiento *"consensus"* era necesario para poder transferir la propiedad inmueble.

Al celebrarse el contrato de compraventa simple con el solo consentimiento de las partes, y al operar en aquella la transferencia de propiedad de la cosa "aun antes de su entrega y pago del precio", debemos entender que la transferencia de la propiedad (al igual que el derecho francés) en los contratos de compraventa simple, operaba automáticamente, al momento del nacimiento de la obligación de enajenar, urgida de su celebración[40].

6.2. EN EL CÓDIGO DE 1936.-

En este cuerpo legislativo, en la sección segunda del libro Quinto, del Derecho de Obligaciones, relativa a las Obligaciones y sus Modalidades, incluye el articulo 1172, en el que se ratifica el principio del articulo 1308 del Código Civil de 1852, pero exclusivamente para bienes inmuebles: **Articulo 1172.-** "*la sola obligación de dar una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario".*

No podríamos hablar del sistema de transferencia de propiedad inmueble en el código de 1936, sin dejar de mencionar los ilustres e intensos debates de la comisión
Redactora del Código de 1936.

Uno de los puntos que fue materia de intensos y brillantes debates, y que más avivó el interés de la Comisión, fue el concerniente a la transmisión de propiedad de bienes inmuebles. Todos los integrantes de ella tuvieron la honrosa misión de elaborar el código mencionado, estuvieron de acuerdo que el viejo sistema

[40] OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones,* Ob. Cit. , pp. 407.

todavía imperante, *sustentado en el simple consentimiento*, es imperfecto, tanto por inseguro y que en el curso de su vigencia y de su aplicación, ha dado origen a opuestas e inconciliables discusiones e interpretaciones.

6.2.1. POSICION DE LOS DOCTORES MANUEL AUGUSTO OLAECHEA Y JUAN JOSE CALLE A FAVOR DEL SISTEMA FRANCES O DECLARATIVO.-

El Dr. El Dr. Olaechea, consideraba que el sistema mas favorable a adoptar en el país era el sistema francés, y consideraba que el *sistema argentino y español de la tradición como modo necesario para transferir la propiedad no era un sistema adecuado*, ya que la tradición puede revestir las mas deformas, pero no necesariamente garantizar la publicidad del acto.

No se concibe la vida de un sistema consolidado sobre la base de las inscripciones, sin registro, sin títulos idóneos, que no existen en todas las regiones, sin notarios, sin abogados, sin clima propicio, para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad.

La institución del registro fue implanta en el Perú hace casi medio siglo. No obstante los esfuerzos realizados, es lo cierto que no ha podido arraigarse en todo el país y que adolece de vacíos e imperfecciones que no son insuperables a la acción de la voluntad. El registro existente tiene el gravísimo defecto de ser personal. Su transformación recurrirá, como condición insustituible, el catastro. Por eso, es *imperativo prescindir del sistema germánico* que ha organizado el dominio y los derechos reales sobre las bases de la publicidad y de la especialidad, atribuyendo el primer valor y eficacia materiales. Ningún sistema teórico, por perfecto que sea, puede por si solo resolver satisfactoriamente los hechos. No son paralelos el progreso legal y el adelanto moral de una nación. La propiedad de las cosas muebles se adquiere por la tradición, y el dominio de los inmuebles, por el contrato, con las restricciones derivadas de la institución del registro.

6.2.2. POSICION DE LOS DOCTORES ALFREDO SOLF Y MURO Y PEDRO M. OLIVEIRA A FAVOR DEL SISTEMA CONSTITUTIVO.-

Para el doctor *SOLF Y MURO* propuso una dualidad de sistemas. "Podemos establecer una separación entre los inmuebles que ya están inscritos en el registro y se inscriban en adelante, y los inmuebles que no están registrados. Para los primeros, establecer la necesidad de la inscripción de todos los actos que con ella se relacionan para la validez de ellos, sea entre las partes o frente a terceros, los segundos, o sea los bienes no inscritos, mientras no se inscriban, seguirán sujetándose a las mismas reglas o a las reglas semejantes a las que se contiene en nuestro Código Civil."

La innovación que propongo permitirá aplicar algunos de los principios *del Sistema Torrens o del Germano* a un conjunto considerable de bienes inmuebles, que

llegan a 24, 876 urbanos, 21, 398 rústicos y 3, 041 minas, según la estadística llevada en el Registro de la Propiedad hasta el año 1921, numero que habrá aumentado desde entonces y que seguirá aumentado cada dia.

Complementando la propuesta del *doctor SOLF Y MURO, El doctor PEDRO M. OLIVEIRA*, dice "urge civilizar al país, y uno de los medios de hacerlo consiste en dotarlo de instituciones que promuevan el desarrollo económico sobre la base de la seguridad de las relaciones jurídicas, de nada servirá en la practica si el Registro de la Propiedad no se reorganiza en armonía con las exigencias de una sociedad que todo lo espera de la inmigración de capitales, del desarrollo del crédito y del crecimiento de la riqueza.

La comisión reconoció la inferioridad de nuestro sistema, cuyos defectos se pueden sintetizar diciendo que ***constituye un propiedad relativa al lado de la propiedad absoluta***. La *inscripción no asume mas valor que el de un simple aviso que protege a los terceros que no han intervenido en el acto, pero no lleva en si misma una verdadera sustantividad.*

Por lo anteriormente expuesto, es de resaltar que las discrepancias surgidas sobre el sistema de transferencia de propiedad inmobiliario peruano, tiene sus antecedentes en la comisión revisora de 1936.

6.3. EN EL CODIGO DE 1984.-

A continuación nos ilustraremos de la destacada doctrina nacional, esperando poder transmitir las principales ideas y críticas mas importantes, reiterando nuestras limitaciones en referencia de ilustrar perfectamente las opiniones, criticas (a favor o en contra de nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble) de autorizados juristas nacionales que no pudieron dejar de participar con brillantes exposiciones sobre tan polémico tema de transferencia de propiedad inmueble en el derecho civil patrimonial peruano.

Cabe resaltar que nos limitaremos a mencionar las principales ideas y aportes, de los siguientes juristas:

a) POSICIÓN DE JACK BIGIO CHREM .-

Para el profesor *BIGIO* entiende , los contratos solo tienen una eficacia obligatoria, es decir generan la obligación, el contrato de enajenación es al mismo tiempo, titulo y modo, por cuanto el solo consentimiento hace producir el efecto traslativo (*refundiendo, por tanto, el titulo y el modo en un instante cronológico*), por lo menos así sucede entre las partes contratantes. ***Pero si existe un conflicto entre dos compradores que han adquirido el mismo bien inmueble de parte de un vendedor común, la situación se resolvería a favor del primer inscribiente, con***

lo cual, en esta situación excepcional de incertidumbre jurídica, seria la inscripción la que atribuiría la propiedad, y en consecuencia, tendría carácter constitutivo[41].

Para el profesor *BIGIO*, el contrato es a la vez titulo y modo de adquisición, de lo cual su posición representa a la unidad del contrato de la transferencia de bienes inmuebles. El contrato (de compra venta) sirve, por un lado, de titulo, en tanto perfecciona la adquisición (del comprador), lo cual nos indica que para *BIGIO* el contrato transfiere directamente la propiedad inmueble, aceptando que el solo consentimiento de las partes convierte al comprador en propietario.

b) POSICIÓN DE MIGUEL TORRES MÉNDEZ[42].-

El profesor *TORRES* nos indica que el articulo 1529[43] del código civil consagra el régimen del titulo y el modo en referencia a manera de la transferencia de propiedad inmueble, la compraventa, tanto mobiliaria como inmobiliaria, no es traslativa sino obligatoria *(no opera como consecuencia directa del contrato sino como consecuencia de la entrega del bien realizada en cumplimiento de un titulo valido)* , para la constitución de la compraventa es necesario a su ves la celebración de la compraventa, esto quiere decir, pues, que la transferencia inmobiliaria se consigue con la sola celebración de dicho contrato.

El doctor *TORRES*, sostiene que la compraventa no es un contrato traslativo sino obligatorio, "el contrato genera la obligación de transferir la propiedad, obligación que nace del contrato y que no debe confundirse con el, obligación que la ley da por ejecutada". Para el mencionado profesor algunos contratos determinados para la transferencia de propiedad, requieren de una actividad concreta (modo), que seria la entrega en el caso del contrato de compraventa.

En el régimen consensualista no hay titulo y modo que se confundan porque en el no es necesario que se den dos actos para que opere la transferencia de propiedad, como ocurre en el régimen del titulo y el modo; *la propiedad se transfiere mediante un solo acto: el acuerdo de voluntades.*

---

[41] BIGIO CHREM, Jack. *La compraventa y la transmisión de propiedad*, En: *Para Leer el Código Civil*. Lima Fondo Editorial de la PUCP, 1991. pp. 94

[42] TORRES MENDEZ, Miguel. *La transferencia de propiedad de los bienes incorporales en el código civil*, En: Derecho Nº 45, Diciembre 1991, PUCP. pp. 163.

[43] Este autor empieza recordando el problema interpretativo que, surge entre los artículos 949 y 1529 del Código Civil. Por este último, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador, y este establece que la sola obligación de enajenar hace al acreedor propietario del inmueble. Según esta norma, la compraventa inmobiliaria es traslativa y no obligatoria. Ello establece que la transferencia se produce sin que sea necesario el cumplimiento o ejecución de la obligación de enajenar, sino basta únicamente que se haya constituido dicha obligación. Citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, pp. 302.

c) POSICIÓN DE HUGO FORNO FLOREZ.-

A entender del doctor *FORNO* indica que el contrato es susceptible de producir efectos reales, pues el articulo 1351 del Código Civil establece que aquel tiene por objetó crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, el cual no se agota en la obligación, en tanto que existen situaciones jurídicas subjetivas distintas del debito y el crédito y también expone una crítica al sistema espiritualista francés cuestionando sobre el efecto traslativo del contrato en el cual el legislador francés se olvido de atribuirle al contrato el efecto traslativo[44].

Si la obligación es absolutamente inútil pues no puede darse siquiera la secuencia de obligación –cumplimiento ya que el pago de tal obligación se produce con independencia de toda actividad del deudor, por el hecho de su misma existencia; ella se paga por si misma, es su propio cumplimiento, *el contrato produce directamente la atribución del derecho de propiedad,* la transferencia de propiedad de los bienes inmuebles determinados deriva directamente del contrato, o que se sostenga que el contrato genera la obligación de enajenar y que esta obligación transmitente el referido derecho.

El profesor *Forno* concluye manifestando que la transmisión del derecho de los bienes inmuebles determinados se produce por efecto del contrato. Siendo que Hugo Forno , atribuye el carácter traslativo y no obligacional en la transferencia de bienes inmuebles, advirtiendo que el cumplimiento de una obligación requiere de una actividad del deudor, pues precisamente esto es la prestación. Por lo cual el artículo 949 no exige conducta alguna par que opere la transferencia de propiedad, debe entenderse que dicha transmisión no deviene del cumplimiento de una obligación (la de enajenar a que hace referencia el dispositivo), sino que surge directamente del contrato. No existiría, pues, un modo para que opere la transferencia, a ese efecto bastaría el titulo.

d) POSICIÓN DE GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ.-

El doctor *FERNÁNDEZ* en forma precisa nos indica la preferencia que profesa sobre el sistema espiritualista francés constitutivo y justifica su posición de la siguiente manera: "en nuestra patria, la puesta en practica,

[44] FORNO FLOREZ, Hugo. Ob. Cit. p. 84. "en nuestro caso, la ley establece que la adquisición del derecho de propiedad de un inmueble determinado no requiere de la conducta del deudor -como se necesita en cambio para la transmisión del derecho de propiedad de un cosa mueble- por lo que no cabe que esta transmisor deriva directamente del contrato sin que el expediente de crear una obligación".
¿De que obligación puede hablarse en el caso del articulo 949 del Código vigente? Se trata de una obligación que consiste en trasmitir el derecho de propiedad, lo que supondría una actividad material del deudor consistente en dar, hacer o no hacer (que es la prestación) a través de la cual se produzca dicha transacción (cumplimiento). la prestación siempre es contenido u objeto para quienes prefieren un enfoque distinto de la obligación. Pero en este caso, el interés del sujeto activo queda satisfecho mediante la obtención del derecho de propiedad y esa obtención se logra automáticamente sin necesidad de ningún acto material del sujeto pasivo.

por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema más perfecto de seguridad jurídica individual imaginable, incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas[45].

En todo sistema ideal de transferencia de la propiedad inmueble existen tres finalidades: El permitir una circulación ágil de bienes y servicios, El reducir el número de adquisiciones *a non dominio* y El dar seguridad jurídica

Motivo por lo cual el profesor *FERNÁNDEZ*, nos explica que el consenso constituye el sistema de transferencia de la propiedad inmueble mas adecuado para su aplicación a la realidad peruana, por ser aquel que traduce –en términos económicos- la opción mas conveniente para *maximizar la circulación de la riqueza*, dado el ***carácter eminentemente agrario de la economía nacional***[46].

El Sistema de Transferencia de dominio perfecto es aquel que conjuga las tres finalidades: a) la maximización de la circulación de la riqueza inmobiliaria, b) la reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vía de la cooperación, c) la reducción o eliminación, de ser esto ultimo posible, de todo riesgo de adquisición de un *"nom domino"* o de perdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

El artículo 949 del Código Civil, lejos de adoptar la teoría del titulo y el modo, le otorga al contrato (su finalidad traslativa) la virtualidad de transferir directamente la propiedad[47].

e) POSICIÓN DE ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ.-

El doctor *BULLARD* desde su perspectiva del análisis económico del derecho nos brinda nuevas e interesantes propuestas y reflexiones sobre el sistema de transferencia inmobiliaria en el Perú; un sistema de transferencia de propiedad óptimo debe cumplir con dos objetivos. *En primer lugar*, debe permitir la máxima circulación de la riqueza, esto es, conseguir que se den el mayor número de operaciones de intercambio eficientes posibles, haciendo fácil contratar. *En segundo lugar*, debe eliminarse o reducir el riesgo de ineficacia del derecho adquirido, es decir generar seguridad jurídica para los adquirientes.

[45] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp. 152.
[46] Ibidem. pp. 159.
[47] Ibidem. pp. 173.

La propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es completamente incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros[48].

Los sistemas de transferencia de propiedad que generan seguridad para los adquirientes es que reducen los costos de transacción (mejoran la información y reducen la incertidumbre) pero son, a su vez, un costo de transacción (porque implican pagar, al registrador, al abogado) se genera un conflicto que ha generado grandes discusiones en torno a si es el sistema consensualista o el registral el mejor desde el punto de vista económico.

La posición de *FERNÁNDEZ CRUZ*, sobre los costos de transacción, elimina ciertos costos, pero el problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el *costo de incertidumbre*. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o le compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre[49].

Un Sistema registral constitutivo tiene reglas claras. Es como la isla que se ve lejos. Sabemos que si el registro dice algo voy a llegar a mi meta. Mientras que en el consenso debo confiar: (1) que la persona que me esta vendiendo es el propietario; (2) que no le haya vendido a otro; o (3) que exista un tercero con documento de fecha cierta anterior al mío que pueda privarme de ese bien. Ello solo genera inseguridad. La conclusión principal es que la propiedad debe permitir la exclusión más perfecta al menor costo posible, pero permitiendo, paralelamente, que los terceros estén en la posibilidad de conocer el derecho del que han sido excluidos[50].

---

[48] BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Sistemas de Transferencia de Propiedad*, En: Derecho y Economía, Palestra Editores, Lima-2003. pp. 156.

[49] BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp. 146. "La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximacion de las operaciones y transferencias.

[50] Ibidem. pp. 151. "el riesgo que esta presente en toda transferencia radica en el hecho de que podría no transmitirse al adquiriente la potestad de excluir a los demás, o que la posibilidad de exclusión no sea transmitida en términos perfectos. Si este riesgo no es racionalizado, el potencial adquirente puede decidir no comprar o hacerlo a un precio que se encuentre por debajo del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije del valor real del derecho que se adquiere. Ello se puede apreciar, por ejemplo, cuando se compra un inmueble no inscrito, pues el precio que se fije viene a ser, de ordinario, considerablemente menor al de otro inmueble si registrado. La protección registral y la certeza que esta brinda son la explicación a este mayor valor. En el fondo, lo que hace diferencia es que quien compra siente que el registro el garantiza una posibilidad, *de exclusión* mas perfecta y, por tanto, mas valiosa. En el inmueble no registrado entra a tallar el azar, y con ello la irracionalidad. Por lógica consecuencia, la posibilidad ya no es tan cierta. Este riesgo podría determinar que se adquiera una propiedad que no permita excluir, por ejemplo, a un adquiriente anterior. Estaríamos, entonces, ante una propiedad disfuncional o, dicho de una manera mas clara, ante la ausencia de un autentico derecho de propiedad. **Un sistema de transferencia de propiedad coherente debe dar al adquiriente la certeza de poder excluir a cualquier otro pretendido adquiriente, es decir, una posibilidad de exclusión total.**

Para *BULLARD* el controvertido articulo 949. C.C. por la cual la propiedad se transfiere al momento del perfeccionamiento del contrato. Sin embargo, esta norma es complementaria incoherente con la función que la propiedad debe desarrollar. El contrato es un acto que, de ordinario, permanece oculto al conocimiento de terceros.

Ello quiere decir que carece de la cualidad de ser un signo de cognosibilidad y, por tanto, de la posibilidad de informar a los terceros sobre quien goza de la titularidad ara la transferencia de propiedad, la disfuncionalidad del sistema seria evidente.

Pero cualquier abogado[51] sabe que esto no es así y que el postulado propuesto en el artículo 949 no funciona en la realidad tal como se ha descrito.

Para el profesor *BULLARD*, el articulo 949 se refiere a una "propiedad relativa", pues finalmente el agente económico racional sabe que en realidad no es propietario en términos absolutos hasta que inscriba su derecho y que el contrato es un escalo en el camino, pero de ninguna manera el fin del viaje, y que la aplicaron coordinada de los artículos 1135, 2014, 2016 y 2022 pareciera cumplir con los otros requisitos, los cuales son el de recognoscibilidad al registro y se concede a este el merito de convertir al propietario con derecho inscrito en titular de una facultad de exclusión absoluta e inatacable por terceros.

f) POSICIÓN MÁX. ARIAS-SCHEREIBER PEZET[52].-

El recordado Ilustre Maestro *Arias-Schereiber Pezet*, nos menciona, que el artículo 949 del código civil se deriva que, el solo acuerdo de voluntades, en el caso de los bienes inmuebles, basta para transmitir el dominio. En consecuencia, será suficiente, por ejemplo, que comprador y vendedor se pongan de acuerdo sobre el bien que es objeto del contrato y el precio que se ha de pagar por el para que no solamente se produzca el efecto de

[51] BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp.156-157. "imaginemos que un cliente acude a un estudio de abogados y el pregunta a uno de sus integrantes desde que momento seria propietario. Este le dice que según el artículo 949, es propietario desde que celebra el contrato. El cliente sale de la oficina y celebra el contrato. El cliente sale de la oficina y celebra el contrato de compraventa. Cuando va tomar posesión de su inmueble se da con la sorpresa de que este esta ocupado por un tercero, el mismo *que tiene su derecho inscrito.* Al pedirle su titulo de propiedad el ocupante le enseña al cliente una escritura pública cuya fecha es posterior al contrato que el celebro. Recordando las palabras de su abogado y utilizando un poco de sentido común le dice que ese titulo no tiene ningún valor, pues en la fecha que se celebro ese contrato el ya había celebrado con anterioridad otro contrato con el propietario; por tanto, en la fecha de la escritura publica quien le vendió al ocupante no era propietario, y como nadie puede transferir el derecho que no tiene queda claro que el único titulo valido es el suyo. Sin embargo, en el juicio que siguió con el ocupante el cliente se da con la sorpresa de que el poder judicial le da la razón a la otra parte. El error en el consejo del abogado esta en haber confundido la definición formal (y abstracta) contenida en el Código, con el funcionamiento del derecho en la realidad. En el trasfondo de la pregunta del cliente estaba la siguiente inquietud: ¿a partir de cuando poder yo excluir a los demás? Para fines prácticos esto es lo único que le interesa. El abogado le contesto una pregunta distinta: ¿desde cuando dice el código civil que tengo un derecho llamado propiedad? Como vimos en el ejemplo, las respuestas a estas dos preguntas.

[52] ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 293-327.

haberse consumado el contrato y surgió un derecho al bien para el acreedor *(ius ad rem)*, sino que simultáneamente este adquiere la propiedad *(ius in re)*.

Las excepciones a este principio lo constituirán el pacto en contrario del articulo 949, el pacto en contrario de reserva de propiedad regulado por los artículos 1583 a 1585 del Código Civil, a este respecto es preciso puntualizar que la expresión salvo disposición legal diferente no puede entenderse referida al caso previsto por el artículo 1135[53] del Código Civil.

La propuesta del doctor *ARIAS SCHEREIBER-PEZET* nos parece muy importante y acertado en efectos de aplicarse en una reforma registal en nuestro país entre los puntos importantes a la propuesta ubicamos: la implantación del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se lograra determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad.

La realización del catastro ya no tropieza con las dificultades de antaño, Los avanzados elementos técnicos y científicos disponibles en el momento actual lo hacen posible. Entre las principales virtudes del sistema catastral propuesto por el maestro tenemos: i) Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario, ii) impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes. Los fraudes vinculados con esta situación no son precisamente poco frecuentes. La imperfección del sistema registral vigente permite que se inventen fincas que no tienen existencia en al realidad, iii) evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podría conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios, iv) evitaría igualmente la doble inscripción de un mismo inmueble en el registro, v) suprimirá la posibilidad de que se construya en terreno ajeno de buena fe, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles; situación tan común en nuestro medio, vi) debido a su actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcción por usurpadores, vii) permitiría la identificación de la tierras abandonadas, viii) promovería, en fin, las operaciones inmobiliarias,

[53] ARIAS SCHEREIBER-PEZET, Max. Ob. Cit. pp. 305. "el articulo 1135 del Código Civil regula la hipótesis excepcional de que el deudor se hubiera obligado a entregar un mismo inmueble diversos acreedores (como consecuencia de cualquier acto jurídico que implique una obligación de dar: contratos de donación o de arrendamiento –cuando el supuesto no fuese el previsto por el articulo 1670 del Código, por ejemplo, y no exclusivamente el de compraventa-, y señala las normas de preferencia para la entrega que en ese supuesto operan. La preferencia que se otorga al acreedor de buena fe que hubiese inscrito primero su titulo esta en función de que el hecho de la inscripción califica un mejor derecho oponible al de los otros títulos referidos al mismo bien inmueble. El artículo por lo tanto brinda una solución obligacional al caso de concursos de acreedores y no una de carácter real al de la pluralidad de propietarios. ***En consecuencia, no es exacto que el artículo 1135 otorgue a la inscripción la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria***.

que aumentaría su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles, ix) mediante la inscripción constitutiva, se descartaría, por ejemplo, la posibilidad de la venta del mismo bien a un segundo o tercer adquiriente que ignoraba la primera enajenación y, aun la venta de lo ajeno. Es precio imponer en nuestro país el sistema de la inscripción, en forma distinta a la vigente, exigiendo esta como requisito consultivo de todos los derechos reales que se establezcan sobre la propiedad inmueble inscrita.

g) POSICIÓN DE MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE[54].-

El distinguido profesor Manuel De La Puente, nos otorga una visión de la transferencia de la propiedad (mueble e inmueble) desde la óptica del contrato, sobre el momento en que se perfecciona la venta, lo cual será explicado en las siguientes líneas:

En el caso de inmuebles el vendedor debe entregar al comprador la cosa materia de la venta, pues solo así dicho comprador podrá disfrutar de todos los derechos inherentes a la propiedad contemplados en el artículo 923 del código. Versando la venta sobre un derecho, el vendedor debe efectuar lo necesario para que se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho se produzca la transferencia del derecho y, si el derecho faculta a la posesión de una cosa, a entregarle esta. La entrega de la cosa al comprador, que es la primera obligación principal del vendedor, no tiene por finalidad, pues, hacerle adquirir la propiedad de la cosa, que ya tiene, sino permitirle la posesión de ella. La entrega es para el comprador el medio ordinario de conseguir la posesión. El titulo de adquisición, en efecto, califica el sentido posesorio de la disponibilidad de hecho del bien: en cuanto recibe la detención de la cosa, el comprador deviene poseedor. El doctor *DE LA PUENTE LAVALLE*, nos menciona sobre *el perfeccionamiento del contrato*[55] el cual es sustentado por el artículo 1549[56] que consiste en hacer lo necesario para que se transfiera al comprador la plena

[54] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la transferencia de propiedad*, En: Scribas, Nº. 2, Arequipa-1996, pp. 37-42.

[55] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Perfeccionamiento de la Transferencia de Propiedad*, Ob. Cit. pp. 37-42. "Si bien el contrato de compraventa no se transfiere al comprador la propiedad del bien vendido, corresponde hacer todo lo necesario para que este efecto se produzca, pues solo así se habrá cumplido la obligación que en ese sentido ha asumido al celebrar el contrato. Pensar que el vendedor por el mero hecho de celebrar el contrato satisface todo lo que de el se requiere, seria privar al contrato de compraventa de gran parte de su virtualidad y convertirlo en un instrumento inadecuado para que el comprador adquiera la propiedad del bien".

[56] LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "*Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad"* en "temas de Derecho Civil", Universidad de Lima, 1991, pp.234, Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Ob. Cit. "considera que el artículo 1549 del código civil debe ser interpretado en el sentido que "perfeccionar" la transferencia de la propiedad significa que ha habido un inicio de transferencia, la cual puede estar aun incompleta, inacabada o imperfecta si no se han transmitido todos los poderes jurídico-reales sobre el bien adquirido, pero el entendimiento de la norma implica que la transferencia jurídica ya se ha producido como efecto de la transferencia jurídica ya se ha producido como efecto natural del consentimiento perfecto (art. 1352) de vender y comprar, y se encuentra a la espera de perfeccionamiento con pasos ulteriores de dar o hacer recíprocamente exigibles.

propiedad del bien. En los bienes inmuebles la transferencia se obtendrá mediante la celebración de un contrato de compraventa que cree a cargo del vendedor una obligación pura de transferir la, propiedad del bien, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil, según el cual la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de el, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Perfeccionamiento constitutivo[57] y perfeccionamiento complementario[58]:

Pienso que el problema, y también su solución, se encuentran en el sistema del titulo y el modo adoptado por el derecho contractual peruano. En virtud de este sistema la transferencia por compraventa de la propiedad de un bien requiere de una causa remota (titulo) que esta constituida por el contrato consensual de compraventa (perfeccionamiento en virtud de los artículos 1351 y 1373) por el cual el vendedor de obliga a transferir al comprador la plena propiedad del bien; y una causa (modo) destinada a cumplir esa obligación.

En el caso de bienes inmuebles, la causa próxima de la adquisición de la propiedad es la aplicación de articulo 949 del Código Civil, que hace al comprador (como acreedor de la obligación de que se le transfiera la propiedad del bien) propietario de el. Sin embargo, en este caso, la transferencia de la propiedad no lleva incluida la posesión del bien, por lo cual para que el comprador goce del pleno dominio del bien, incluida la posesión, se requiere su entrega.

Para evitar cualquier mal entendimiento debe recordarse que el ***perfeccionamiento constitutivo*** es para la celebración del contrato y que el ***perfeccionamiento complementario*** es para la transferencia de la propiedad del bien.

---

[57] DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. Cit. "El verbo **"perfeccionar"** es entendido como celebrar y también concluir. Esta interpretación coincide con la tercera apreciación de la palabra "perfeccionar" dada por el diccionario de la lengua española, según el cual significa "completar los requisitos para que un acto civil, especialmente un contrato, tenga plena fuerza jurídica". En efecto, tanto en el caso del articulo 1352 como en el del articulo 1373 se quiere expresar que el cumplimiento de cada uno de los requisitos contemplados en ellos esto es la existencia del consentimiento, en el caso del artículo 1352, y el conocimiento de la aceptación por parte del oferente, en el caso del articulo 1373 –d lugar a la existencia del contrato, esto es a su vez celebración. Podemos decir que se trata de un **perfeccionamiento constitutivo.**

[58] Ibidem. "Se trata, pues de dos supuestos distintos. En el caso del artículo 1549, a diferencia de los artículos 1352 y 1373, existe un vínculo precedente que determina que una persona tenga la calidad de vendedor -que se adquiere en virtud de un previo contrato de compraventa -y que tal persona tenga como obligación esencial inherente a tal calidad que perfeccionar la transferencia de la propiedad para que produzca sus efectos propios. En este caso el sentido de la palabra "perfeccionar" corresponde más bien a la primera acepción de ella según el diccionario de la lengua española, o se "acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o excelencia". Podemos decir que se trata de un **perfeccionamiento complementario.**

A fin de que opere el ***perfeccionamiento complementario*** tanto en el caso de bienes muebles como de inmuebles, se requiere que previamente se haya producido el ***perfeccionamiento constitutivo*** de producido el ***perfeccionamiento constitutivo*** del respectivo contrato de compraventa, que crear la obligación del vendedor de transferir al comprador la propiedad del bien. Solo cuando se haya celebrado el contrato de compraventa podrá efectuarse el ***perfeccionamiento complementario*** de la transferencia del bien mediante la entrega del mismo, que en el caso de bien mueble tendrá como efecto la transferencia de la plena propiedad, y en el caso de bien inmueble la adquisición de la posesión.

h) POSICIÓN DE FELIPE OSTERLING PARODI Y MARIO CASTILLO FREYRE.-

Para los profesores *OSTERLING y CASTILLO*, consideran que el simple acuerdo de voluntades produce el efecto transmitido, y aceptan la teoría del titulo y modo.

Para los mencionados profesores no es el contrato sino más bien la obligación de enajenar creada por el mismo la que en definitiva provoca la transferencia de la propiedad inmueble. A continuación mencionaremos las ideas más importantes sobre su posición (en la cual coinciden con el Dr. De la Puente y Lavalle) expresado en un ensayo jurídico[59]:

El contrato en general, como categoría abstracta, tiene por objeto crear obligaciones, y el contrato de compraventa, en particular, crea la obligación de transferir la propiedad de un bien, así no puede concebirse la celebración de un contrato cuyo fruto no sea una obligación, porque seria algo contrario a la naturaleza misma del contrato.

Por eso –según De la Puente–, la función del contrato de compraventa es crear la obligación de transferir la propiedad de un bien y la función del artículo 949 es otorgar a esa obligación, tratándose de bienes inmuebles determinados, el efecto de hacer al comprador propietario. El titulo y el modo, requiere indispensablemente la conjunción de un acuerdo de voluntades orientado a transferir la propiedad y de un medio que permita lograrlo. Expresa que esto es posible otorgando al titulo el carácter de causa remota de la transferencia y al modo el carácter de causa próxima de la misma.

[59] OSTERLING PARODI, Felipe- CASTILLO FREYRE, Mario. *La transferencia de Propiedad en el Perú*, En: Ius Et Praxis, Universidad de Lima, Nº 30, 1999. pp.163.

i) POSICIÓN DE JORGE AVENDAÑO VALDEZ[60].-

El doctor *AVENDAÑO*, diferencia el titulo y el modo, el titulo es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, en definitiva, el contrato. El titulo se presenta en el nivel obligacional y contractual, que es eminentemente privado. El modo es el hecho determinante que produce la traslación, aunque es consecuencia del titulo[61].

La inscripción no es constitutiva de derecho sino simplemente declarativa, la transferencia de propiedad[62] no se produce en dos momentos. No hay pues como en el derecho alemán, suizo, austriaco y de varios países de Europa, principalmente del centro de Europa, dos momentos: el titulo y el modo. El titulo es el acto jurídico, el acuerdo de voluntades, es el contrato en definitiva; y el modo es un hecho que, en materia inmobiliaria, es la inscripción. *El momento de la transferencia en nuestro sistema es solo uno.*

Ocurre con el titulo porque la sola obligación de dar un inmueble determinado hace el acreedor propietario de el. De manera que basta el acuerdo de voluntades para que la transferencia de propiedad se entienda producida. El modo no es la inscripción porque esta no es un elemento esencial, no es un elemento constitutivo. No podemos decir, sin embargo, que la inscripción no "quita no pone". Si pone en lo que a los terceros se refiere.

Pero para que quede perfeccionada la transferencia de la propiedad, la inscripción no es necesaria. La transferencia puede quedar perfectamente convalidad y ser plenamente eficaz entre las partes por el solo merito del consentimiento. No hay titulo y modo, hay titulo y punto.

El modo (la inscripción) no surte efecto desde el punto de vista de la transferencia del derecho real, sino tan solo protege a los terceros en los términos del artículo 2014 del Código Civil. Para el Dr. *AVENDAÑO*, solo el principio consensualistico (el contrato) es quien se produce la transferencia de propiedad inmuebles, *no mencionando a la obligación de enajenar.*

---

[60] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *El Derecho de Propiedad, El sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil*, En: Folio Real, Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial, Año I Nº 2, Agosto 2000, Palestra Editores, pp.101-106.

[61] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *"Clasificación de los Bienes y transferencia de propiedad"* citado por: GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Jurista Editores, Lima-2002, pp. 295.

[62] La propuesta del profesor AVENDAÑO en la Comisión revisora del Código Civil es la siguiente: el nuevo criterio es, pues, bienes registrados y no registrados, estableciendo que los bienes registrados se transfieren con titulo y registro obligatorio (modo), con lo cual estamos atribuyendo efectos constitutivos al registro, no solo al de la propiedad inmueble, sino a todos los registros, entonces habrá titulo y modo cuando se trate de la transferencia de bienes registrados y de bienes no registrados. En ambos casos el titulo es el contrato, el modo en los bienes registrados es el registro y en los no registrados es la tradición.

j) POSICIÓN DE GUNTHER GONZÁLES BARRON[63].-

El profesor Gonzáles nos ofrece algunas notas distintivas correspondientes a nuestro sistema de transferencia de propiedad en bienes inmuebles:

i) Se adopta el principio **consensualístico**, propio de los sistemas jurídicos francés e italiano. Sin embargo, este principio se halla moralizado o corregido por la introducción del registro y los efectos de la inscripción.

ii) La transferencia de propiedad (o de cualquier otro derecho real) opera en virtud de un contrato traslativo, por lo que se trata de un sistema **causalista,** en donde no es necesario un *"modo"* específico de adquisición.

iii) No existe una independiente *"obligación de enajenar"* (art. 949 C.C.) en cambio, desde una perspectiva teleologica y sistemática, si es posible hablar de una "obligación de dar en propiedad" como obligación esencial del vendedor en todo contrato de compraventa. En este sentido debe entenderse el artículo 1529 del código.

iv) La obligación esencial del vendedor es compleja y unitaria, consistente en hacer propietario y entregar la cosa al comprador.

v) el momento exacto de la transferencia de propiedad es una cuestión de política jurídica. El legislador puede hacer coincidir ese momento con la consumación de la *"obligación de dar en propiedad"*, esto es, con la tradición; o también puede preferir un momento distinto a cualquiera de los dos anteriores (la inscripción). Si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera antes de la tradición (principio consensual), el comprador ya es propietario, y el vendedor solo se encuentra obligado a entregar la cosa. En cambio si el legislador opta por establecer que la propiedad se transfiera después, o con independencia, de la tradición (principio de inscripción constitutiva), el comprador no es propietario aunque ya exista tradición.

k) NUESTRA POSICIÓN.-

Nuestro Código Civil, abandono el sistema de transmisión inmueble del derecho romano del titulo (el consentimiento) y modo (la tradición o entrega), ha optado por elegir (fiel a la tradición que existe en nuestra legislación civil por la escuela exegética) como sistema de transferencia de propiedad inmueble (art. 949) el sistema espiritualista o francés y para la transferencia de la propiedad de bienes muebles (art. 947) se mantiene *la traditio* como modo.

[63] GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario* Ob. Cit. pp. 641

Para el sistema espiritualista o consensual (lo cual consta en la Tendencia Jurisprudencial Peruana[64]) de transmitir la propiedad inmueble, la sola obligación es el que produce el efecto traslativo del dominio de la propiedad.

La transferencia espiritual se produce por el acto jurídico, es decir el simple acuerdo de voluntades y el consentimiento de las sujetos de derecho, este sistema espiritualista se encuentra inspirado en el individualismo propagado por la revolución francesa, es decir no se requiere la tradición, es decir la entrega, el mero consentimiento hace propietario al acreedor de la obligación, de entregar la propiedad. La obligación de entregar la cosa en propiedad se perfecciona automáticamente, de lo cual se deduce que el acuerdo de voluntades hace consumar la entrega a través de un mecanismo de tradición espiritualista, no es necesaria la entrega física, la entrega se perfecciona con el consentimiento.

El contrato de transferencia de propiedad inmobiliaria, es el único titulo que transmite la propiedad, es decir el contrato es la causa jurídica directa e inmediata de la transferencia de la propiedad inmueble. El contrato es la causa de transferencia de la propiedad inmueble, lo cual es susceptible de dos efectos *una obligacional y otro efecto real.*

Los efectos del contrato de compraventa, es un contrato consensual, que se perfecciona con el simple consentimiento, que en la mayoría de los casos tiene efectos obligatorios, es también susceptible de producir efectos reales.

Al confundirse titulo y modo, el contrato es, al mismo tiempo, el fundamento del traspaso de la propiedad y el medio de adquisición de ella; el contrato transfiere sin más, el derecho; este es un contrato con efectos reales, a diferencia de los contratos obligatorios, y la eficacia traslativa y constitutiva de tal contrato es plena[65].

MESSINEO critica al sistema consensual: el principio de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, es el fruto de un

[64] Cas. 597-96-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 3/05/98. pp. 855 "conforme al articulo 949 del Código Civil la sola obligación de transferir un bien inmueble hace al acreedor propietario del bien, por lo que si se demuestra que se constituyo dicha obligación se presume que ha operado la transferencia de dominio. Asimismo, por el incumplimiento en el pago no se puede extraer que la obligación no existió".
- R. 219-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, Vol. VI, pp. 257 "La transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extraregistralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace en este caso del contrato de compraventa, asimismo, no es menos cierto que dicho acto jurídico debe merecer fe respecto a la fecha de su celebración, a fin de determinar la calidad de propios o conyugales de los bienes adquiridos".
- R. 101-98-ORLC/TR; Jurisprudencia Registral. Año III, Vol. VI, pp. 312 "El código Civil ha adoptado el sistema espiritualista francés, por el cual la sola voluntad de las partes, contenida en el acto jurídico creador de la relación obligatoria, resulta suficiente para producir un efecto traslativo de propiedad. La transferencia espiritual se produce en este caso, por efecto directo del acto jurídico por el cual se asume la obligación de enajenar un bien inmueble determinado y no requiere de la traditio material ni la inscripción como en el derecho germano".
[65] MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. pp. 331.

error sobre la naturaleza del derecho real y de la relación obligatoria, ya que para los derechos reales basta la voluntad de las partes para crear el vinculo jurídico, no siendo así para los derechos reales puesto que son de otra naturaleza, ya que al ser de carácter absoluto puede hacerse valer contra todos, por lo que la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento contradice la naturaleza del derecho real[66].

Lo que ocurre en cualquier caso en que el efecto real no se puede producir como consecuencia inmediata de la celebración del contrato, se tiene un efecto real diferido que depende, respectivamente de la adquisición del bien ajeno por parte del enajenante, o de la existencia del bien, o del pago total del precio; en estos casos, surge una obligación que si bien no tiene por finalidad producir la transferencia de la propiedad, permite garantizar al adquiriente la actuación del efecto real que no opero al momento de la celebración del contrato.

Compartimos la posición del doctor *FORNO*, los contratos en virtud de los cuales se enajena un inmueble determinado no producen en forma directa la atribución del derecho de propiedad sobre el mismo, sino que solo crean la obligación de enajenarlo, de modo que la transferencia y la adquisición correlativa del derecho se producen como efecto de la obligación y no del contrato.

"en una primera etapa el contrato (titulo) hace nacer la obligación que pesa sobre el dueño, de transmitir al adquiriente el derecho de dominio sobre la cosa. En esa etapa, encontrándose vinculados al deudor y al acreedor (el viejo dueño y el futuro dueño) por una relación obligacional. Se presenta, luego, una segunda etapa que también es causal, y que se materializa con el cumplimiento de la prestación por el deudor (el viejo dueño), entregando la cosa al acreedor. En este instante se extingue la relación obligacional, y queda transferida la propiedad a través de la tradición.

Para que el efecto real, este en, la transferencia de propiedad con la sola perfección del contrato en si, es necesario que el objeto sea cierto, actual y de propiedad del vendedor, o por lo menos este se encuentre autorizado para disponer. En cambio, se da un efecto meramente obligatorio –y se aplaza la transferencia de propiedad (efecto real diferido) –cuando se trata de ventas sobre bienes genéricos (falta la especificación o individualización del bien), o sobre bienes futuros (no se puede transmitir la propiedad de un objeto que no existe), o sobre bienes ajenos (falta el poder de disposición del vendedor), o sobre contratos sujetos a condición suspensiva o con reserva de dominio. Todas estas disposiciones de efecto real diferido o aplazado (compraventa meramente "obligatoria") son todas

[66] MESSINEO, Francesco. Ob. Cit. pp. 332.

admisibles en el derecho peruano, ya sea por disposición expresa del artículo 949 o por vía interpretativa[67].

En el derecho francés e italiano se reconoce la existencia de compraventa con efecto real aplazado o diferido, lo cual significa que, también, en estos sistemas se pueden encontrar acreedores del dominio.

Dentro de este supuesto entendemos a la venta de cosa futura, la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena, la venta con efecto traslativo a termino, la venta con reserva de dominio, el contrato preliminar de compraventa, etc.… en todos estos casos lo que existe es una *obligación de dar en propiedad* por parte del vendedor; con lo cual este asume un compromiso contractual complejo, que no se agota en el mero traspaso posesorio, sino que se integra el efecto real querido, y que puede ser al especificación de la cosa, o la adquisición de la cosa por aporte del vendedor, entre otros presupuestos que permitan la transferencia de propiedad.

7. LA IMPERFECCION DEL ARTÍCULO 949 y LA INSCRIPCION EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 1135.-

Creemos que el sistema consensualista peruano, amparado en el artículo 949, no es perfecto y que no brinda una garantía y certidumbre jurídica a los potenciales adquirientes de propiedad inmueble, cuando la mencionada norma *"nos indica que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"*, consideramos como pacto en contrario los artículos 1583 (Compraventa con reserva de propiedad) y el articulo 1585 (pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta) del código civil.

El problema surge cuando existen dos o mas personas que intervienen en la adquisición del la propiedad inmueble, conocido en nuestro ordenamiento como concurso de acreedores y en la doctrina como la *"doble venta",* evidenciado en el articulo 1135[68].

---

[67] BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*, Tomo IV. pp. 7-13, citado por GONZALES BARRON, Gunther, *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, pp. 311.

[68] "Conforme al articulo 1135 del Código Civil, cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere el acreedor de buena fe cuyo titulo, ha sido primeramente inscrito" Exp. 573-95-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, Hinostroza Minguez, Alberto, "Jurisprudencia Civil", tomo IV, pp. 519.

- Cas. 672-97-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema, El Peruano, 15/10/98, pp. 1930 "el articulo 1135 del Código Civil se refiere a la prelación que tienen los acreedores a quienes un mismo deudor se obligo a entregar un bien inmueble, que podría ser el caso de varias ventas de un mismo bien a favor de distintas personas, u otros contratos que generen obligación de entregar un bien inmueble, como los derechos reales de usufructo, habitación, superficie o anticresis".

Si hay dos acreedores respecto del mismo bien y el segundo de estos inscribe, es preferido respecto del primero. Es decir, es el propietario del bien. ¿Produce en este caso efectos constitutivos la inscripción registral? La repuesta es que ella sola no produce tal efecto porque a ella debe sumarse la buena fe. Si están presentes ambas, la protección es total, lo cual significa que el amparo registral al tercero tiene finalmente un efecto constitutivo del derecho. Pero el sistema es doble y confuso porque hay norma expresa que dice que el solo consenso es suficiente para producir la transferencia. Si esto es así, ¿no es cierto que el enajenante agote su derecho con la primera enajenación? ¿Qué derecho transmitió entonces cuando otorgo la segunda Transferencia?[69].

El artículo 949 (*desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros*) y , no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad toda poderosa hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble, del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema; pero que pasaría que si el vendedor, efectúa una segunda venta de la propiedad inmueble a un tercero, con lo cual estaríamos ante dos actos jurídicos que tiene como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, claro que se podría aplicar el principio de buena fe registral, para favorecer al tercero de buena fe que no tuvo conocimiento de la venta. El primer comprador solo aplico el principio consensual "el solo contrato te hace propietario" y no le exigieron de que el titulo tenia que ser inscrito, para poder oponer y excluir su derecho *(de que sirve una propiedad sino no puede ser excluida a todos los terceros)* por lo tanto se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquiriente de un bien, razón por a cual el legislador al brindar la enfermedad (articulo 949) trata de brindar la cura (articulo 1135) por el cual ante la presencia de dos títulos, se prefiera al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro.

Volviendo a la doble venta, si aplicamos el principio consensualista diríamos que el primer contrato es el que tiene eficacia jurídica, por ser el primero en celebrarse en el tiempo, y segundo por el principio de buena fe contractual, fieles al estricto cumplimiento del artículo 949, por virtud del mero contrato de las partes se transfiere la propiedad inmueble, hasta este punto no existen problemas; pero que pasaría como sucede en la realidad, el vendedor decide celebrar un segundo contrato con otra persona por la venta de la misma propiedad inmueble, y este decide inscribir su titulo en el registro, estaríamos desamparando al primer comprador que solo cumplió con lo amparado en el articulo 949, en celebrar un simple contrato con lo cual era el único propietario

---

- Si dos o mas personas alegan tener derechos reales sobre un determinado inmueble, es preciso que el derecho que se opone este inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone y, en defecto de la inscripción, tiene preferencia aquel que ostente titulo de fecha anterior, siempre que este ultimo conste de documento de fecha cierta mas antigua. (Exp. 173-94-Lima, Ledesma Narváez, Marianella. Ejecutorias Supremas Civiles. (1993-1996) pp. 494.

[69] AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Clasificación de los bienes y transferencia de propiedad*. pp. 169-171. citado GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Inmobiliario*. pp. 295-296.

del inmueble, el articulo 1135[70] reconoce la necesidad de inscribir el titulo de adquisición del derecho de propiedad inmueble.

"se trata dar una clara excepción del artículo 949 del código civil en donde triunfa el principio de la inscripción (que excepcionalmente tiene carácter constitutivo), aunque ello no pueda se explicado satisfactoriamente por la doctrina francesa referida a que existen dos propiedades, una relativa entre las partes y otra absoluta frente a todos los terceros, ya que en ese caso el "propietario relativo" no podría siquiera desalojar a un precario o exhibir su titulo ante la administración[71]".

Creemos que se logra la exclusión de la propiedad absoluta y perfecta con la aplicación del artículo 1135[72], lo cual no se logra con la aplicación solitaria del articulo 949, para una brindar garantía y certeza de la transferencia de la propiedad inmueble, es necesario interpretar, relacionar y aplicar en forma conjunta los *artículos 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.*

8. DESVENTAJAS DEL SISTEMA CONSENSUAL.-

El sistema consensual inspirado por el principio individualista de la revolución francesa expresado en el código de napoleón, con las ventajas teóricas, entre las cuáles ubicamos *la facilitación de los intercambios, la rápida circulación de la riqueza y protección del comprador, no son suficientes para ofrecer el sistema mas eficaz y seguro en la transferencia de la propiedad inmueble.* La situación del potencial adquiriente (comprador) sufre una situación de desventaja o dificultades para poder determinar quien es el propietario de un bien, y cuales son las cargas (hipoteca, anticresis) que le afectan, existiendo algunas desventajas del sistema consensual:

a) No se puede determinar con seguridad quien es el propietario de un inmueble, ni las cargas que le afectan. Con respecto al primer problema (la propiedad), el potencial comprador puede recurrir al estudio de los títulos del vendedor (y de los precedentes), pero siempre existe la dificultad de la *"prueba diabólica".* Para ello se requiere comprobar la posesión del vendedor por el termino de la usucapión, empero, es difícil verificar el estado posesorio por un largo periodo del tiempo, y aun cuando se utilice presunciones, estas

[70] GONZALES BARRON, Gunther. *Curso de Derechos Reales* pp. 332. "aquel configurado por dos o mas contratos de compraventa, validos y aun eficaces, cuyos cumplimientos en forma especifica son de todo punto incompatibles, y celebrados, sobre la misma cosa o derecho, por el mismo vendedor que, por lo menos en relación con uno de ellos, era el titular de aquella cosa o derecho doblemente vendido, con independencia de que alguno de los compradores haya o no recibido la entrega real o ficta. En esta forma mas genérica –y aplicable a nuestro articulo 1135, se puede decir que se trata del conflicto entre dos (o mas) títulos adquisitivos validos otorgados por la misma persona y sobre el mismo bien inmueble, siendo que dicha pugna de intereses debe ser zanjada claramente por la ley, en tanto, no es posible admitir que en un solo bien pueda ser entregado a distintas personas que arguyen títulos incompatibles sobre el".

[71] GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Ob. Cit., pp. 333.

[72] CAS. Nº 2409-98-CALLAO, enero 2000 "El derecho de propiedad debe concebirse como un derecho absoluto y exclusivo, siendo así no deben haber dos titularidades contrapuestas. Habiéndose presentado instrumentos jurídicos en los que consta el derecho de propiedad de ambas partes, era menester recurrir a supuestos normativos sobre concurrencia de acreedores como es el caso del art. 1135 del C.C. sobre prioridad registral".

siempre admiten prueba en contrario. Con respecto al segundo problema (las cargas), este si es insoluble, ya que muchas cargas que afectan la propiedad territorial (por ejemplo: las hipotecas) no tienen exteriorización posesoria, y por ello, en estos casos, es imprescindible contar con algún sistema publicitario que se constituya en una excepción del principio consensualista.

b) Por otro lado, inclusive en el caso de que haya de que el vendedor exhiba títulos legítimos, es posible que este haya enajenado el inmueble con anterioridad, siendo que el nuevo comprador desconozca la existencia del contrato precedente. En un sistema consensualista estricto, sin publicidad alguna, se presenta el grave problema de la doble venta.

c) Aun en el caso de que el vendedor exhiba títulos de propiedad legítimos y no se produzca una doble venta, es posible que alguna de las enajenaciones anteriores en la cadena de transmisiones sea anulada o resuelta, con la consiguiente inseguridad para el último adquiriente.

d) Si las transmisiones operan con el solo consentimiento (sin publicidad), existe la posibilidad que algún tercero pretenda la reivindicación del inmueble, ya sea por tener mejor derecho de propiedad (haber adquirido del verdadero propietario) o por invocar a su favor la usucapión[73].

8.1.1. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN EN EL SISTEMA DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIO.-

En nuestra patria, la puesta en practica, por ejemplo, del sistema registral constitutivo de transferencia de la propiedad inmueble, como modo de transmisión del dominio inmobiliario, dado el nivel socioeconómico y cultural de las grandes mayorías nacionales y la imposibilidad de extender el registro inmobiliario a todos los confines de la patria, pese a significar el sistema mas perfecto de seguridad jurídica individual imaginable incrementaría los costos de transacción a un nivel inaceptable, paralizando las transacciones jurídicas.

Un sistema de mero consenso reduce los costos de transacción, porque no requiere notario, no requiere de inscripciones, no requiere registros, lo que hace mas "barato" contratar[74]. Esta posición concuerda con la opinión del maestro *LEON BARANDIARAN*, por lo cual indica que la imperfección de los Registros Públicos, lo que hacia inviable el régimen constitutivo de la inscripción, considerando la deficiente organización administrativa, la falta de catastro y titulo idóneos que no existen en todas las regiones, "sin notario, sin abogados, sin clima propicio para imponer el requisito de la inscripción con carácter de ineluctable obligatoriedad[75].

[73] GONZALES BARRON, Gunther. *Curso de Derechos Reales*, Ob. Cit. pp. 594.
[74] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp.149-163.
[75] LEON BARANDIARAN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, Vol. I. Lima, WG Editor, pp. 345.

Compartimos plenamente la opinión del profesor *BULLARD*, "definitivamente lo que plantea *FERNANDEZ CRUZ* elimina ciertos costos. El problema es que genera otros costos, como consecuencia de aliviar los primeros. Básicamente se genera el costo de la incertidumbre. Es decir, como uno no sabe si quien le vende es efectivamente el propietario, probablemente no le compre o el compre mas barato. Basta simplemente con ver el precio en que se vende un inmueble no registrado con respecto a otro registrado para descubrir que la seguridad tiene un valor adicional por el cual nosotros pagamos, y que la propiedad vale menos como consecuencia de esta incertidumbre. La incertidumbre de saber si compro o no compro un bien hace que se celebren menos contratos, que haya menos circulación de riqueza y menor dinamismo, impidiendo la maximación de las operaciones y transferencias[76].

Es necesario indicar que en una economía de mercado los costos de transacción tienden a reducirse, brindando seguridad y garantía de los actos de transferencia de propiedad inmueble, la incertidumbre es el factor que no logra lo ideal para el análisis económico del derecho, que según *POSNER*[77] "a fin de facilitar la transferencia de recursos, de los usos menos valiosos a los mas valiosos, en principio de la ley debería hacer que los derechos de propiedad sean libremente transferibles", agregamos que esta libertad de disposición de los bienes en las transferencias inmuebles deberán de estar dotadas de mínimas garantías que puedan otorgar la certeza de que la propiedad susceptible de enajenación corresponda al vendedor y que la propiedad brinde la garantía de exclusión total y oponibilidad frente a los terceros.

Creemos que el costo de transacción mas alto es para el mercado (transferencia inmobiliaria) seria el del principio de la desconfianza "una persona que tuvo la nefasta experiencia de comprar un inmueble por el solo contrato, que después se entero de que el mismo bien comprado por el fue vendido a una segunda persona quien si cumplió con inscribir el titulo al registro, no volverá a confiar o en el peor de los casos por un buen tiempo no intentara comprar algún bien raíz. Es justo que el primer comprador quede sin ningún derecho alguno frente al tercero, que si inscribió su titulo en el registro, es posible que el perfecto sistema consensual deje sin derecho a la persona que solo cumplió con le principio del articulo 949, por el cual el solo contrato hace propietario del bien inmueble.

9. LA SOCIEDAD AGRARIA Y EL CRECIMIENTO DE LAS CIUDADES.-

La sociedad peruana en 1936, en el mismo año que entro en vigencia el código civil de 1936, el sector agrario representaba la primera fuente de ingresos

[76] BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Ob. Cit. pp. 146
[77] POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México-1998., pp. 78-79.

nacionales, la población económicamente activa, se encontraba residiendo en el campo.

Durante el transcurso del siglo XX las sociedades han sufrido un incontrolable fenómeno de urbanización, esto es, la población ha pasado a ocupar preponderantemente las urbes, abandonando progresivamente el campo. Esta realidad social tiene un carácter prácticamente universal y también se ha presentado dramáticamente en nuestro país.

De acuerdo con el censo del año 1940, el 17% de la población total del Perú vivía en ciudades de mas de 20, 000 habitantes, mientras que a fines de la década de los sesenta, el 65% de dicha población ya era urbana (JOSE MATOS MAR-Desborde Popular y Crisis del Estado).

Estos grupos humanos que buscaban asentarse en las principales ciudades del país se encontraron prácticamente fuera del círculo económico, del mercado y de la legalidad vigente. Y para ello crearon su propia legalidad.

Lo cual ha motivado a que el poblador urbano tome la posesión del suelo mediante el *"contrato de invasión",* o por medio de compraventas dudosas que amparen la tenencia del predio rustico.

No compartimos lo expresado por el profesor, *FERNANDEZ GRUZ* "la realidad concreta del Perú contemporáneo, en nuestro concepto, tanto por su problema estructural del Estado-Nación (problema de orden sociopolítico), pero mas aun por su *economía preponderantemente rural y agraria*, motivando su posición en que la selección del consenso como mecanismo adecuado a nuestra realidad para regular la transmisión inmobiliaria, sin perjuicio de que en las zonas urbanas pueda ya implementarse un registro constitutivo de la propiedad, sobre la base de un adecuado plano registral[78].

En las últimas décadas se aprecia un intenso crecimiento de las ciudades del país, originando diversos problemas típicos de los crecimientos urbanos informales o desodorantes: como la especulación de la tierra, el encarecimiento de la vivienda, la tugurizacion particularmente en los asentamientos humanos, degradación del medio ambiente, etc.; de modo que el Perú se ha transformado de un país de predominio poblacional rural a uno fundamentalmente urbano.

En 1940 la población urbana solo representaba el 27 % de la población total actual, en 1993 ya superaba el 70% y se estima que para el año 2005 será de un aproximado de 80%, realidad que nos impide a afrontar el problema ya, como un reto nacional y no únicamente capitalino.

Compartimos lo expuesto por *HERNANDO DE SOTO* "que la representación tangible de un activo (titulo de propiedad) constituye un valor excedente a sus cualidades físicas y que de esta forma se genera el capital en países

[78] FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Ob. Cit. pp. 172.

desarrollados (En occidente, por ejemplo, los inmuebles formales en su mayoría son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión bajo la figura de intercambio de activos por inversión; de esta manera generando una economía, de un capital pasivo a un capital activo que dinamiza las diferentes transacciones.

Por lo anteriormente expuesto y fundamentalmente por la migración del campo a la cuidad de las personas, nuestra sociedad dejo de depender de una economía rural y agraria, las peruanos que residían en zonas rurales decidieron emigrar a las importantes y extensas ciudades del país, encontramos un estado y realidad social diferente en el momento que se promulgo el código civil de 1984.

Creemos que en momentos actuales de escasez de recursos y escasez de capital, el Estado debe facilitar y brindar las garantías jurídicas y económicas, en efectos que los peruanos protejan su derecho de propiedad inmueble; El derecho a la propiedad es un derecho fundamental de toda persona, y como tal, el estado debería de perfeccionar los mecanismos de protección y garantía en el sistema de transferencia de propiedad inmueble en el Perú. Es necesario modificar el artículo 949, y establecer un sistema constitutivo donde la inscripción en los registros públicos constituya el modo del que una persona se hace propietaria y que un simple contrato *"secreto"* no sea el medio idóneo en la transferencia de la propiedad inmueble, en la actualidad entre los peruanos el *"principio de la desconfianza"* (*no se si la propiedad que deseo adquirir contiene algún gravamen, si fue enajenada con anterioridad o si el que me enajena es el verdadero propietario*) es el que rigen nuestro país, por la *"criollada"* de los contratantes; en la celebración de los diferentes transacciones.

La propiedad es el derecho real más perfecto por excelencia, es un derecho fundamental, columna vertebral del derecho civil patrimonial; por los motivos anteriores mencionados, es necesario revestir de garantías, seguridad y certeza, a las diferentes transacciones inmobiliarias, es necesario en la actualidad que la transferencia de la propiedad inmueble en el Perú, se ejecute mediante la inscripción del Titulo en los Registros Públicos.

10. CONCLUSIONES.-

1) El artículo 949 del Código Civil, se evidencia el problema de la falta en publicidad de la adquisición del bien inmueble frente a terceros.
2) El sistema peruano de transferencia de propiedad inmueble respalda la propiedad relativa, pues no permite excluir a todos, toda transmisión de propiedad debe estar dotado de seguridad jurídica en sus operaciones, favoreciendo la dinámica circulación de los bienes inmuebles.
3) La inscripción declarativa en merito del articulo 1135, otorga la garantía y seguridad jurídica que no brinda el articulo 949, constituyendo una excepción y reconociendo la importancia de la inscripción del titulo en el registro.
4) El artículo 1135 en cierta forma otorga a la inscripción, la calidad de modo excepcional de adquirir la propiedad inmobiliaria.

5) En la concurrencia de acreedores de propiedad inmueble, se evidencia el principio *"Quien inscribe primero es propietario"*, es la opción más recomendable y practicada en la realidad.
6) En toda transferencia de propiedad inmueble, es necesario interpretar y relacionar el artículo 949 del Código Civil, con otras normas que brindaran una serie de garantías y corregirá los defectos que pudiera acarrear la solitaria aplicación del artículo 949, considerando los siguientes artículos: *1135, 2012, 2013, 2014, 2016 y 2022 del Código Civil.*

UNIDAD IV: LA EFICACIA DE LOS ACTOS DE DISPOSICION DE LOS BIENES GANANCIALES POR UNO DE LOS CONYUGES: EL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL

- **GONZALES BARRON, GUNTHER. “Venta por un solo cónyuge del bien social y otras hipótesis similares: propuestas de solución”.**

VENTA POR UN SOLO CÓNYUGE DEL BIEN SOCIAL Y OTRAS HIPÓTESIS SIMILARES: PROPUESTA DE SOLUCIÓN

Gunther Hernán Gonzales Barrón
Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV y UNMSM. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Estudios en curso en el Máster Universitario en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla La Mancha. Actualmente es Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima.

SUMARIO: I. Hipótesis problemática, pero en dos planos. II. ¿Cuál es el problema general? ¿Falta de validez, falta de legitimidad o falta de poder de disposición? III. ¿Cuál es el remedio idóneo para el propietario no-contratante? La tutela de naturaleza real. IV. ¿Cuáles son las ventajas de la tutela de naturaleza real? V. ¿Existe la tutela contractual de inoponibilidad de contrato para el propietario no contratante? VI. ¿El Código Civil Alemán ayuda? VII. ¿Y cómo queda la supuesta ratificación del cónyuge o copropietario que quiere adherirse al negocio dispositivo? VIII. ¿Qué remedio tiene el contratante perjudicado frente al contratante no titular? Conclusiones

I. HIPÓTESIS PROBLEMÁTICA, PERO EN DOS PLANOS

Los tribunales de justicia se enfrentan a diario con el problema surgido en torno del cónyuge que, por sí solo, celebra un negocio dispositivo sobre el íntegro bien social, con exclusión del otro cónyuge. Este caso se replica con el copropietario individual que vende el bien común, pero sin la autorización de los otros copropietarios.

En tales casos, la pregunta principal es: **¿qué mecanismo de tutela sustancial es adecuado para la protección de los cónyuges o condóminos no partícipes en el negocio jurídico?** En tal contexto, las demandas que se suceden hoy son de nulidad de contrato por falta de manifestación de voluntad[1], o por objeto física o jurídicamente imposible, o por

[1] El Tribunal Supremo Español tiene la misma duda, pues considera que si la disposición del bien común exige el consentimiento de todos los copropietarios, entonces la participación de solo algunos de ellos, hace que "falte el consentimiento contractual" de los otros. El error de tal postura ha sido denunciado por la doctrina más atenta, en cuanto la falta de todos los comuneros conlleva la falta del poder de disposición, y no la nulidad por ausencia de consentimiento, salvo que el vendedor haya actuado con la supuesta (e inexistente) anuencia de los otros, en cuyo caso sí habría invalidez: "Cuando un propietario vende un bien que no le pertenece en su totalidad y lo hace en nombre propio, lo que se produce es una falta de poder de disposición del transmitente, que *a fortiori* debe recibir igual respuesta que la venta de cosa ajena: su validez. El contrato subsiste como fuente de obligaciones, como, por ejemplo, la obligación de sanear en caso de evicción, que carecería de sentido de predicarse la nulidad del contrato. (…) La necesidad de consentimiento de todos los

contravención de norma imperativa; y, últimamente, también se aprecian, ya, demandas de ineficacia del contrato por "falta de legitimación". No obstante, debe admitirse que la solución judicial frecuente ha sido declarar la nulidad del contrato por contravención de la norma imperativa del art. 315 CC, en el caso de la disposición individual de cónyuge sobre bien social.

A resultas de este vaivén, hoy se discute si la demanda del propietario no-partícipe debe ser de nulidad o ineficacia. Ese es el estado de la cuestión.

Sin embargo, **hay un segundo plano que ha sido oscurecido por el anterior, y que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿qué pasa con el contratante perjudicado, muchas veces de buena fe, que tiene frente a sí al otro contratante no-titular? ¿qué remedio le toca dentro de la relación contractual?**

El primer plano es de orden externo, y pone la mirada en los remedios que tiene A, tercero ajeno frente al contrato de B-C, donde se pretende disponer de lo suyo. Aquí el centro de discusión está puesto en el propietario no-contratante.

El segundo plano es de orden interno, y pone la mirada en los remedios que tiene el comprador C frente a su vendedor B en relación a un bien que este no puede transmitir. Aquí la cuestión está puesta en el contratante.

II. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA GENERAL? ¿FALTA DE VALIDEZ, FALTA DE LEGITIMIDAD O FALTA DE PODER DE DISPOSICIÓN?

En los últimos tiempos ha ganado consenso la idea de que el negocio jurídico mantiene su validez, aunque aparezca un sujeto no-titular, pues, en buena cuenta, la estructura del negocio cuenta con sujetos, voluntad, causa, objeto, **por lo que subsiste como valor representativo de la autonomía privada de los contratantes, cualquiera que estos sean**[2]. Otra cosa es que pudiese faltar la necesaria relación entre el sujeto disponente y la titularidad, pero este es un problema diferente, funcional, ajeno a la validez genética.

Sobre el particular, se ha señalado, en contra de la tesis de nulidad contractual, que es necesario reconocer una categoría dogmática específica de ineficacia que comprenda las

---

comuneros no es sino fruto de la regla *nemo dat quod non habet*. Cosa distinta es que el comunero haya actuado en nombre de los demás, faltando el consentimiento de estos, supuesto que sí cabe reconducir a la nulidad ex art. 1259 CC (sentencia de 14 de octubre de 1991). El consentimiento exigido por el art. 1261 CC se refiere al que es parte en el contrato, por lo que hay que valorar en cada caso concreto si el comunero vendedor actuó en nombre propio o ajeno. En este último caso sí faltaría el consentimiento contractual: CUENA CASAS, Matilde. "Venta de cosa común y venta de cuota" (artículo aún inédito), pp. 6-7.

[2] "El poder de disposición del transmitente no es requisito de validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir (…) Es más, la venta de cosa ajena debe necesariamente ser válida 'por exigencias del sistema' en la medida en que otras instituciones solo cobran sentido precisamente si se predica su validez y eficacia. Tal es el caso de la usucapión ordinaria que opera como un modo de adquirir subsidiario de la tradición, es decir, en aquellos supuestos en los que esta no ha consumado una adquisición por falta de poder de disposición del *tradens*. La necesidad de que el justo título para la usucapión sea válido (arts. 1952 y 1953 CC), pone de relieve precisamente que el poder de disposición es un requisito ajeno al título": Ibíd., pp. 4-5.

siguientes hipótesis específicas: copropietario que realiza acto de disposición de todo el bien común (art. 978 CC), copropietario que arrienda todo el bien indiviso (art. 1669), cónyuge que hace disposición de bien social, sin intervención del otro (art. 315 CC), falso apoderado que pretende actuar por cuenta de otro (art. 161 CC)[3].

Para tales casos, plantea el concepto de "legitimidad"[4] en los siguientes términos: "La legitimidad es la capacidad para transferir efectos jurídicos o el poder de disposición del sujeto en relación con una determinada posición jurídica. La falta de legitimidad genera la inoponibilidad del contrato para el verdadero titular. De ahí que la legitimidad es un requisito de eficacia de los contratos"[5]. En tal sentido, el negocio celebrado por quien no cuenta con legitimidad para transferir un determinado derecho, es inoponible (ineficaz) frente al verdadero titular del interés. Por tal razón, Morales concluye: "dichos actos son válidos y eficaces para los contratantes, pero inoponibles para los copropietarios no intervinientes"[6].

En líneas generales, debe aceptarse como correcta la idea de que un no-titular carece de competencia para disponer de lo ajeno. Sobre eso no hay duda ni discusión. Por tanto, la llamada "falta de legitimidad en los contratos inoponibles" no es otra cosa que el nombre creativo de todas las hipótesis muy antiguas en las que una persona pretende disponer de lo ajeno, sea porque el derecho no le corresponde absolutamente, sea porque el derecho le corresponde solo parcialmente, pero no en la totalidad. En el Derecho romano ya se conocía el principio inderogable *nemo plus iuris*, por cuya virtud, nadie puede dar más derecho del que tiene. Aquí se contienen las hipótesis de actos dispositivos celebrados por no-titular, en cuyo caso, por supuesto, no se producía cambio alguno en el derecho perteneciente al otro[7].

---

[3] MORALES HERVIAS, Rómulo. "La falta de legitimidad en los contratos inoponibles". En *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Nº 230, Lima, enero 2013, pp. 13-16.

[4] En otra sede, empero, he cuestionado el uso del **término** "legitimidad para contratar", pues, en realidad, toda persona capaz tiene legitimidad para contratar con fines lícitos, que, por lo demás, constituye un derecho fundamental de la persona, que dimana de su dignidad y del ámbito de poder que se le atribuye a la persona por medio de una esfera propia, autónoma, en la que pueda realizar el libre desarrollo de la personalidad, pero que se expande de lo personal hacia lo patrimonial. En consecuencia, todos tenemos "legitimidad para contratar", por lo que este concepto debe ser reemplazado por el más antiguo y suficientemente explícito "poder de disposición". El sujeto que carece de poder de disposición (no es titular del derecho) no puede realizar o consumar una transmisión de tal derecho. Por lo demás, la polémica formal (terminológica), para mí, queda resuelta cuando el propio Rómulo Morales la pone en sus justos límites: "Además, como ya lo ha advertido alguna doctrina italiana el poder de disposición es la legitimidad para contratar" (Ibíd., p. 14, parte final de la nota a pie 1).

[5] Ibíd., pp. 13-14.

[6] Ibíd., p. 17.

[7] El poder de disposición está referido normalmente al titular del derecho, salvo los casos excepcionales en que la ley atribuye tal poder a terceros especialmente legitimados, específicamente a administradores legales, sin embargo, en ningún caso el vendedor de un bien ajeno tiene poder de disposición, ni siquiera si finalmente la transferencia se produce por efecto de las adquisiciones *a non domino*. **En contra, por ejemplo, se encuentra, la tesis de un autor atrapado en errores elementales**: "En efecto (sic), aun cuando dentro del patrimonio de un sujeto no se encuentre derecho alguno sobre el cual ejercer su poder de disposición, este igualmente puede ser ejercido respecto de derechos pertenecientes a otros sujetos" (NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Poderes de representación*, Gaceta Jurídica, Lima 2013, p. 95). **Esta "construcción dogmática" es inaudita**, pues lleva directamente a sostener que un estafador (que vende lo ajeno) "cuenta con poder de disposición", por tanto, no cometería acto ilícito alguno, pues, contaría con la autorización del ordenamiento jurídico para la disposición, y, en consecuencia, el delito quedaría diluido. En realidad, las

Tal vez la única particularidad moderna es que el centro de atención se pretende desviar hacia el "hecho causal – contrato" (inoponible), cuando en realidad el tema controvertido es el "efecto – disposición" (no producido). Creo preferible la última opción, esto es, que la cuestión se reubique en el efecto, y no en el hecho causal[8].

En cualquier caso, es obvio que el negocio es "ineficaz en cuanto a la disposición"[9], es decir, no produce el efecto pretendido por los contratantes, lo que se aprecia en la frustración del comprador que no logra hacerse titular, pero es eficaz *inter partes*, pues, el comprador puede actuar, por ejemplo, para requerir el saneamiento por evicción o la tutela extintiva mediante la resolución contractual.

Por tanto, el debate ha logrado identificar el problema, sea la falta de legitimidad, sea la ausencia de poder dispositivo. Sin embargo, falta discutir lo más importante: **¿cómo solucionar el problema?**

III. ¿CUÁL ES EL REMEDIO IDÓNEO PARA EL PROPIETARIO NO CONTRATANTE? LA TUTELA DE NATURALEZA REAL

---

adquisiciones *a non domino* **son reglas excepcionales que protegen solo al adquirente**, pero no al transmitente, por lo que este último sigue siendo un *non domino*. Lo contrario, "desplaza lo que solo es una protección del adquirente a la posición jurídica del transmitente" (PAU PEDRÓN, Antonio. "Esbozo de una teoría general de la oponibilidad". En Íd. *La Publicidad Registral*, CRPME, Madrid 2001, p. 329). Es más, por eso se le exige buena fe al adquirente, como criterio básico para sustentar su primacía frente al titular originario; por el contrario, si el transmitente fuese *verus dominus*, entonces, ¿qué importaría la condición subjetiva del adquirente? Por tanto, habría que preguntarle a Ninamancco, desde una perspectiva moral –que él desconoce, pues sus tesis son puramente dogmáticas, lo que por sí constituye una visión decadente del Derecho-, ¿por qué su "teoría" pretende legalizar a un estafador?; y desde una perspectiva jurídica, ¿por qué el adquirente necesita de buena fe si el transmitente cuenta con "poder de disposición"?

[8] En efecto, no me satisface el concepto "contrato inoponible", en vista que, en puridad, todos los contratos, como hecho jurídico, son inoponibles, esto es, solo vinculan a las partes y sus herederos (art. 1363 CC); por tanto, no puede producirse una especie de "ineficacia" (inoponibilidad), cuando en realidad esta es la consecuencia lógica de todo contrato. Por tal motivo, el adjetivo oponible/no oponible debe predicarse en relación con los derechos, por lo que es equívoco hacer esa traslación al hecho, que es la fuente generadora del derecho. La doctrina italiana reciente nos da la razón cuando sostiene que lo oponible son las posiciones (de derecho real) creadas por el contrato, y no el contrato mismo (ROPPO, Vincenzo. *El contrato*, traducción de Nélvar Carreteros Torres, a cuidado de Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 680).

[9] Prefiero esta aclaración semántica, pues decir que un negocio con tales características es simplemente "ineficaz", constituye un error técnico. En efecto, el negocio jurídico de disposición de bien ajeno es **válido y eficaz *inter partes***, entre los que lo celebraron, para quienes genera obligaciones y responsabilidades, pero obviamente no produce la transferencia del derecho. Eso ocurre en el Derecho español, italiano y hasta en el alemán. En efecto, "Por lo que concierne a la venta de cosa ajena, esta parece admitirse en el ordenamiento alemán siendo eficaz el contrato de compraventa. Si el vendedor no logra procurarse la propiedad de la cosa responderá ante el comprador reparándole el daño causado" (FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina. *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Editorial Reus, Madrid 2012, p. 146). Solo en el Derecho francés se prescribe la nulidad en los casos de venta de bien ajeno, sin embargo, la doctrina ha propugnado que tal norma es incompatible con el saneamiento de evicción, que presupone la validez del contrato para efectos que el comprador pueda demandar la indemnización contractual (¿cómo podría haber indemnización contractual si el contrato es nulo?); por tal motivo, la doctrina de ese país ha propuesto interpretar que la norma en el sentido que la venta de bien ajeno es válida, pero impugnable o anulable.

El profesor Rómulo Morales propone que el propietario no-contratante demande la "inoponibilidad de contrato" frente a los que contrataron sobre lo suyo, lo que produce las siguientes consecuencias:

> "El primero es el derecho de solicitar la inoponibilidad y el segundo es el derecho de formular la excepción de inoponibilidad del contrato celebrado entre el no titular del derecho y un tercero contractual. **Estos derechos tienen como consecuencia práctica que se declare que el contrato en mención es inoponible para el verdadero titular** o que se impida el ejercicio de un derecho mediante la excepción de inoponibilidad. En otros términos, la titularidad permanece incólume e inatacable"[10].

En buena cuenta, la citada propuesta se traduce en lo siguiente: el cónyuge A, no partícipe en el negocio celebrado por el otro cónyuge B a favor de C, puede interponer una demanda cuya finalidad es declarar que A sigue siendo propietario; lo que más o menos se fundamentaría de esta forma: "Señor Juez, yo soy A, pero en el contrato B-C se ha pretendido vender lo que es mío, pero yo no le he vendido, entonces el contrato B-C es inoponible para mí, por tanto, declare que yo sigo siendo el dueño".

La pregunta que surge es si tal pretensión es realmente contractual o real, pues, en puridad, basta leer el último pedido del actor en el párrafo anterior ("declare que yo sigo siendo el dueño"), para darse cuenta que en realidad se trata de una acción declarativa de dominio, encubierta bajo el indebido molde de una acción contractual de supuesta inoponibilidad.

La jurisprudencia se ha quebrado la cabeza en los últimos decenios tratando de buscar la mejor solución a los casos de venta de bien ajeno, venta por copropietario de bien común o venta por cónyuge individual de bien social; pues quedaba en la duda qué remedio o qué mecanismo de tutela sustancial se aplicaba al titular del derecho que no había participado en el negocio dispositivo.

Sobre el particular, nuestra propuesta es clara: el mecanismo de tutela idóneo es uno de naturaleza real, específicamente los de protección de la propiedad. La razón es muy simple: cuando las partes discuten la supuesta nulidad o inoponibilidad del contrato, en realidad, se enfrascan en cuestionar quién es el propietario de la cosa, en cuanto este es el presupuesto necesario para decidir si el negocio es nulo o inoponible. Solo una vez que se determine quién es el titular, entonces recién se podría decidir si el contrato es inoponible frente al *verus dominus*, **pero ello justamente implica una previa declaración de la propiedad**. Por tanto, en estos procesos, se cuestiona en primer lugar el dominio, la propiedad, el derecho real; y sobre ello se produce el debate judicial, las alegaciones, la prueba; por tanto, **la acción debiera ser de naturaleza real, y no contractual**[11].

---

[10] MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 20.

[11] El contradictor reconoce implícitamente que la pretensión es real: "En otros términos, la titularidad permanece incólume e inatacable" (Ibídem), es decir, en puridad, se busca el reconocimiento de la condición de propietario, pues el negocio ha fallado en cuanto a realizar la disposición.

Un ejemplo: A demanda a B-C por vender una casa que es suya; y ya sea que la pretensión sea de nulidad o inoponibilidad, el juez solo podrá pronunciarse sobre esto último cuando previamente reconozca que el propietario es A. Por tanto, la demanda busca, en puridad, el reconocimiento de propiedad, sea a través de una acción declarativa, sea a través de una reivindicatoria, si hubiese la necesidad de obtener, además, la posesión[12].

IV. ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS DE LA TUTELA DE NATURALEZA REAL?

La primera ventaja es **lograr coherencia** entre la tutela sustancial reclamada por el perjudicado y el objeto del debate judicial.

En efecto, si yo demando inoponibilidad de contrato por ser el propietario, entonces el juez debe pronunciarse, en forma preliminar, por la alegada condición de titular. En buena cuenta, el orden lógico es el siguiente: primero, se dilucida el propietario; segundo, se declara inoponible la venta otorgada por tercero. Por tanto, la tutela contractual es una máscara que sirve para lograr el verdadero propósito, que no es otro que el reconocimiento del dominio. Por lo demás, una vez resuelto el tema de la titularidad del derecho, entonces, hasta resulta ocioso preocuparse sobre la validez o eficacia del negocio jurídico celebrado por los demandados, que, en todo caso, sigue vivo desde la perspectiva obligacional, sin ningún problema, pues la ajenidad del bien no es causal de nulidad, y, más bien, existe norma expresa que sanciona su validez (artículo 1409 CC), aunque obviamente, un título de estas características será impotente para transmitir el derecho real (ineficaz en cuanto a la disposición)[13].

La segunda ventaja es evitar la multiplicación de demandas judiciales sin sentido. Por ejemplo: A, no titular, vende a B; luego B vende a C; finalmente, C vende a D. Cuando el *verus dominus* X toma conocimiento de los hechos, entonces plantea su novedosa pretensión de inoponibilidad contra tres contratos (A-B, B-C, C-D); pero, mientras se encuentra pendiente la notificación de las tres demandas, ocurre que D le vende a E. ¿Tendrá que plantearse un cuarto proceso contra E? ¿Y hasta cuándo?

---

[12] Podría objetarse esta conclusión señalando que en la venta del bien ajeno es necesario, también, que se dilucide previamente la titularidad del bien. La objeción no es correcta, pues, en tal figura, el remedio es típicamente contractual, otorgado al comprador perjudicado, por lo que la acción tiene tal carácter; si bien en forma instrumental habrá que dilucidar el dominio de modo previo para luego decidir sobre el contrato y sus vicisitudes. Por el contrario, en el caso aquí planteado, se discute la acción que le corresponde al propietario no partícipe, este no es parte del contrato que celebraron otros, no es el comprador, en consecuencia, es anómalo dotarle de remedio contractual a quien no es contratante.

[13] Otra cosa, distinta, es que una de las partes decida acumular la reivindicación con la nulidad del negocio jurídico, como refuerzo de su demanda, **pero ello no es necesario para obtener éxito en el mejor derecho de propiedad (MDP) o la reivindicatoria**. Por ejemplo: A vende a B, que no inscribe; y luego A vende a C, que inscribe; en consecuencia, se plantea el MDP entre B y C, pues el primero alega que el segundo inscribió de mala fe. Si se probase ese argumento, es suficiente para lograr la sentencia favorable. Sin embargo, B puede acumular la pretensión de nulidad de negocio jurídico, si supone y cuenta con indicios que la venta A-C fue simulada. En consecuencia, la acción real puede formularse sin necesidad de anular el título contrario; pero cabe la acumulación cuando se pretende resolver un tema distinto, pero conexo, referido a una acción contractual. En el mismo ejemplo, podría ocurrir el actor triunfe en el MDP, pero la demanda de nulidad sea infundada, empero, igual B consigue su objetivo.

Nuestra propuesta es más racional, pues el *verus dominus* X se dirigirá de una vez contra E para que, en vía de tutela real, se le reconozca como propietario a través de una acción declarativa (En el Perú, es común que esta pretensión reciba el nombre de "mejor derecho de propiedad"). En cambio, si se opta por el remedio contractual, entonces habrá la necesidad de plantear tantas demandas como contratos, sea en procesos autónomos o acumulados, para ir declarando inoponibles todos esos contratos, en una sucesión sinfín que podría terminar agotando al propietario y, con ello, ahogando la justicia: En suma, un nuevo contrato implicaría una nueva demanda, por lo que habrá que anular o declarar inoponibles tantos contratos como se celebren.

La tercera ventaja está vinculada con la característica anterior, pues las acciones de protección de la propiedad permiten realizar, precisamente, un *balancing* de títulos, sin necesidad de pedir la nulidad, inoponibilidad o tutela contractual respecto del título contrario, porque ese ya es un problema exclusivo de los contratantes, pero no del derecho real.

En efecto, las acciones de tutela de la propiedad sirven para compulsar títulos; por un lado, el de A, por el otro, de E; y en ese balanceo se determina quién es el propietario. Eso se conoce desde antiguo. La declaración de propiedad a favor de A no está supeditada a la nulidad o inoponibilidad de los títulos sucesivos. En la reivindicación o en la acción declarativa de dominio, el juez pondera los dos títulos y resuelve, sin prejuzgar la validez o no de los mismos; simplemente, decide quién es el propietario por virtud de los títulos que se le presentan, que supuestamente acreditan la consumación de la adquisición en cabeza de una de las partes.

La Corte Suprema ha ratificado este criterio en diversas oportunidades. Así, mediante la sentencia de 11 de mayo de 2001, Casación N° 2539-2000, publicada el 05 de noviembre de 2001, el tribunal negó que exista la necesidad de anular el título contrario cuando ambas partes, demandante y demandado, exhiben títulos de propiedad contrapuestos, por lo que el juez de la reivindicatoria debe ponderarlos y resolver sobre el dominio, sin entretenerse en temas contractuales[14]. Existen otras decisiones recientes que consagran la misma doctrina[15].

---

[14] "Segundo.- Que, la acción reivindicatoria es la acción real por excelencia, ya que protege el derecho real más completo y perfecto que es el dominio; por ella se reclama no sólo la propiedad sino también la posesión. Tercero.- Que, precisamente, en este tipo de procesos debe judicialmente quedar establecido, como lo es en el caso de autos, el título que a cabalidad acredite la propiedad del reivindicante, es decir, que en la acción de reivindicación también procede determinar el mejor derecho de propiedad, cuando ambas partes tengan dicho título. Cuarto.- Que, el Juez al resolver un proceso, deberá atender a que la finalidad concreta del mismo es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz en justicia, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Quinto.- Que, en el caso de autos, la Sala de mérito ha concluido que aun cuando no se ha demostrado la nulidad ni la falsedad de la venta a favor de la co-demandada Marina Díaz y la causante de los otros emplazados; sin embargo, **el derecho de los nuevos compradores del bien sub litis, a su vez vendedores de los accionantes, es preferente al de los emplazados, pues son propietarios registrales que adquirieron el bien de buena fe y a título oneroso; añadiendo que no es necesario exigir a los demandantes el inicio de una nueva demanda de mejor derecho, ya que al no asistirle tal derecho a los demandados, se concluye que el derecho de los demandantes es mejor.** Sexto.- Que, además en el punto sexto de la contestación de la demanda, se exponen

En buena cuenta, para tener éxito en la reivindicatoria, o en la acción declarativa de dominio, no es necesario anular de modo previo el título invocado por el demandado, pues, en la acción plenaria entablada, el juez evalúa los títulos presentados, y decide cuál de ellos acredita la propiedad.

V. ¿EXISTE LA TUTELA CONTRACTUAL DE INOPONIBILIDAD DE CONTRATO PARA EL PROPIETARIO NO CONTRATANTE?

Para el profesor Rómulo Morales, la inoponibilidad de contrato es el remedio que le corresponde al propietario no contratante en el negocio dispositivo sobre bien ajeno, **pero un análisis más profundo lleva a concluir que tal solución se enfrenta a serios problemas dogmáticos.**

En primer lugar, la inoponibilidad de contrato no se asimila con la nulidad del negocio jurídico, entonces, ¿cuál es la legitimidad procesal del actor-propietario, que es tercero, en un contrato que él no ha celebrado? Muy bien le podrían contestar a este propietario que el negocio celebrado por los otros contratantes es cosa suya, es de interés solo de ellos, casi "su problema", su riesgo; y si el actor sigue siendo el titular, ¿entonces por qué se entromete en relación contractual ajena, que en nada le afecta? En otras palabras, ¿cómo justificar que el sujeto no-parte pretenda interferir en la relación contractual ajena? ¿se admitiría que un tercero no-parte demande la resolución de contrato extraño? Alguien sostendrá que el interés se sustenta en la propiedad que exhibe el titular del derecho, y eso lo legitima para interferir en el contrato de otros. Pero, **nótese, que tal argumento termina dándonos la razón, en el sentido que el demandante invoca la propiedad, el derecho real, el dominio, como único fundamento de la tutela y de la legitimación; en buena cuenta, regresamos al punto de partida. La pretensión del titular del derecho es de naturaleza real**, consistente en una acción declarativa del dominio.

En suma, los remedios contractuales están dirigidos a los contratantes, pues ellos son los que tienen interés en el negocio. Un no-contratante, obviamente, carece del remedio contractual, salvo que se le asimile a tal condición (tercero en el contrato celebrado a su

---

los fundamentos del mejor derecho de propiedad, que es materia de la revocación que se precisa a fojas ciento cuarenta y nueve...".

[15] Este criterio ha sido expuesto en la ejecutoria de la Corte Suprema de 27 de septiembre de 2002 (Casación N° 608-2002-Ica): "Séptimo.- (…) al respecto no cabe discutir en los procesos de reivindicación la validez o eficacia de los títulos como se pretende al calificar de simulado el título que sustenta la pretensión de los actores, pues tal naturaleza corresponde su análisis en otro proceso" (Finalmente, se anuló la sentencia de vista y se dispuso emitir un nuevo fallo).

Asimismo, puede mencionarse la sentencia de 21 de marzo de 2007, Casación N° 698-2006-Lima, por cuya virtud de señala que la reivindicación exige solo la ponderación de los títulos. "Cuarto.- Que, tratándose del derecho de propiedad, no es posible jurídicamente la existencia de dos o más titulares de dicho derecho, por cuanto es excluyente; en tal sentido, advirtiéndose de autos como lo han establecido las instancias de mérito, que tanto demandante y demandado ostentan títulos inscritos sobre el mismo bien, resulta necesario realizar un estudio de los mismos, teniendo en cuenta que debe distinguirse el título como derecho, del título como documento, para poder así determinar cuál es el título que le confiere a su tenedor derecho de propiedad y que prevalece sobre el otro, a fin de resolver la acción reivindicatoria".

favor) o que la ley por determinados fines de interés general la habilite específicamente; pero, en el caso planteado, el tercero pretende hacer evidente el defecto de competencia de un negocio ajeno, que solo perjudica a las partes, por lo que un tercero extraño carece de habilitación para tal propósito. Por el contrario, el propietario no-contratante pretende cuestionar un hecho jurídico, un título –más que como contrato- que puede generar apariencia de propiedad, engañar a terceros, producir problemas de hecho, posesorios; **por tanto, la destrucción de esa apariencia se hace por medio del instrumento idóneo para dilucidar quién es el propietario de la cosa, y quién, no**. En consecuencia, se trata de una típica tutela de naturaleza real[16].

La acción contractual para el no-contratante, salvo la de nulidad, no existe o se encuentra excepcionalmente diseminada en poquísimas normas legales (ejemplo: acción pauliana). La razón es simple: es como otorgar tutela posesoria al no-poseedor, o reivindicatoria al no-propietario, lo que implicaría una contradicción en sus propios términos. Si bien es cierto que el legislador a veces puede crear hipótesis particulares, sin embargo, en este caso, el tema está claro: el Código Civil no menciona para nada la "acción de inoponibilidad del contrato", y si no la menciona, menos aún podría habilitarla para el no contratante.

La doctrina italiana se pregunta, precisamente, si una acción de ineficacia pueda hacerse valer *por el tercero* frente a los contratantes, que es la hipótesis planteada por el profesor Morales. Esa misma doctrina se responde señalando que el cuadro es muy irregular, y solo plantea tres casos de excepción, **con previsión normativa**: la nulidad del contrato, la simulación y la acción revocatoria por fraude al acreedor[17]. No hay rastros de la "acción de inoponibilidad del contrato" formulado por el propietario no-contratante frente al contrato invasivo, ni siquiera como aspiración doctrinal.

En segundo lugar, Rómulo Morales defiende el remedio de inoponibilidad del contrato, bajo la perspectiva analógica del art. 161 CC, que normalmente se entiende como un remedio del titular del derecho frente al falso procurador para declarar que su actuación es ineficaz o inoponible frente a él. Para lograr esta construcción teórica se hace lo siguiente: unificar todas las supuestas hipótesis de inoponibilidad mediante reglas comunes y generales, que habiliten la analogía. En tal sentido, si el tercero puede deshacerse de los efectos del negocio mediante la llamada "inoponibilidad", entonces también el tercero puede aprovecharse del mismo, a través de la oportuna ratificación. El edificio dogmático parece perfectamente lógico. En tal sentido, el *verus dominus* siempre tiene el derecho de prevalerse del negocio ajeno y ratificarlo, lo cual "comporta que el titular del derecho transforme un contrato inoponible en eficaz para él"[18].

El art. 161 CC regula una hipótesis de remedio contractual (ineficacia) otorgada a tercero, y no a las partes del contrato, por lo que habría que imponer la analogía para los casos,

---

[16] "En ambos casos (venta de bien por co-titular aislado de comunidad hereditaria o postganancial), el comunero que no ha prestado su consentimiento, **podrá ejercitar la acción reivindicatoria** por la totalidad del bien perteneciente a la comunidad, respecto del cual no tienen ningún derecho el comunero transmitente": CUENA CASAS, Op. Cit., p. 4.

[17] ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 680.

[18] MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 20.

supuestamente similares, de venta por un cónyuge del bien social o de la venta por el copropietario individual de todo el bien común.

No obstante, tales hipótesis no pueden agruparse en una sola categoría, y vamos a probarlo con el siguiente ejemplo básico: A vende un bien a B, pero la propiedad corresponde a C. La propuesta del compañero docente pasa porque C ratifique la venta A-B, con lo cual, el originario acto adquiere eficacia en forma sobrevenida. Sin embargo, en puridad técnica, **tal "ratificación" no es posible**, pues el vendedor es A, y seguirá siendo A, por tanto, en quien recaen los efectos del negocio es en él; y, bajo ninguna fuerza taumatúrgica puede resultar que C "ratifique" la venta de A, pues ello implicaría admitir lo que antes se criticó: el falso titular A no puede disponer, pero, el verdadero titular C sí podría entrometerse en un contrato en el que no es parte. **Nótese que el negocio celebrado es entre A y B, por lo que C no puede incorporarse a la fuerza, con su voluntad unilateral de "ratificación" en negocio ajeno**. Adviértase que C es un particular más, que solo puede relacionarse con otros por virtud de la autonomía privada, y no forzadamente por reglas heterónomas. Lo que A no puede hacer sobre el derecho de propiedad ajeno; tampoco puede hacerlo C sobre el negocio jurídico ajeno. El mismo Rómulo Morales, citando a Bianca, reconoce que el sujeto no está legitimado para disponer de la esfera jurídica ajena[19]. La esfera ajena no solo comprende los bienes del otro, sino también los negocios y las relaciones jurídicas extrañas. Por tanto, el supuesto ratificador no puede ingresar sin permiso en un contrato en el que nadie lo invitó.

En tal sentido, los problemas de tal "ratificación" son insolubles. Si C ratifica, ¿quién es el vendedor? ¿A o C? Si es C, entonces se cae en el absurdo que una voluntad unilateral puede modificar un negocio extraño. Si es A, entonces C nada ha producido, no hay cambio en el negocio original, y en ese contexto nada se transfiere. C solo puede transferir su derecho con un negocio jurídico causal traslativo que deba celebrar con A, o, en todo caso, deberá celebrarse una novación subjetiva en la que C se incorpore al negocio de A y B, pero eso implica un nuevo consenso, esto es, un segundo contrato que sí contará con eficacia dispositiva. Nótese que la sola ratificación no hace "eficaz" el primer negocio, pues el *verus dominius* no puede entrometerse en contrato de terceros, por tanto, se requiere un segundo contrato traslativo, pero eso ya es otra cosa. No es una "ratificación", que implica que el único negocio se hace eficaz; por el contrario, es un segundo contrato autónomo que hace posible la disposición del *verus dominus*. En cualquier hipótesis, queda descartada la simple ratificación.

En puridad, debemos recordar que la ratificación está pensada para la figura del falso procurador, en cuanto este sí declara que actúa por otro, es decir, el apoderado indebido se entromete directamente en la esfera ajena, por lo que el perjudicado puede aprovecharse de los efectos del negocio mediante la oportuna ratificación. En cambio, esta situación es anómala cuando A vende como A, no como C, por lo que él solo es la parte contractual, y aun cuando C quiera convertirse en A, no puede hacerlo por su voluntad unilateral ratificatoria. **La autonomía privada tutela no solo a los propietarios que no disponen de lo suyo, sino también a los contratantes que negocian a nombre propio, bajo su responsabilidad, y no pueden ser excluidos del contrato por acto de tercero ajeno**. La

[19] Ibíd., p. 14.

autonomía privada no se rige por la ley del embudo: lo ancho para el propietario; lo angosto para el contratante.

Aquí debe distinguirse la **intromisión personal** ("soy A, pero digo actuar en nombre de B"), lo que habilita a B para aprovecharse de los efectos del negocio; pero un caso muy distinto es la **intromisión solo en el ámbito real, pero no en el personal** ("soy A, me creo propietario del bien, por tanto, vendo como A y me obligo como A"), pues, en tal circunstancia, el sujeto protagonista del negocio no está en duda, es A, por lo que nadie puede interferir en él; por más que su actuación sea dolosa, culposa o de buena fe. En efecto, no dudemos que en muchos casos el disponente actúa creyendo en su honestidad, pues supone que es el propietario exclusivo del bien.

Esta primordial diferencia hace que el típico caso de intromisión personal (falso procurador, *ex* art. 161 CC) no pueda aplicarse por analogía a las intromisiones reales (venta de bien ajeno o de bien social por un solo cónyuge), en cuyas hipótesis, los sujetos del negocio actúan a nombre propio, son ellos los protagonistas, y no pueden ser movidos por una fuerza extraña. El derecho fundamental de libre contratación exige respeto a la estructura de intereses creada por las partes, para bien o para mal, pero que se refleja solo por ellas.

La gran diferencia entre las intromisiones personales y reales se advierte en el hecho que uno requiere la "aprobación" (según el Código Alemán, sin embargo, esta figura no es trasladable al Derecho peruano) y el otro la "ratificación", las que bajo ningún punto de vista se pueden asimilar en una categoría unitaria, y, por tanto, las reglas de uno no son aplicables por analogía al otro; y aunque las distinciones pueden dividir a la doctrina, sin embargo, casi todos están de acuerdo en su diferencia intrínseca:

> "No se confunde esta *aprobación* con la ratificación, que llega a un contrato (representativo) imperfecto e ineficaz, frente al estructuralmente completo que es aquel a que se refiere la "aprobación"; ni con la confirmación, mecanismo de sanación de un contrato completo pero anulable, afecto de una grave enfermedad que podría arrastrarle en otro caso a la anulación. Creo que las diferencias son importantes y que no cabe confundir esas categorías jurídicas: son diferentes su objeto (negocio falso-representativo, frente a los otros antes indicados como susceptibles de aprobación), su estructura y su función y efectos (perfección del primero, y simple eficacia de estos últimos, según su tipología). Un sector de la doctrina pone el acento de la distinción en la 'alteridad' en caso de aprobación (se refiere a un negocio jurídico ajeno), frente a la ratificación, en que el *dominus* hace propio el negocio ratificado, aun llevado a cabo por otra persona para él; distinción y razonamiento que otros no comparten, en consideración a una distinta interpretación del negocio representativo y el del *falsus procurator*. Por mi parte, aunque pueda asumir la 'alteridad' aludida como nota diferencial –relativa, y condicionada por la idea que se tenga del negocio, en general, y del representativo-, me permito insistir –por ser dato diferencial típico, en mi opinión- en que la aprobación se incorpora a un negocio o contrato estructuralmente completo, el aprobado, en el que en algunos casos no deviene parte negocial la persona que lo aprueba. En cambio, la ratificación llega a un contrato imperfecto y, como tal,

ineficaz; y tras la ratificación el que emite se convierte en parte negocial (la única de ese lado, pues el *falsus procurator* no lo era) y convierte en eficaz, para él y frente al tercero, el negocio ratificado"[20].

En buena cuenta, la ratificación no está habilitada para las intromisiones reales, y, en efecto, el art. 978 no lo permite. El copropietario que vende el bien común en exclusiva, atribuyéndose la propiedad, es responsable de su decisión, y queda obligado por ello, para bien o para mal. Los otros copropietarios no pueden entrometerse en negocio ajeno mediante una voluntad unilateral que nadie les ha pedido; y que, en todo caso, solo sería admisible mediante un nuevo consenso entre las partes del negocio original y los ahora incorporados, por ejemplo, a través de una novación del contrato, pero jamás podría admitirse a través de una imposición unilateral.

El 978 solo dice que el negocio será válido si en el futuro el bien materia de disposición es adjudicado en exclusiva al copropietario por virtud de la partición. No hay ratificación alguna.

Tampoco es admisible una interpretación correctora con el art. 1669 CC. En efecto, tal precepto señala que un copropietario no puede arrendar un bien indiviso sin consentimiento de los otros; sin embargo, si lo hiciese, el contrato es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente. De esta norma se pretende deducir que en todo acto de disposición de bien común, por obra de un solo copropietario, cabe la ratificación de los otros copropietarios[21].

La aplicación generalizadora del art. 1669 para casos diversos a su hipótesis específica, tiene un obstáculo insalvable, pues, en realidad, el copropietario individual sí tiene potestad para arrendar, sin consentimiento de los otros copropietarios, cuando se convierte en administrador de hecho (art. 973 CC). Recuérdese que en virtud de esta figura, el copropietario que se mantiene en disfrute del bien común, sin que nadie lo haya nombrado, empero, cuenta *ex lege* con las potestades de cualquier administrador, lo que incluye obviamente arrendar el bien; y es obvio que si el copropietario individual lo arrienda, entonces se encuentra en ejercicio del disfrute, por lo que automáticamente tiene la condición de administrador. En consecuencia, la sola omisión de los otros copropietarios en dejar a uno solo de ellos como poseedor del bien, hace que el negocio de arrendamiento ya cuente con la **autorización de todos los copropietarios por mero silencio** (impropiamente llamada: "ratificación tácita").

En buena cuenta, la norma excepcional del 1669, amparada por otra disposición que la completa y le dota de sentido (973), cuando no puede generalizarse para los actos de disposición, en los que no se producen autorizaciones por mero silencio.

Por tanto, si **la ratificación no existe en las hipótesis señaladas**, entonces la eficaz disposición del derecho requiere que se deje sin efecto el negocio originario y se celebre

[20] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *Representación sin poder y ratificación*, Thomson Reuters, Madrid 2013, pp. 345-346.
[21] MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 18.

uno nuevo, o se produzca novación. No es posible que la voluntad unilateral pueda producir efectos heterónomos sobre otras personas, sobre contratantes ajenos, sobre circunstancias extrañas al propio interés, que es el único en el cual manda la autonomía privada.

La ratificación no es posible como mecanismo general de interferencia en negocio ajeno, salvo los casos de falso procurador o hipótesis asimiladas (contrato por persona a nombrar), por lo que este desfase hace más problemática la construcción de una categoría dogmática de inoponibilidad de contrato.

VI. ¿EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN AYUDA?

El profesor Morales cita el parágrafo 185 BGB, que regula precisamente la hipótesis de un acto dispositivo que deviene eficaz cuando el titular lo ratifica. El caso típico es A, propietario, que no es parte del contrato B-C en el cual se vende un bien suyo. En tal caso, A puede ratificar el contrato originario, con lo cual la disposición se hace eficaz.

Esta hipótesis, tan simple para el Derecho alemán, sin embargo, la hemos rechazado en el acápite anterior para el caso peruano. La razón de la diferencia se encuentra en que el Derecho alemán reconoce los negocios jurídicos abstractos de disposición.

Veamos cómo se explica la figura por su propia doctrina:

> "La particularidad de la disposición del no titular en virtud de autorización consiste en que el no titular celebra el negocio en su propio nombre, y la disposición es eficaz por virtud de la autorización, aunque el enajenante no ostente el derecho sobre el que dispone. Igual que el titular puede transmitir a otro el poder para disponer sobre su derecho mediante asentimiento, también puede transmitirle el poder para que en propio nombre ejercite o haga valer un derecho de modo determinado. Se habla aquí, en expresión poco feliz acuñada por STAUB, de 'transmisión de la legitimación del derecho', *cesio in legitimationem*. En realidad, sin embargo, no se produce ninguna transmisión de derechos. Antes bien, el autorizante continúa siendo el titular del derecho y el no titular solo está autorizado por él para ejercitar o hacer valer el derecho en propio nombre"[22].

Luego se agregan mayores detalles:

> "la autorización es, como el poder, nada más que autorización, legitimación; significa que el autorizado puede ejercitar eficazmente en nombre propio el derecho del autorizante, en particular disponer de él, porque está autorizado para ello por el titular del derecho, lo mismo que el apoderado está autorizado por el poderdante para celebrar por él un negocio jurídico. Igual que en el caso del poder, se

[22] FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998, p. 1043.

determinará por la relación jurídica subyacente si el ejercicio del derecho por el autorizado está justificado en relación con el autorizante"[23].

El señor A, en el ejemplo, cede a B su legitimación para que este disponga del derecho, según su voluntad. ¿Cómo se explica que el propietario A, sin transmitir el derecho, ceda exclusivamente la legitimación dispositiva a B? La lógica de todo ello es que los negocios dispositivos en el sistema alemán son **abstractos**, basta la voluntad de transmitir y adquirir, por tanto, en este caso, la voluntad autoritativa de A es suficiente para fundar un acto dispositivo o legitimador de disposición.

La abstracción es la justificación de esta anómala figura, pues en tal contexto basta la voluntad de producir el efecto, sin preguntarse por la causa. En tal sentido, se dice, que "el asentimiento del tercero es una declaración de voluntad recepticia e irrevocable. Es también un negocio de disposición"[24], ciertamente abstracto. En el Derecho peruano, por el contrario, no hay forma de aceptar que una mera voluntad abstracta de disponer, una simple "ratificación unilateral", tenga la fortaleza para sustentar un válido negocio de disposición, que, por propia definición, requiere de causa[25].

VII. ¿Y CÓMO QUEDA LA SUPUESTA RATIFICACIÓN DEL CÓNYUGE O COPROPIETARIO QUE QUIERE ADHERIRSE AL NEGOCIO DISPOSITIVO?

En los casos que el titular disponente tiene parcialmente interés en el derecho (cónyuge, copropietario) **tampoco cabe la ratificación**. El vendedor es uno solo; no el otro. No cabe que un tercero, por más cónyuge que sea, pretenda incorporarse forzadamente a negocio ajeno. El matrimonio forma una comunidad de bienes, pero no destroza la libertad individual, ni "socializa" a las dos personas. La autonomía privada funciona para todos, no solo para un lado de la balanza. La ratificación, por el contrario, es admisible cuando el mismo sujeto dice que actúa por otro, por lo que él se pone en intromisión personal.

Sin embargo, es común escuchar que el cónyuge preterido puede "ratificar" el negocio dispositivo celebrado por el otro cónyuge, mediante la sola prestación de su asentimiento. Lo mismo puede replicarse en relación con los copropietarios. Es más, esa es la razón práctica que normalmente se arguye para descartar la nulidad del contrato.

En realidad, la llamada "ratificación del cónyuge" se produce a través de figuras jurídicas diversas, que vale la pena aclarar.

---

[23] Ibíd., p. 1046.

[24] WOLFF, Martin. Derecho de Cosas". En ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona 1971, Tomo III-1º, p. 238.

[25] La profesora española Matilde Cuena Casas comparte mi posición, según me lo hizo saber por correo electrónico de 26 de julio de 2013, que me autorizó a reproducirlo: "Creo que se mezclan dos hipótesis distintas: *falsus procurator* y venta de cosa común. Esta no puede resolverse con la ratificación porque quien consiente en nombre propio es el vendedor *non dominus* y coincido contigo en la imposibilidad de ceder la legitimación abstracta a la disposición al margen de un poder de representación".

En primer lugar, supongamos que el esposo A vende a nombre propio la casa conyugal a C, y luego la esposa B "ratifica" el contrato. En puridad, el negocio A-C no puede ser alterado por una voluntad de tercero. Sin embargo, para efectos prácticos, es posible imaginar soluciones simples, pero sin necesidad de herir la dogmática. En tal caso, los otros copropietarios o el cónyuge no partícipe podrían manifestar que siempre estuvieron de acuerdo con el negocio, desde su origen, que son parte en él, pero solo se expresaron verbalmente, por lo que mediante un instrumento complementario, incluso público, se limitan a reconocer una voluntad ya prestada, por lo que se trataría de un documento meramente recognoscitivo. El problema es que los autores originales del negocio podrían negar esta declaración verbal, por lo que el tema tendría que dilucidarse con la prueba actuada en el caso. Si no hay prueba alguna que la corrobore, entonces la pretendida incorporación en negocio ajeno es ineficaz; en cambio, si hay prueba del consenso general, entonces la escritura pública tiene carácter probatorio del negocio global, nacido desde su origen por consenso de todos, pero que documentalmente consta dividido en dos o más instrumentos. Tal vez podría suponerse que la notificación al comprador C de la mal llamada "ratificación" (en puridad: documento recognoscitivo de consentimiento previo), sin oposición de este, implica una prueba de su aquiescencia frente a la declaración invasiva del cónyuge.

En segundo lugar, el cónyuge A vende a C, sin requerir la intervención del cónyuge B, por no considerarlo necesario. Luego se dan cuenta que si se le necesita. Aquí no hay "ratificación" de un mismo negocio que a partir de determinado momento se hace eficaz. Por el contrario, si se produce pleno consenso entre las partes, lo que podría ocurrir es que se haya presentado una novación subjetiva por incorporación de personas. Pero, nótese que no es el mismo negocio original, es otro distinto, novado. Por tanto, no puede haber ratificación cuando el contrato se modificó.

En tercer lugar, supongamos que se documenta un futuro negocio de los cónyuges A-B a favor de C, pero originariamente solo prestan su voluntad los señores A y C, pero no B. En tal caso, el supuesto negocio está incompleto, no se ha perfeccionado el consenso. Nadie podrá decir que la posterior voluntad de B "ratifica" el contrato, pues en realidad se produce el nacimiento del contrato al haberse arribado a consenso. No antes.

Por tanto, estas y otras hipótesis de "ratificación" no son propiamente tales. Por ello, el art. 315 CC señale que el cónyuge puede disponer por sí solo con poder del otro, lo que es correcto; pero justamente omita la posibilidad de "ratificar" el negocio. Y justamente no lo dice porque la ratificación es un fenómeno vedado en este caso, pues su radio de acción son las intromisiones personales (actuar por otro, invadiendo su "personalidad") y no las intromisiones reales (disponer "bienes" por otro).

VIII. ¿QUÉ REMEDIO TIENE EL CONTRATANTE PERJUDICADO FRENTE AL CONTRATANTE NO TITULAR?

Recordemos las tres hipótesis planteadas: disposición por cónyuge individual del bien social, disposición por copropietario individual del bien común o, directamente, disposición por sujeto sin ningún interés sobre bien de otro.

En tales casos, ¿qué remedio tiene el contratante perjudicado (comprador, por ejemplo) frente al contratante no-titular (vendedor, por ejemplo)? Nótese que en este caso, sí, se requiere de un remedio estrictamente contractual, pues el perjuicio se encuentra dentro de este ámbito.

En otra sede tuve oportunidad de referirme al tema con ocasión específica del art. 978 CC[26], pero cuyas conclusiones las hago perfectamente aplicables a las otras hipótesis.

Mi opinión es la siguiente: **¿qué ocurre si el copropietario realiza un acto de disposición del bien común sin tener el consentimiento de los otros copropietarios o autorización judicial?** El art. 978 CC señala que si un comunero practica acto dispositivo sobre todo o parte del bien; dicho acto solo será válido desde el momento en que se adjudica el bien, o la parte, a quien practicó el acto. Esta norma tiene como fuente el art. 901 del Código de 1936, y busca establecer las consecuencias jurídicas respecto de los actos no-autorizados de un copropietario.

Durante la vigencia del Código de 1936, fue doctrina jurisprudencial que los actos no-autorizados de los copropietarios se encontraban en una situación de validez, pero subordinado a la condición (*conditio iuris*) de que el bien le sea adjudicado al copropietario que vendió la totalidad[27]. El codificador de 1984 ratificó esta doctrina, pues consideró que el acto dispositivo no-autorizado estaba sujeto a una condición suspensiva de carácter legal: "El acto de disposición del bien o de parte material de él, debe quedar en suspenso y tener vigencia recién cuando la condición se produzca"[28]. En un primer momento, la jurisprudencia aplicó este criterio, pues lo consideraba un acto jurídico condicionado[29]. Sin embargo, **los pronunciamientos judiciales más recientes se inclinan por reputarlo, sin más, un acto nulo**[30].

---

[26] GONZALES BARRÓN, Gunther. *Código Civil y Reforma. Libro V (Derechos Reales) y IX (Registros Públicos)*, Jurista Editores, Lima 2011, p. 257.

[27] ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Los Derechos Reales*, s/e, Lima 1955, Tomo II, p. 250.

[28] AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge. "Exposición de motivos del anteproyecto del libro de Derechos Reales". En COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1936. *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil*, PUCP, Lima 1980, Tomo I, p. 802.

[29] "El artículo 978 del Código sustantivo prevé la posibilidad de que un coheredero realice actos que importen el ejercicio de propiedad exclusiva sobre todo o parte de un bien, en dicho supuesto el acto sólo será válido desde el momento en que se adjudique el bien o la parte del mismo a quién practicó el referido acto; debiendo entenderse que cuando el Código habla de validez quiere decir eficacia, y es que el acto de disposición exclusiva realizado por un copropietario es un acto válido sujeto a condición suspensiva, y que será eficaz cuando la parte o totalidad del bien que ha dispuesto le sea adjudicado, y en caso de no cumplirse con la mencionada condición, recién podrá incoarse la acción de nulidad": Sentencia de la Corte Suprema, Casación Nº 953-96.

[30] "(…) evidenciándose que se realizó la enajenación material de dicho inmueble, practicándose sobre parte de un bien un acto que importa el ejercicio de propiedad exclusiva (actuando como si fuera la única propietaria), dicho acto solo será válido desde el momento en que a dicho propietario se le adjudique el bien o parte de él, por así normarlo el artículo 978 del mismo cuerpo normativo, y en tanto ello no sucede no hay lugar a considerar válido un acto de tal naturaleza. La relación entre el artículo 971 y el artículo 978 es igual a la que existe entre una regla y su excepción que la confirma y, en tal sentido, debe concluirse que la venta del bien común requiere para su validez necesariamente de la conformidad de todos los copropietarios, y si uno de ellos dispuso del mismo sin asentimiento de los demás, tal acto no será válido mientras no se produzcan los

En realidad, el acto no autorizado de copropietario debe subsumirse en el art. 1540 CC, por cuya virtud, la venta de un "bien parcialmente ajeno" da lugar a que el comprador pueda optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio. La venta de "bien parcialmente ajeno" implica que el enajenante es dueño de una porción (cuota ideal) del bien, lo que alude a la presencia de un copropietario. Esta solución es acertada, pues permite que el afectado (comprador) decida el mantenimiento o no de la relación contractual, de acuerdo con sus intereses. Por el contrario, la solución del art. 978 CC es cuestionable, en tanto el contrato queda sometido indefinidamente a una supuesta condición suspensiva, sin que el afectado pueda decidir lo más conveniente para su protección.

En tal sentido, no es necesario establecer un régimen especial de ineficacia negocial, por lo que el art. 978 CC debe complementarse con las normas sobre venta de bien ajeno.

Rómulo Morales impugna esta solución en cuanto señala que el art. 1540 CC omite establecer los remedios para el copropietario que no ha participado del acto de disposición, por tanto, si la norma no dice nada, entonces fundadamente se pregunta, ¿qué solución puede prestar?[31] El compañero docente, sin embargo, ha modificado el plano de discusión.

La propuesta mía, en dicho trabajo, no apuntaba hacia el *verus dominus*, que no participó en el negocio; por el contrario, la preocupación se centra en el comprador perjudicado frente al copropietario individual que ha vendido el bien común.

En estos casos, ya lo hemos dicho, siempre hay dos perspectivas. La primera, ¿qué puede hacer el propietario no contratante? Según Morales, cabe formular la inoponibilidad de contrato; según quien esto escribe, debe plantearse una acción de tutela real, conforme se ha sustentado a lo largo de este artículo. En cambio, en la segunda, el problema se centra en la desprotegida figura del comprador. Todos hemos hablado del propietario supuestamente afectado por un negocio en el que se pretende disponer un interés suyo, pero nadie se acuerda de la otra víctima: el comprador.

Pues bien, la objeción del opositor no es justificada, pues las reglas de venta de bien ajeno o parcialmente ajeno se aplican precisamente a favor del comprador perjudicado por una disposición ineficaz, que no se concreta[32]. Por supuesto que tiene razón que esas reglas no tienen relación con el propietario no contratante, pero no me había referido a ello. Por tanto, el remedio de los artículos 1539 o 1540, según el caso, es perfectamente viable, **pero obviamente solo para el comprador**.

En el plano externo, en relación con el tercero, el propietario pretendidamente afectado defenderá su derecho mediante una acción real.

---

supuestos contemplados en el artículo 978 del Código Civil": Casación Nº 102-2009-Cusco, de 25 de agosto de 2009, publicado en el diario oficial el día 30 de marzo de 2010.

[31] MORALES HERVIAS, Op. Cit., p. 17.

[32] Esta es la posición de la mejor doctrina: "Cuando un copropietario vende un bien que no le pertenece en su totalidad y lo hace en nombre propia, lo que se produce es una falta de poder de disposición del transmitente, que ***a fortiori*** **debe recibir igual respuesta que la venta de cosa ajena: su validez**": CUENA CASAS, Op. Cit., p. 6.

En el plano interno, en la relación contractual, el comprador no tendrá que esperar hasta las calendas griegas (¡hasta que se produzca la partición entre los copropietarios!, ¡hasta que se produzca la disolución de la sociedad de gananciales entre los cónyuges!), por lo que tendrá tutela sustancial mediante el remedio de la rescisión.

Por lo demás, si las reglas de venta de bien parcialmente ajeno no se aplicasen al caso del copropietario que dispone de todo el bien común, entonces, ¿para qué casos sirve?, pues resulta obvio que si el bien es parcialmente ajeno, por lógica deducción es parcialmente propio; y si ello es así, entonces solo puede tratarse de un copropietario.

CONCLUSIONES

i. La jurisprudencia enfrenta problemas concretos: cónyuge que dispone de bien social, con exclusión del otro; copropietario individual que dispone de bien común; y, finalmente, no-titular que vende lo ajeno.

ii. El problema se presenta en dos planos: a) ¿qué protección tiene el propietario no-contratante (*verus dominus*) frente al contrato ajeno en el que se pretende disponer de lo suyo?; b) ¿qué protección tiene el contratante perjudicado (ejemplo: comprador) frente al otro contratante (ejemplo: vendedor) que dispone de lo ajeno?

iii. La jurisprudencia en forma mayoritaria ha señalado que el contrato celebrado por el no-titular es nulo, por diversas causas: falta de manifestación de voluntad, objeto física o jurídicamente imposible, contravención de norma imperativa, etc.

iv. Recientemente, sin embargo, se ha recordado que el defecto de los negocios señalados en el ítem i) se concentra en la falta de legitimidad o ausencia de poder dispositivo, esto es, el no titular carece de capacidad para producir la eficaz transmisión del derecho. Por tanto, se produce la ineficacia de la disposición. Por el contrario, se descarta la nulidad, pues el contrato cuenta con sujetos, voluntad, objeto, causa; por tanto, es una estructura jurídica válida como negocio. Una cosa distinta es la falta de titularidad del derecho, que incide en la eficacia.

v. Por tanto, la ineficacia es la consecuencia del defecto de legitimidad o de la falta del poder dispositivo, y su incidencia se circunscribe en el negocio que lo sufre.

vi. Ya diagnosticada la enfermedad, queda el mayor inconveniente: ¿Qué remedio protege al propietario no-contratante frente a la disposición de lo suyo en contrato ajeno? Se ha propuesto dotarle de la acción de “inoponibilidad de contrato”, por cuya virtud, el *verus dominus* pueda demandar judicialmente que se declare la inoponibilidad del contrato celebrado por otros, en relación con él, por tanto, el efecto final será que su titularidad se mantiene incólume.

vii. El remedio contractual de inoponibilidad del contrato ajeno, **es inviable**, pues los remedios contractuales se acuerdan a favor de las partes, y no a los terceros ajenos y extraños, salvo nulidad o hipótesis normativas excepcionales, que en este caso no ha sido prevista. Si se critica que un no-titular pretenda invadir la esfera de un titular; entonces tampoco puede autorizarse que un no-contratante invada un contrato ajeno. No puede argumentarse que en este caso hay legitimación para impugnar por tratarse del titular del derecho, pues si ello se acepta, entonces se termina reconociendo que el derecho protegido realmente es el de propiedad.

viii. Bien vistas las cosas, el propietario no-contratante, en la llamada "acción de inoponibilidad", persigue que se le reconozca como titular del derecho frente a los sujetos que celebraron un negocio ajeno, por tanto, la acción es, propiamente, **de naturaleza real**, sea declarativa de la propiedad, sea reivindicatoria, si es que pretende además la puesta en posesión del bien, o no.

ix. No obstante, el profesor Morales defiende el remedio de la inoponibilidad del contrato, bajo la perspectiva analógica del art. 161 CC, lo que permite rechazar el contrato invasivo o ratificarlo, conforme ocurre en el caso del titular frente al acto del falso procurador. Sin embargo, la figura de la ratificación no se presenta en las hipótesis de acto dispositivo de no-titular. **La autonomía privada tutela no solo a los propietarios que no disponen de lo suyo, sino también a los contratantes que negocian a nombre propio**. Aquí debe distinguirse la **intromisión personal** ("soy A, pero digo actuar en nombre de B"), lo que habilita a B para aprovecharse de los efectos del negocio; pero un caso muy distinto es la **intromisión solo en el ámbito real, pero no en el personal** ("soy A, me creo propietario del bien, por tanto, vendo como A y me obligo como A"), pues, en tal circunstancia, el sujeto protagonista del negocio no está en duda, es A, por lo que nadie puede interferir en él. **Esta primordial diferencia hace que el típico caso de intromisión personal (falso procurador, *ex* art. 161 CC) no pueda aplicarse por analogía a las intromisiones reales (venta de bien ajeno o de bien social por un solo cónyuge)**, en cuyas hipótesis, los sujetos del negocio actúan a nombre propio, son ellos los protagonistas, y no pueden ser movidos por una fuerza extraña.

x. Por lo demás, el art. 1669 no puede generalizarse, pues se trata de una hipótesis aislada de copropietario individual que puede celebrar válidamente contratos de arrendamiento en condición de administrador de hecho, cuando los otros copropietarios lo han dejado en posesión individual (art. 973 CC). En consecuencia, el silencio de los otros copropietarios funciona como "ratificación tácita" del arrendamiento, aunque en puridad se trate de una autorización por silencio.

xi. Las normas del Código Alemán no pueden trasladarse fácilmente al ordenamiento jurídico peruano, pues aquel reconoce negocios jurídicos abstractos de disposición, en los que basta voluntades unilaterales, sin causa y

demás figuras anómalas que se sustentan en la exclusiva voluntad de transmitir o autorizar la disposición.

xii. Si bien es frecuente sostener que el cónyuge o copropietario preterido pueden "ratificar" el negocio dispositivo, sin embargo, ello tampoco es posible, pues un contrato no puede ser alterado por voluntad ajena. Sin embargo, caben soluciones prácticas, que no son ratificación, tales como la modificación del negocio originario mediante novación, o la celebración de nuevo negocio, o completando el negocio previo imperfecto u otorgando un documento recognoscitivo de un consentimiento ya prestado.

xiii. En suma, las demandas planteadas por "inoponibilidad del contrato", afortunadamente escasísimas, deberán ser observadas por el juez para que el actor las adecúe a una pretensión real, que es tácitamente lo que se busca; sin embargo, si el demandante insiste en su pretensión inicial, entonces el juez deberá rechazar la demanda por imposibilidad jurídica del petitorio.

xiv. En tal sentido, la acción real como remedio de protección del propietario no-contratante tiene múltiples ventajas: a) **logra coherencia entre la tutela sustancial reclamada por el perjudicado (propiedad) y el objeto del debate judicial**. En efecto, en las supuestas demandas de inoponibilidad, antes de resolver el tema contractual, el juez tendría que declarar quién es el propietario de la cosa, por tanto, el tema realmente debatido es el dominio, y solo de manera indirecta o traslaticia se terminaría emitiendo un pronunciamiento que ya no tiene relevancia, pues si ya se dijo quién es el titular del bien, entonces la validez o no del negocio es irrelevante; b) se evita la multiplicidad de demandas inútiles, pues si hubiese diversos contratos supuestamente inoponibles, entonces todos ellos deberían ser atacados; en cambio, la tutela real se dirige contra el último de la cadena de títulos, por declaración de propiedad, y ya es innecesario reaccionar frente a cada contrato; c) la tutela de la propiedad, desde muy antiguo, permite que el juez se limite a compulsar los títulos, reconozca el dominio y no diga nada sobre la validez de los títulos, que nada aporta al fin pretendido; por lo demás, esos títulos pueden subsistir perfectamente, entre las partes, y no hay razón para descalificarlos por obra de un tercero.

xv. Por su parte, el contratante perjudicado por la pretendida disposición de su contraparte no-titular, tiene a su favor el remedio contractual regulado en las normas sobre venta de bien ajeno.



ANEXO DE LECTURAS COMPLEMENTARIAS

CURSO “PRECEDENTES EN MATERIA CIVIL”

UNIDAD I: LA NECESIDAD DEL RESPETO A LOS PRECEDENTES EN NUESTRO SISTEMA JURIDICO ROMANO-GERMANICO

- **Política Jurisdiccional, predictibilidad y doctrina del precedente judicial Víctor Roberto OBANDO BLANCO. P. 41-60.**

POLÍTICA JURISDICCIONAL, PREDICTIBILIDAD Y DOCTRINA DEL PRECEDENTE JUDICIAL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL 2007

Victor Roberto Obando Blanco*

"La finalidad de uniformización de criterios conlleva a la necesidad del uso de la técnica del precedente como exigencia a toda concepción de la justicia, sea transparente frente al ciudadano y merezca su confianza".

(Luis Paulino Mora Mora,
Presidente de la Corte Suprema de
Justicia de Costa Rica)

1. INTRODUCCIÓN

Reiterados fallos del Tribunal Supremo, han establecido que la jurisprudencia civil nacional existente no tiene fuerza vinculante, es decir, que no es de observancia obligatoria por los juzgadores, máxime si se considera que no existe doctrina jurisprudencial conforme señala el artículo 400º del Código Procesal Civil. Los fallos emitidos por las Salas Civiles de la Corte Suprema en materia de casación, constituyen referentes jurisdiccionales, sin que ellos generen efecto vinculante. Consideramos, que es el momento de tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial debe entenderse como la resolución que emerge del Pleno Casatorio. La Corte Suprema ha tenido, durante 14 años de vigencia del Código Procesal Civil, la posibilidad de establecer plenos casatorios y alguna suerte de precedente vinculante para sus jueces inferiores, y no lo hizo durante

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en Derecho Civil y Comercial. Juez Civil Titular del Callao. Profesor de la Universidad de Lima e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor de la Academia de la Magistratura.

este tiempo, hasta el día 18 de diciembre de 2007 en que se llevó a cabo el Primer Pleno Casatorio en audiencia pública (Caso empresa Minera Yanacocha por indemnización por daños). Sin duda fue un privilegio haber estado presente en ese trascendente acto jurisdiccional.

En propuesta de reforma legislativa se encuentra la modificación del artículo 400º del Código Procesal Civil, adoptando un sistema por medio del cual las sentencias que expidan las salas casatorias constituyan precedente vinculante cuando así lo expresen en la propia sentencia, tal como ocurre en el Código Procesal Constitucional, Código Procesal Penal y el Decreto Legislativo Nº 807. Los precedentes en materia civil deberían ser el resultado del pronunciamiento de los integrantes de las Salas Civiles de la Corte Suprema, lo que nos permitiría mirar dichos criterios con mayor confiabilidad por tratarse de criterios especializados.

Juan Monroy Gálvez señala que es necesario una reformulación de nuestro sistema casatorio y, sobre todo, una modificación de las reglas de competencia de la Corte Suprema, de lo contrario, el "efecto guía de la jurisprudencia", razón de ser de la doctrina del precedente judicial, seguirá siendo letra muerta. El tema del apartamiento del precedente judicial es un elemento natural de la doctrina del mismo, cómo debe ocurrir y qué debe significar para el sistema el apartamiento, son temas que requerirán una regulación específica. Sin embargo, lo que hay que recusar es esa actitud patológica vigente en sede nacional, según la cual apartarse del precedente constitucional equivale a incurrir en prevaricato o algo parecido. Es indispensable cumplir con algunos presupuestos normativos antes de incorporarlo, temas como la determinación (quién y cómo) de la ratio decidendi o el sistema de overruling a ser empleado, entre otros, son aspectos que deben estar regulados con algún nivel de precisión[1].

Una de las carencias de nuestro sistema judicial es no haber podido generar una política jurisdiccional a nivel de nuestro tribunal supremo, en el llamado pleno casatorio, o también fallo plenario, sentencia normativa, acordadas. A decir de Marcial Rubio Correa, la política jurisdiccional es una determinada orientación de los criterios en los cuales se debe desenvolver la potestad jurisdiccional: coherencia, predictibilidad y equidad. La predictibilidad busca garantizar el derecho constitucional de igualdad en la aplicación de la ley y en el tratamiento procesal de los justiciables, según la dispone el artículo 2º inciso 2) de la Constitución Política.

---

[1] En: *Legal Express* Nº 81, Año 7, 2007, Gaceta Jurídica, p. 13.

Debe tenerse presente la diferencia que existe entre el enunciado normativo y los principios. El enunciado normativo define la conducta y la consecuencia. Los principios son reglas interpretativas, orientación metodológica y base teleológica (finalidad). El primero, es la expresión en un lenguaje bien configurado, apta para interpretarse en sentido normativo. La norma, es el contenido de significado normativo que, según cierta interpretación, puede recabarse de un enunciado. Los segundos, tienen como funciones: inspirar al legislador, integrar las lagunas existentes, interpretar la norma.

2. PRECEDENTES OBLIGATORIOS JUDICIALES: PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Son aquellos precedentes de obligatorio cumplimiento emitidos al amparo del artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya atribución de dictar principios jurisprudenciales corresponde a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, quienes a través de ejecutorias fijan criterios jurisprudenciales de observancia obligatoria, y además por ser el órgano encargado de ejercer la *función uniformadora de la jurisprudencia nacional* a través del recurso de casación como lo preceptúa el artículo 384º del Código Procesal Civil.

El carácter vinculante de estos principios es relativo, pués cualquier juez por excepción puede apartarse del criterio, siempre que motive adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente que desestima y de los fundamentos que invoca. Se trataría de una "obligación relativa", ya que se permite a cualquier juez apartarse de dichos principios, en la medida que motiven adecuadamente su resolución.

Adicionalmente, el artículo 116º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, creó la figura de los denominados "plenos jurisdiccionales" (nacionales, regionales, distritales), cuya finalidad es que los integrantes de las Salas Especializadas se reúnan para concordar la jurisprudencia de su especialidad. Aunque entre los años 1997 y 2005 se han celebrado 112 plenos jurisdiccionales nacionales, los acuerdos a *los que se arriba en dichas sesiones no tienen fuerza vinculante alguna.*

Además de principios jurisprudenciales, la Sala Plena de la Corte Suprema se encuentra facultada también para crear doctrina jurisprudencial (Stare Decisis), esto es, para fijar precedentes obligatorios que tendrán que ser obligatoriamente observados por los jueces y salas superiores, esto es, vinculando a los órganos jurisdiccionales del Estado. Esta facultad se encuentra regulada por el artículo 400º del Código Procesal Civil. Esta norma no prevé la posibilidad de que los jueces inferiores se desvinculen del criterio de la decisión, ni siquiera justificando expresamente las razones. La sentencia del Pleno Casa-

torio tiene efectos *ex nunc,* por lo que los procesos resueltos con anterioridad a la decisión bajo criterios diferentes, mantiene plena vigencia al estar protegido dentro del marco de la autoridad de la cosa juzgada.

En materia contencioso administrativa, el artículo 34º de la Ley No. 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, con una mejor técnica, dispone que las decisiones de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema constituyan doctrina jurisprudencial, y que por tanto, los jueces y tribunales no pueden apartarse de ella, a menos "que se presenten circunstancias particulares en el caso que conocen y que motiven debidamente las razones por las cuales se apartan de la doctrina jurisprudencial". No recoge la posibilidad de explicar las razones de su apartamiento, sino que les autoriza a explicitar las circunstancias que permiten distinguir el caso que se encuentran conociendo, de aquél en el que la Corte Suprema sentó el criterio vinculante.

En materia penal, el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado mediante el artículo 2º del Decreto Legislativo No. 959, tiene similitud con los términos utilizados por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, existen diversos precedentes vinculantes en el ámbito penal, en el que los vocales integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, reunidos en pleno jurisdiccional han señalado por unanimidad los principios jurisprudenciales con carácter vinculante de acuerdo a lo regulado por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En materia laboral, se presenta una situación excepcional, al no existir un dispositivo legal que viabilice la emisión de precedentes de observancia obligatoria, y al establecer el inciso d) del artículo 56º de la Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 26636, la posibilidad de alegarse como causal de casación la contradicción del fallo superior con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en caso objetivamente similares siempre que dicha contradicción esté referida a una de las otras de casación (aplicación indebida, interpretación errónea o inaplicación de una norma de derecho material). No existe necesidad de que previamente se haya efectuado un pleno casatorio.

Las tendencias jurisprudenciales de una Sala Superior legalmente no pueden generar principios jurisprudenciales.

3. HECHOS QUE SUSTENTAN EL PROCESO

En julio del año 2000 se produjo un accidente, consistente en el derrame de mercurio mientras se realizaba su transporte de las minas de Yanacocha, Cajamarca a Lima, por la empresa RANSA. Esto afectó a muchas poblaciones,

causando daños a la salud de los pobladores de las localidades de San Juan de Choropampa, Magdalena y Querecotillo, habiéndose visto perjudicados con la alta toxicidad del mercurio. Las víctimas recolectaron el mercurio por su valor comercial y lo depositaron en sus viviendas en ambientes cerrados, permitiendo su volatilización. Mediante el ofrecimiento de una recompensa se logró recuperar casi todo el mercurio. La empresa Minera Yanacocha celebró transacciones con distintos afectados por concepto de la indemnización. Una de las transacciones la realizó una madre de familia, quien actuó por derecho propio y en nombre de sus tres menores hijos. Un hecho importante es que no fue una sola transacción celebrada entre las partes (setiembre 2000), sino que luego se celebró una adenda mediante la cual el monto de la indemnización se duplica para los tres menores de edad (noviembre 2000). Luego, la madre de familia, quien actuó por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos, desconoció la transacción extrajudicial que inició el proceso judicial en cuestión, peticionando el resarcimiento del mismo daño sufrido por ella y por sus hijos. Entre la parte demandante y la empresa Minera Yanacocha S.R.L. se celebraron tres transacciones extrajudiciales; la primera, con la demandante por derecho propio, y en representación de sus menores hijos las dos siguientes, así como se adicionaron sendas adendas a cada una de ellas, todas con firmas debidamente legalizadas por Notario. En el proceso iniciado, la empresa Yanacocha deduce la excepción de transacción, amparándose en el artículo 453º del Código Procesal Civil, excepción que se declaró fundada en parte en primer grado (respecto de los hijos más no de la madre) y en su totalidad en segundo grado.

Lo trascendente, es que siendo menores de edad tres de los afectados, éstos fueron representados por su madre (la demandante del proceso), por lo que de acuerdo con el artículo 1307º del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la transacción, según lo dispuesto por los artículos 447º y 448º del Código Civil; sin embargo, en este caso, la aprobación del juez fue un año después de celebrada la transacción. El proceso judicial en cuestión, reproduce lo discutido en otros procesos similares iniciados por diferentes pobladores, que igualmente habían celebrado transacciones con la empresa Minera Yanacocha.

4. TEMAS EN DISCUSIÓN EN EL PLENO CASATORIO

Reflexionaremos sobre los siguientes temas puestos en discusión en los diversos expedientes tramitados individualmente por cada uno de los afectados, y que fueron de conocimiento tanto por la Sala Civil Permanente como de la Transitoria, lo que originó que se hayan emitido sentencias contradictorias que han dado origen al primer Pleno Casatorio:

a. Si la transacción extrajudicial puede ser sustento de la excepción de transacción.

   La Sala Civil Transitoria no acogía la excepción propuesta, argumentando que el artículo 453º del Código Procesal Civil hace referencia a que la transacción es fundada si se inicia un proceso idéntico a otro que concluyó por transacción judicial, lo que no ha sucedido en este caso, ya que se trata de una transacción extrajudicial; mientras que la Sala Civil Permanente acogía la excepción señalando que el artículo 1302º del Código Civil establece, que por la transacción las partes deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, teniendo el valor de cosa juzgada y que, por consiguiente, la transacción previa al proceso impide que se demande tomando como base los mismos hechos.

b. La incidencia de la aprobación judicial para la validez de la transacción en que participan menores representados por sus padres.

   De acuerdo con el artículo 1307º del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la transacción, según lo dispuesto en los artículos 447º y 448º del Código Civil. En el presente caso, la aprobación del juzgado de familia se produjo un año después de celebrada la transacción.

5. TEMAS EN DEBATE EN LA AUDIENCIA PÚBLICA

Luego del informe de los abogados de la parte demandada empresa Minera Yanacocha (Bruno Marchese, Fausto Viale) y de la empresa RANSA (Jorge Avendaño), lamentándose la ausencia de los abogados de la parte demandante, hubo un debate con las preguntas formuladas por algunos magistrados del pleno y la participación de los abogados. El Vocal Supremo ponente Ticona Postigo remarcó que la transacción judicial y la transacción extrajudicial regulan situaciones y consecuencias distintas; la primera se encuentra sujeta a control judicial y a una mayor exigencia, la segunda tiene un mayor campo; y en la parte final de sus repetidas intervenciones, señaló que la autorización a celebrar la transacción en representación de menores (trámite previo) se verificó un año después de celebrada la transacción. El Vocal Supremo ponente Vásquez Vejarano puntualizó respecto al contenido de la transacción, concretamente en qué consistieron las concesiones recíprocas y la disponibilidad de los derechos transigidos desde la perspectiva del daño a la salud de carácter extrapatrimonial. El Vocal Supremo Salas Gamboa señaló la naturaleza del daño a la ecología. Los Vocales Supremos Sánchez - Palacios Paiva y Villa Stein se refirieron a cuáles serían los efectos a la comunidad jurídica y el principio de la autonomía de la voluntad, respectivamente.

6. TEMAS AJENOS AL OBJETO CENTRAL DEL PLENO CASATORIO

La nulidad de acto jurídico o de invalidez o ineficacia de la transacción extrajudicial por vicio de la voluntad. La revisión del artículo 1455º del Código Civil que fija la improcedencia de la demanda por lesión en los casos de transacción, pues como bien señala el doctor Nelson Ramírez Jiménez, "(…) todo indica que las prestaciones y concesiones recíprocas que dieron contenido a la transacción celebrada no fueron justos ni menos un intercambio equilibrado. La justicia conmutativa estuvo ausente. Sin embargo, ese problema social y ético no se puede solucionar con la excepción procesal en cuestión" [2].

7. LA TRANSACCIÓN EN LA CODIFICACIÓN CIVIL PERUANA Y EN EL DERECHO COMPARADO

El artículo 1302º del Código Civil, otorga a la transacción extrajudicial los efectos de cosa juzgada (asimismo lo contemplan textualmente siguiendo la influencia directa del Código Civil francés de 1804 artículo 2052º, por ejemplo, los Códigos Civiles argentino artículo 850º, chileno artículo 2460º, ecuatoriano artículo 2386º, venezolano artículo 1718º, boliviano artículo 949º, colombiano artículo 2483º, mejicano artículo 2953º, español artículo 1816º). No han adoptado fórmulas análogas, el Código Civil alemán en el numeral 1 del parágrafo 779, italiano en el artículo 1965 º y Portugal en el artículo 1248º. Esta regla no la consignó el Código Civil Peruano de 1936. El legislador peruano del Código Civil de 1984 justificó este efecto porque no cabe la lesión en la transacción, ya que las partes se hacen concesiones recíprocas.

La sentencia del Pleno Casatorio en su argumentación sigue a las doctrinas española y argentina. Se omite desarrollar las duras críticas que han merecido las normas en el Código Civil francés. La doctrina francesa dice que esta asimilación entre el efecto de la transacción con el valor de la cosa juzgada es inexacta: "Los efectos de transacción se explican simplemente por su fuerza obligatoria y por la regla general de que las convenciones son la ley entre las partes"[3].

El profesor sanmarquino René Boggio Amat y León, en su obra "Obligaciones" comentando el artículo 1307º del Código Civil de 1936, destaca que se conside-

---

[2] En: *El Peruano*, 3 de enero de 2008, página 13; asimismo en el Suplemento de Análisis Legal Jurídica de fecha 12 de febrero de 2008, p. 5.

[3] Ripert, Georges y Boulanger, Jena, Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol, citado por Rómulo Morales Hervias. En: Diálogo con la Jurisprudencia Nº 114, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2008, p. 46.

ra la transacción no como un contrato sino como uno de los modos de extinguir obligaciones (aunque en el fondo no se puede negar la naturaleza contractual de la transacción ya que siempre supone un acuerdo de voluntades)[4].

El maestro sanmarquino José León Barandiarán, destaca que lo esencial en la transacción es que no puede hacerse sino mediante concesiones recíprocas de las partes, siendo indispensable que cada contrayente sacrifique parte de sus derechos o pretensiones, sin que sea necesario que haya equivalencia entre las concesiones. La transacción debe versar sobre algún punto dudoso o litigioso. Esto es lo característico de la institución. Señala el citado autor: "El Código Civil de 1936 no declara como el antiguo de 1852 (artículo 1728º) que la transacción produce entre las partes la excepción de cosa juzgada. La supresión es pausible. La transacción comporta un acto jurídico destinado a arreglar los derechos entre las partes; como tal está sometido a la regla propia de los contratos, de que ellos son obligatorios para los contrayentes. (…) No ha habido –remarca Rosetti- un solo tratadista moderno que sostenga que la transacción es idéntica a la cosa juzgada, y casi todos están acordes en negar la pretendida asimilación que se hace entre ambas instituciones…En realidad, el artículo 2460º del Código Civil chileno es más bien que una regla de derecho, una metáfora jurídica (…)"[5]. En la práctica judicial se han presentado casos de procesos sobre nulidad de transacción por no contener concesiones recíprocas.

En esta línea, el destacado civilista Manuel Albaladejo apoya esta tesis, al decir que la ley, para dar una idea del carácter obligatorio de la transacción, habla metafóricamente, que para las partes tiene la autoridad de la cosa juzgada, no puede interpretarse en su sentido literal[6].

Por su parte, el maestro Jorge Eugenio Castañeda en su obra "Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones" al desarrollar la naturaleza jurídica de la transacción señala: "La transacción constituye un acto jurídico bilateral, ya que requiere la intervención de la voluntad de ambas partes. Más propiamente, es un contrato, por lo que se requiere que las partes estén conformes sobre todos los extremos del contrato para considerar la validez de la transacción (…)"[7].

La transacción no produce la cosa juzgada, lo cual es consustancial a la sen-

---

4 Lima, Universidad de Lima, Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas, Serie Derecho y Ciencias Políticas Nº 1, 1982, p. 94.

5 *Tratado de Derecho Civil*, Las Obligaciones, Lima, WG editor, Tomo III, Vol. II, pp. 576, 577 y 583.

6 Derecho Civil, Barcelona, Ed. Bosch, Tomo II, Vol. II, 1979, página 443.

7 Lima, 1954, Tomo III, "Modos de extinción de las obligaciones", p. 353.

tencia judicial, pero *no impide que pueda producir efectos similares a los de la cosa juzgada*, entre los cuales destaca la preclusión de iniciar un proceso judicial, pero para que se produzca dicha preclusión es indispensable que se homologue judicialmente dicha transacción.

En conclusión, Francisco Peláez en su obra "La transacción. Su eficacia procesal" señala que cuando el Código Civil dice que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, está utilizando una expresión metafórica, con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato, entre las partes contratantes[8].

Por otra parte, la transacción judicial y la transacción extrajudicial se distinguen por la congruencia entre las prestaciones pactadas con el derecho en litigio; en el caso de la transacción judicial, conforme lo señala el artículo 337º del Código Procesal Civil "no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso", a diferencia de la transacción extrajudicial recogida en el artículo 1302º del Código Civil que señala: "con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes". De la lectura de las citadas normas se puede afirmar que "en la transacción judicial no puede operar la liberalidad sin límite en las concesiones recíprocas, situación que sí permite la transacción extrajudicial; además, esta última no requiere de homologación como sí se permite en la transacción judicial; pero la distinción no se agota en ello, sino en la autoridad de la cosa juzgada que encierra la transacción judicial frente a la extrajudicial"[9].

Asimismo, las clases de transacción se distinguen por el tratamiento procesal. La ejecución de la transacción judicial se realizará bajo los alcances del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, por haberse homologado el acuerdo, el mismo que constituye el título de ejecución, que regula el inciso primero del artículo 713º del Código Procesal Civil; por su parte, el documento privado que contiene una transacción extrajudicial, tiene mérito ejecutivo (inciso 5) artículo 693º del Código Procesal Civil), por lo que puede ser ejecutado en el proceso ejecutivo. Sin embargo, también se puede llegar a la transacción al interior del proceso, sin necesidad de someterla a control jurisdiccional, cuya finalidad es el efecto de la conclusión del proceso, como lo contempla el inciso 4) del artículo 322º del Código Procesal Civil.

---

8 Barcelona, Ed. Bosch, 1987, p. 169.

9 Marianella Ledesma Narváez, "La transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa", En: *Athina*, Nº 4, 2008, página 170.

8. LA EXCEPCIÓN PROCESAL Y EXCEPCIÓN DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO POR TRANSACCIÓN

Las excepciones, también llamadas *defensas de forma* son el medio a través del cual el demandado denuncia la existencia de una relación procesal inválida, sea por que se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal o una condición de la acción. Es un medio que se confiere al demandado, en virtud del cual puede poner de manifiesto al juez la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales (competencia del juez, capacidad procesal de las partes y requisitos formales de la demanda), o de uno de los presupuestos para un pronunciamiento válido sobre el fondo (legitimidad e interés para obrar), con la finalidad de paralizar y subsanar algún vicio procesal o, en su caso, extinguir la relación jurídica procesal.

Con arreglo al principio Iura Novit Curia, es el juez como titular de la potestad jurisdiccional, quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho que corresponda al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión procesal planteada, objeto del proceso. Se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez, y en consecuencia no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, existiendo el límite de respetar el principio de congruencia.

El principio *Iura Novit Curia,* no solamente permite suplir o subsanar la omisión en la calificación jurídica sino corregir el derecho mal invocado por las partes. Se realiza a través de dos funciones: a) Supletoria: cuando las partes han omitido de plano, los fundamentos jurídicos en que sustentan su demanda y, *eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso: contestación de la demanda, reconvención y excepciones*; b) Correctora: el juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso.

En principio, en materia de excepciones procesales, la jurisprudencia peruana ha establecido en aplicación del principio Iura Novit Curia que: "No incurre en nulidad la resolución que por error da denominación distinta a una excepción"[10] . En sede casatoria nacional no es admisible la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, al permitir solo el recurso extraordinario de casación la revisión de los casos denunciados específicamente bajo los supuestos del artículo 386º del Código Procesal Civil, posición manifestada por el Tribunal Constitucional[11].

---

[10] Víctor Roberto Obando Blanco, *Estudios de Derecho procesal civil*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, página 260, Tesis para optar el título de abogado.

[11] Ver Expediente Nº 8327-2005-AA/TC y Exp. Nº 7022-2007-AA/TC.

Algunos comentaristas consideran que la regulación de la excepción de "conclusión del proceso por conciliación y transacción" en el Código Procesal Civil resultó innecesaria, por motivo que tanto la conciliación procesal como la transacción en tanto conclusivas de un proceso venían equiparadas a una sentencia firme, era sumamente sencillo subsumir tales supuestos dentro de la excepción de cosa juzgada regulada por el inciso 8 del artículo 446º. Para la procedencia de la excepción de conclusión del proceso por transacción, el proceso que se instaura debe versar sobre el conflicto que fue resuelto mediante la transacción extrajudicial (incorporada al proceso y aprobada por el juez). Si bien nuestro ordenamiento procesal de manera taxativa hace referencia a la transacción judicial, no pudiendo tampoco aplicarse una interpretación analógica o extensiva puesto que las excepciones establecidas en el artículo 446º son taxativas; sin embargo, teniendo en cuenta que el inciso 8) del artículo 446º del Código Procesal Civil prevé en forma general la excepción de cosa juzgada, podría entenderse dentro de este supuesto, no sólo a las sentencias judiciales firmes que tienen la autoridad de la cosa juzgada, sino aquellos actos a los que la norma les da ese carácter, como es el caso de la transacción extrajudicial o el desistimiento de la pretensión procesal[12] .

La sentencia del Pleno Casatorio con relación a si en base a la transacción extrajudicial –no homologada– se puede deducir la excepción de cosa juzgada, señala: *"(…) Opinamos que no resulta viable su proposición como defensa de forma bajo esa denominación, sino más bien creemos que se puede plantear como excepción de transacción propiamente dicha, toda vez, que si bien es cierto existen similitudes entre ambas instituciones –transacción y cosa juzgada- se nota la ausencia de identidad entre las mismas y más bien una mayor presencia de diferencias"*[13].

El maestro Juan Monroy Gálvez señala que no se podrá iniciar demanda por falta de interés para obrar, alegando el demandado que *Antes* del proceso o *Durante* el transcurso de uno anterior, llegó con el demandante a un acuerdo sobre sus diferencias patrimoniales, dándose ambos concesiones recíprocas, es decir, transigiendo[14] .

Por su parte, el maestro sanmarquino Jorge Carrión Lugo al analizar la "excepción de transacción" nos dice: "Cuando un proceso civil haya concluido mediante la transacción y, no obstante ello, se inicia un nuevo proceso idéntico a aquél, en

---

12 Artículo 344º del Código Procesal Civil.

13 Fundamento jurídico 25.

14 "Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano", en la obra *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Lima, Comunidad, 2003, p. 360; publicado asimismo en *Thémis*, Segunda Época, Nº 27-28, Lima, 1994, página 127.

el segundo proceso el demandado puede perfectamente deducir la excepción de conclusión del proceso por transacción o simplemente la excepción de transacción (arts. 446º, inc. 10) y 453º, inc. 4, Código Procesal Civil)"[15] . La solución está en que la transacción debe ser un medio eficaz para resolver un conflicto.

En posición contraria, están quienes sostienen que no se puede confundir la excepción de conclusión del proceso por transacción con la "excepción de transacción". Respecto a la excepción de conclusión del proceso por transacción conforme establece el artículo 453º del Código Procesal Civil, sólo puede ampararse si se trata de un proceso idéntico. La excepción a que se contrae el inciso 10) del artículo 446º del Código Procesal Civil, es una en la que alegue que un proceso –anterior– ha concluido por transacción. Por tanto, la misma debe entenderse como transacción judicial y no extrajudicial, criterio asumido por un sector de la jurisprudencia del tribunal supremo como citar el caso de la Casación Nº 730-2005-Cajamarca de fecha 9 de junio de 2006 ("El Peruano", 04 de diciembre de 2006) expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que cita lo señalado por Alberto Hinostroza Mingues (fundamento jurídico 7), quien al comentar los efectos del amparo de la excepción de conclusión del proceso por transacción, refiere que la misma debe entenderse como transacción judicial y no extrajudicial, porque de la misma denominación de la excepción se determina como requisito que ponga fin a un proceso idéntico terminado por transacción lo que sólo puede darse con la transacción judicial; así sostiene: "(…) la esencia de la conclusión del proceso por transacción radica en el carácter de cosa juzgada que tiene la figura jurídica que le sirve de presupuesto, que hace inviable toda revisión del asunto sobre el cual recayó la transacción, y sólo la transacción judicial (o la extrajudicial, realizada fuera del proceso e incorporada a él por las partes y aprobada por el Juez, convirtiéndola esto último en judicial), adquiere la calidad de cosa juzgada (…). Se justifica la exclusión de la transacción extrajudicial (…) porque aquella puede adolecer de nulidad o anulabilidad (…) no alterándose, por tanto, las relaciones jurídicas sustanciales que constituyeron su objeto (…)"[16] .

Por su parte, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los expedientes Nº 2383-2005-Cajamarca, Nº 2163-2006-Cajamarca, Nº 705-2007-Cajamarca, Nº 733-2007-Cajamarca, Nº 737-2007-Cajamarca y Nº 1801-2007-Cajamarca, acogía la excepción señalando que la transacción extrajudicial tiene la calidad de cosa juzgada de acuerdo a la definición de transac-

---

15 *Tratado de derecho procesal civil*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Volumen II, 1ra. edición, p. 488.

16 *Comentarios al código procesal civil, análisis artículo por artículo*, Tomo II, Primera Edición, Gaceta Jurídica Sociedad Anónima, Lima, 203, pp. 896 y 897.

ción del artículo 1302º del Código Civil, al poner fin a algún asunto dudoso o litigioso evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado, por lo tanto, no se contraviene los artículos 446º, inciso 10), y 453º, inciso 4) del Código Procesal Civil, así como tampoco se vulneran los artículos 5º y 1305º del Código Civil, al estar transándose la indemnización sobre el daño que sufrió la parte afectada por el derrame de mercurio, por lo que si bien el daño puede ser extrapatrimonial, toda indemnización por sí misma se configura como un derecho patrimonial, respecto al cual sí se puede transigir, y que por consiguiente, la transacción previa al proceso impide que se demande en base a los mismos hechos.

La profesora Eugenia Ariano Deho al abordar el tema "De la excepción de transacción a la 'excepción de conclusión del proceso por transacción' " señala: "(…) Del propio inciso 10) del artículo 446º del Código Procesal Civil, así como del inciso 4) del artículo 453º del Código Procesal Civil, se infiere, sin ofrecer posibilidad de duda, que el supuesto de hecho de la 'excepción' (que no se olvide conduce a la 'nulidad de todo lo actuado y a la conclusión del proceso', conforme lo dispone el inciso 5) del artículo 451º del Código Procesal Civil) es la existencia de un previo proceso idéntico a aquel en el que se ha planteado la excepción, un proceso, en su momento, terminado por transacción; es decir, a la figura de conclusión 'especial' del proceso expresamente regulada por el artículo 337º del Código Procesal Civil". Sobre esta premisa, la profesora Ariano Deho concluye: "Por lo tanto, resulta por demás obvio que en el inciso 10) del artículo 446º del Código Procesal Civil, no alberga, a secas, la 'excepción de transacción', es decir, la alegación por parte del demandado de la existencia de un acuerdo transactivo (prescindiendo de que haya habido un previo proceso sobre la controversia transada), sino una figura mucho más delimitada: que hubo un proceso previo idéntico sobre cuyo objeto las partes celebraron un acuerdo transactivo, acuerdo que, previa aprobación judicial, provocó el fin a tal proceso ex artículo 337º del Código Procesal Civil" [17] . Esta posición de Ariano también aparece en su obra "El proceso de Ejecución," al desarrollar si la transacción extrajudicial puede hacerse valer como excepción, señala que: "Dada la regulación taxativa de las excepciones no se podría, puesto que el inciso 10) del artículo 446º del Código Procesal Civil, hace referencia al supuesto de conclusión de proceso por transacción. Luego, sólo podría hacerse valer como defensa de fondo, como hecho extintivo o modificativo del derecho del actor, que fundamenta su pretensión"[18].

---

17 En: *Actualidad Jurídica*, Lima, enero 2008, Tomo 170, pp. 13 y 14.

18 Lima, Rodhas, 1996, p. 217.

En la misma posición, la profesora Marianella Ledesma Narváez señala: "Si la transacción se celebra fuera del proceso y con antelación a este, no genera el efecto de la cosa juzgada. Tampoco permite oponer la excepción de transacción al proceso ya iniciado con posterioridad a su celebración, porque la regulación del inciso 10 del artículo 446º del Código Procesal Civil, requiere de la existencia de un proceso judicial que haya concluido por transacción. La transacción extrajudicial, es sencillamente el argumento para una excepción de derecho material o de fondo, más no procesal, referido a un hecho que se aporta al proceso con la finalidad de hacer inaplicable la pretensión del actor; por ello, nuestra legislación no contempla de manera expresa la 'excepción de transacción', sino la de 'conclusión del proceso por transacción', la cual requiere necesariamente de la existencia de un proceso que haya concluido"[19] .

El profesor Rolando Martel Chang afirma que para proponer una excepción de conclusión del proceso por transacción, es necesario que ella se sustente con una transacción judicial debidamente aprobada por el órgano jurisdiccional, resultando claro que lo que se está denunciando es la falta de interés para obrar del demandante. Observa que no todos los defectos relacionados con las condiciones de la acción y los presupuestos procesales pueden ser denunciados mediante las excepciones, ilustrando esta idea relacionándola con el interés para obrar, el petitorio jurídicamente imposible o la indebida acumulación de pretensiones. En estos casos la demanda es improcedente, según los preceptos del artículo 427º del Código Procesal Civil. Por ello, plantea que: "El Código Procesal permite a la parte demandada formular la nulidad procesal para denunciar defectos relativos a las condiciones de la acción y a los presupuestos procesales de forma, que no pueden denunciarse vía excepción, al no haber sido previstos expresamente por la norma procesal"[20]. Sin embargo, discrepamos con Martel de su propuesta al señalar: "(…) Somos de la idea de que hubiera sido lo correcto proponer la nulidad y no la excepción, con lo cual no se alteraba la naturaleza de las cosas ni de las normas que regulan las excepciones (…)"[21] debido a que la nulidad de actuados importa un incidente (procedimiento interlocutorio) y si el demandado alega haber celebrado con el demandante una transacción extrajudicial debe ser opuesto como argumento de defensa de fondo, pues sólo de ese modo el demandado y el juez van a tener una amplia etapa para determinar la validez de tal acto.

---

19 "La transacción extrajudicial y los mecanismos procesales de defensa", En: *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 112, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2008, p. 170.

20 "Las defensas de forma y el Primer Pleno Casatorio Civil", En: *Actualidad Jurídica* Nº 174, Lima Gaceta Jurídica, mayo 2008, p. 85.

21 Ob. Cit., p.85.

Nuestra posición se encuentra en la *interpretación sistemática* de los artículos 446º numeral 10) y 453º del Código Procesal Civil, que sólo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción extrajudicial no es inmutable. Por tanto, **el** argumento de la transacción extrajudicial deberá hacerse valer como defensa de fondo conjuntamente con la contestación, como hecho extintivo o modificativo del derecho del demandante, que fundamenta su pretensión procesal, objeto del proceso. *Será el juez quien determinará la validez de tal acto,* pudiendo declarar de oficio la nulidad manifiesta, con observancia del principio del contradictorio de las partes.

En virtud del artículo 337º del Código Procesal Civil, para que una transacción ponga fin a un proceso, ésta debe ser homologada por el juez (transacción judicial). El artículo 322º inciso 4) del Código Procesal Civil, regula la opción de concluir un proceso con declaración sobre el fondo mediante la transacción, debiendo observarse los requisitos previstos en los artículos 334º y siguientes del Código. Las excepciones reguladas en el artículo 446º del Código Procesal Civil son númerus clausus, y solo pueden proponerse las que están expresamente previstas en el Código. De acuerdo con el artículo 453º inciso 4) del Código Procesal Civil, es fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción cuando se inicia un proceso idéntico a otro en que las partes transigieron. La transacción extrajudicial se presenta cuando ésta tenga por objeto el decidir algún punto dudoso o litigioso para evitar un proceso futuro. La transacción extrajudicial no reúne los requisitos para ser considerada un título de ejecución, como sí lo es la sentencia judicial o un laudo arbitral, lo que no deriva de la interpretación literal del Código Civil de ser considerada como "cosa juzgada". En conclusión, la transacción extrajudicial es un contrato pero no un modo de extinción del proceso.

En la doctrina procesal se enseña que existen *hechos extintivos, impeditivos o modificativos* que por desconocimiento u olvido del demandante, existen al momento que ejercita su derecho de acción sin que éste lo advierta. Estos hechos están referidos, no al proceso, sino se refieren al derecho sustantivo del demandante o a la relación jurídica sustantiva establecida previamente al proceso con el demandado. En consecuencia, estos hechos conforman una defensa típica antes que una excepción, relacionados a la defensa de fondo del demandado.

La doctrina del derecho civil es unánime en cuestionar el hecho de que no pueden asimilarse íntegramente los efectos de la transacción a los de la cosa juzgada, dado que, por ejemplo, la característica esencial de la cosa juzgada se encuentra en su inmutabilidad sin la cual simplemente no tendría razón de ser. En cambio, la transacción siendo un contrato, no goza de esta inmutabilidad, sino más bien puede ser objeto de nulidad o anulabilidad. *La transacción tiene fuerza de ley entre las partes* según los principios del derecho de los contratos,

siendo por tanto su finalidad poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo. El efecto preclusivo de la transacción no convierte sus efectos jurídicos en inmutables.

El profesor Aníbal Torres Vásquez, ante el problema de excluir la transacción extrajudicial de los alcances del artículo 453 inciso 4) del Código Procesal Civil, ya que ésta puede adolecer de nulidad o anulabilidad (artículo 219º al 229º), señala que significaría dejar sin efecto el artículo 1302º del Código Civil que define a la transacción ,señalando que es el acto por el que "las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado", decisión que para ellas tiene la calidad de cosa juzgada, la misma que es el sustento de la seguridad jurídica.[22]. En esta misma posición encontramos al profesor Juan Morales Godo, quien señala "Si ambas transacciones, la civil y la judicial, pueden ejecutarse de acuerdo a las reglas de los procesos de ejecución (…) adquiriendo ambas la calidad de cosa juzgada; de la misma forma ambas pueden ser opuestas por alguna de las partes, como excepción procesal. El tema es claro respecto de la transacción judicial, en virtud a que el artículo 713º inciso 1) del Código Procesal Civil hace referencia a ella. Sin embargo, por interpretación analógica podemos concluir que la transacción civil, que tiene las características principales comunes con la judicial, también podría ser deducida como excepción, para poner fin a un litigio, cuyas pretensiones versan sobre lo que ha sido materia del acuerdo transaccional"[23].

9. NULIDAD MANIFIESTA

La Sentencia del Pleno Casatorio sostiene lo siguiente: "Situación diferente se manifestaría si es que al momento de resolver la excepción el juzgador considere –en el ejercicio del control judicial que prevé el artículo 220º del Código Civil– que las transacciones extrajudiciales presentadas son inválidas o ineficaces (…)[24].

Como se señaló anteriormente, lo trascendente en el caso en cuestión, es que siendo menores de edad, tres de los afectados, éstos fueron representados por su madre (la demandante del proceso), por lo que de acuerdo con el artículo 1307º del Código Civil, era exigible la aprobación judicial, previa a la tran-

---

22 En: *Actualidad Jurídica*, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2008, Tomo 170, p.a 22.

23 "¿La transacción civil puede oponerse como excepción procesal?" En: *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 114, Gaceta Jurídica, marzo 2008, p. 141.

24 Fundamento jurídico 39.

sacción, según lo dispuesto por los artículos 447º y 448º del Código Civil; sin embargo, en este caso, la aprobación del juez fue un año después de celebrada la transacción.

Respecto a la transacción sobre derechos de menores de edad, el Pleno Casatorio conforme a lo prescrito por dichos dispositivos legales, sostiene: "(…) Si bien en el artículo 447º se dice que se requiere contar con *previa autorización judicial*, por su parte el artículo 1307º preceptúa que se debe contar con la *aprobación del juez*, no indicando si esta debe ser anterior o posterior a la celebración de la transacción. Es más, el artículo 447º no sanciona con nulidad cuando se ha realizado alguno de los actos jurídicos que señala sin contar con la autorización previa, por tanto bien se puede tener dicha autorización posteriormente. Caso distinto es el de la transacción, donde no se menciona que la aprobación del juez debe ser necesariamente anterior a su celebración, con lo cual se concluye que ella pueda ser posterior a su realización. El hecho concreto es que debe contarse con tal aprobación, como en efecto aconteció en el caso de autos"[25].

Cabría declarar de oficio la nulidad del acto jurídico (transacción extrajudicial), en aplicación del segundo párrafo del artículo 220º del Código Civil, siendo congruente que la transacción extrajudicial es el sustento de la excepción procesal deducida y la inobservancia de normas de orden público. Sin embargo, debe observarse que dicha potestad debe ejercerla respetando el debido proceso y, particularmente, el derecho de defensa de las partes, por ser un mandato imperativo regulado en el artículo 50º, inciso 2 del Código Procesal Civil. Tal es el criterio seguido en la jurisprudencia nacional, como el que señala la Casación Nº 1324-05-Puno de fecha 3 de abril del 2006, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 30 de octubre de 2006.

En la doctrina nacional, el profesor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena en su obra *El negocio jurídico* señala: "Por nulidad manifiesta se conoce aquella que no requiera de otro exámen o información diferente a la constante en el documento que instrumente el negocio o aquella a la que el juez haya accedido en el curso de un procedimiento en el cual el negocio haya surgido, si bien no como cuestionado en su validez"[26] . El autor, fija su posición en que la ley le da al juez la posibilidad de declararla si en el curso de un proceso tomara conocimiento de ella, porque el juez no puede permanecer impasible ante un negocio, por ejemplo, inmoral o ilegal, y está aceptada por varios ordenamientos legales, como el argentino, el brasileño, el colombiano y el español.

---

25 Fundamento jurídico 80.

26 Lima, Librería Studium Editores, Primera Edición, 1986, p. 413.

Se ha señalado, que la bondad del segundo párrafo del artículo 220º del Código Civil es que no toda nulidad puede ser tomada en cuenta, sino solo la manifiesta. Sin embargo, deberá establecerse límites (vg. el juez tenga competencia si la nulidad hubiera sido demandada, la causal de nulidad esté de manifiesto en el propio acto, observancia del principio del contradictorio a las partes del proceso y si éste involucra a terceros), para que no se convierta en una atribución desmedida del juez, como ocurriría en el caso de declararse la nulidad de las transacciones sobre alimentos que se dan en el curso de procesos judiciales en un proceso de prorrateo de alimentos, pués en definitiva sería como si de oficio, un juez declare la nulidad de la sentencia de otro juez[27]. En otros ordenamientos no se establece límite (manifiesta), estableciendo que la nulidad puede ser declarada de oficio sin diferenciación alguna, como ocurre con el artículo 1421º del Código Italiano que establece "Salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser alegada por cualquiera que tenga interés y puede ser declarada de oficio por el juez".

10. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL

La Sala Plena de la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación, otorgando eficacia a la transacción extrajudicial dentro de un proceso donde se discute la materia transigida**,** señalando como precedente vinculante que *la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal* conforme a lo regulado por el inciso 10) del artículo 446º e inciso 4) del artículo 453º del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre la transacción.

Respecto a las transacciones celebradas en relación con derechos de menores de edad, las que deben ser autorizadas por el juez conforme a ley, la Sala Plena deja establecido que las transacciones extrajudiciales realizadas por los padres de un menor de edad, *aprobados después por un juez*, cumplen con el artículo 448º del Código Civil. En consecuencia, el acto que efectuaron los padres en nombre de sus hijos transigiendo, resulta válido.

Finalmente, se refiere que la *legitimidad para obrar activa*, en defensa de los intereses difusos –entiéndase derechos colectivos-, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82º del Código

[27] Ver Casación Nº 1864-2000-San Román expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 07 de marzo de 2001.

Procesal Civil, es decir, sólo pueden reclamar daños ambientales las instituciones sin fines de lucro, gobiernos regionales, municipales, comunidades campesinas o nativas, entre otras, pero no las personas naturales. En consecuencia, la persona natural no puede solicitar una indemnización alegando daños ambientales.

Sobre el precedente vinculante, que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente pueda ser opuesta como excepción procesal y la validez de las transacciones en que participan menores, aprobados después por un juez, a opinión personal, no cumplen los presupuestos establecidos en la norma procesal y norma sustantiva, respectivamente, los que han sido desarrollados en este trabajo, destacando que el acto jurídico nulo no puede ser confirmado o convalidado.

Coincidimos con Aldo Zela cuando señala "el Pleno Casatorio pudo haber brindado un mensaje social trascendental sobre el peligro de la contaminación y las precauciones que deben tomarse al respecto, sin embargo, la Corte Suprema optó simplemente por no asumir el problema, dejando un gran sensación de impunidad"[28].

11. CONCLUSIONES

1. La doctrina jurisprudencial debe entenderse como la resolución que emerge del Pleno Casatorio. Una de las carencias de nuestro sistema judicial es no haber podido generar una política jurisdiccional a nivel de nuestro tribunal supremo en el llamado Pleno Casatorio, o también fallo plenario, sentencia normativa, acordadas.
2. La transacción siendo un contrato, no goza de la característica de la inmutabilidad de la cosa juzgada sino más bien puede ser objeto de nulidad o anulabilidad. La transacción tiene fuerza de ley entre las partes según los principios del derecho de los contratos, siendo por tanto su finalidad, poner fin a las cuestiones transigidas, ellas no pueden ser discutidas de nuevo. El efecto preclusivo de la transacción no convierte sus efectos jurídicos en inmutables.
3. Cuando el Código Civil en su artículo 1302º último párrafo dice que la transacción tiene entre las partes la autoridad de la cosa juzgada, está utilizando una expresión metafórica con la única finalidad de reforzar la eficacia que tiene para que no quede reducida a ser ley, como cualquier otro contrato, entre las partes contratantes.

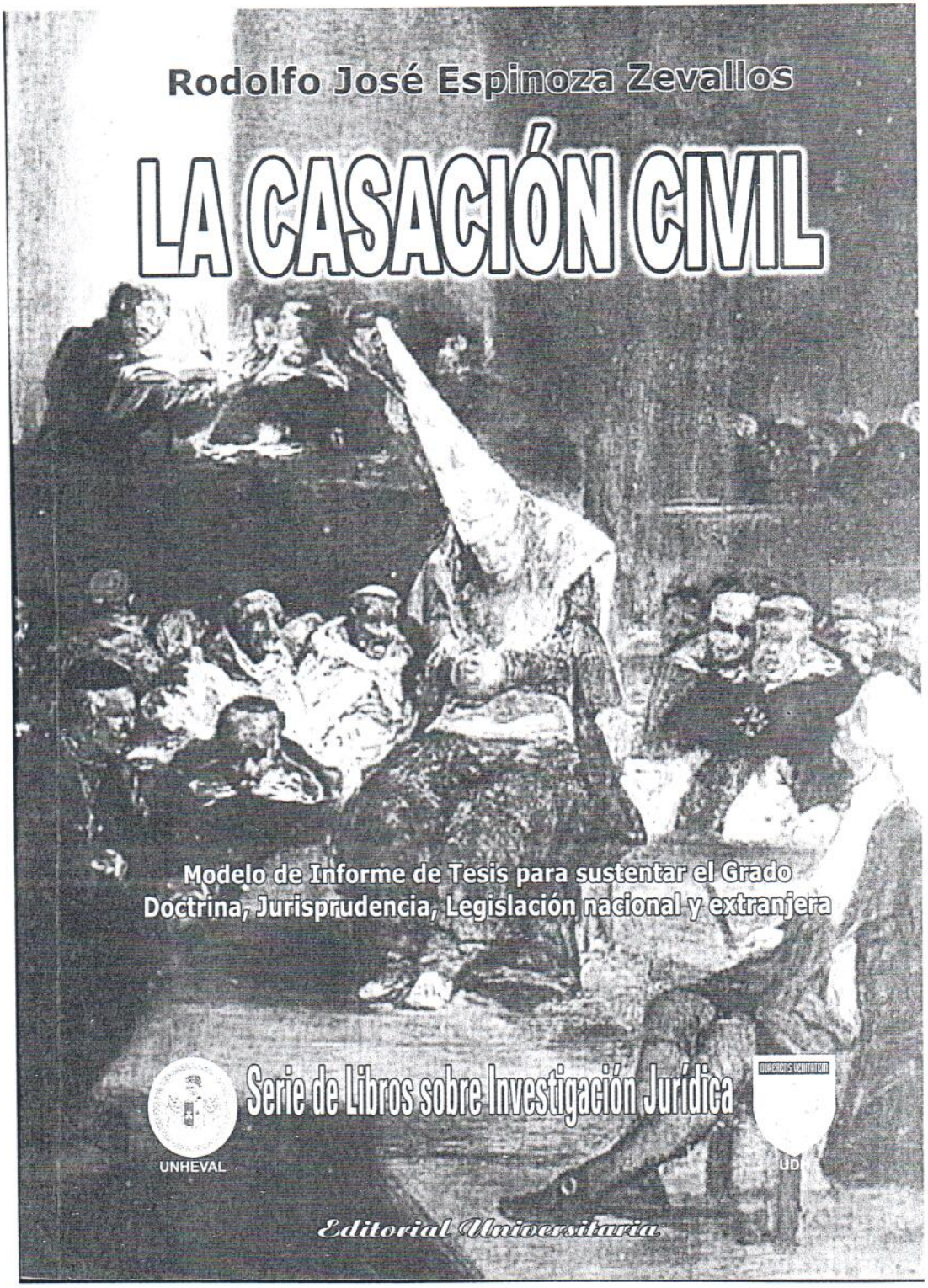
---

[28] *Diálogo con la Jurisprudencia* Nº 116, Gaceta Jurídica, mayo 2008, p. 69.

4. Nuestra posición se encuentra en la *interpretación sistemática* de los artículos 446º numeral 10 y 453º del Código Procesal Civil, que sólo admite que la transacción sea opuesta cuando se trate de una transacción judicial, además la transacción extrajudicial no es inmutable. El artículo 322º inciso 4) del Código Procesal Civil regula la opción de concluir un proceso con declaración sobre el fondo mediante la transacción, debiendo observarse los requisitos previstos en los artículos 334º y siguientes del Código. Las excepciones reguladas en el artículo 446º del Código Procesal Civil son númerus clausus, y sólo pueden proponerse las que están expresamente previstas en el Código.
5. El argumento de la transacción extrajudicial, por tanto deberá hacerse valer como defensa de fondo, como hecho extintivo o modificativo del derecho del demandante, que fundamenta su pretensión procesal, objeto del proceso. Será el juez quien determinará la validez de tal acto, pudiendo declarar de oficio la nulidad manifiesta, con observancia del principio del contradictorio de las partes.

UNIDAD II LOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA Y LA CASACION CIVIL

- **La casación Civil, Rodolfo José Espinoza Zevallos. Editorial Universitaria UN HEVAL p. 23-32.**


Rodolfo José Espinoza Zevallos
LA CASACIÓN CIVIL
Modelo de Informe de Tesis para sustentar el Grado
Doctrina, Jurisprudencia, Legislación nacional y extranjera
Serie de Libros sobre Investigación Jurídica
UNHEVAL
UD
Editorial Universitaria

TÍTULO I
MARCO TEÓRICO

Capítulo 1
Marco Conceptual

Para el desarrollo de la presente investigación es necesario precisar los siguientes términos operativos o claves operacionales, a partir de nociones básicas, conceptos y definiciones relacionadas con la casación:

1.1. Etimología de Casación.

El término casación se halla etimológicamente comprendido en la palabra anulación, por lo que existe coincidencia en torno al origen de la voz en latín quessare, que equivale a romper o sacudir violentamente. Para Casarino, la noción etimológica de la palabra casación la encontramos en el verbo latino cassare, que significa quebrar, anular, destruir, etc.; y en sentido figurado, equivale a derogar, abrogar, deshacer, etc. En un sentido restringido, y de acuerdo a los usos forenses, casar significa anular, invalidar, dejar sin efecto, etc[1].

Existe coincidencia en la doctrina en el sentido que "casación" proviene del latín "cassare", cuyo significado debe ser entendido como sinónimo de "quebrar" o "anular"; del cual deriva el verbo latino "casso" que significa "quebrantamiento" o "anulación"[2]. En la significación procesal actual, "case" sirve de prefijo para el término casación, proviene del francés "casser" que significa romper y se traduce como anular o quebrantar; de allí que, para el derecho etimológicamente las palabras "quessare", "cassare", y "casso", aluden indistintamente al efecto o resultado que pretende el recurrente a través de este recurso extraordinario de casación de anular o modificar el fallo materia de impugnación, por parte de un órgano judicial de máxima jerarquía (Corte Suprema o Sala Casatoria) en cumplimiento de los fines de control de la legalidad o uniformidad en la jurisprudencia.

---

1 CASARINO. T. IV. 1984. p. 273. (Citado por autores nacionales como Alberto Hinostroza y Julio Paredes al referirse a este recurso).

2 V. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 55.

En conclusión, teniendo en cuenta el origen de este mecanismo procesal que se encuentra modernamente en el derecho francés; de allí que casación proviene del término francés "*cassatio*"[3], derivada de la palabra francesa "*casser*" que significa romper y se traduce como anular, y etimológicamente proviene de la locución latina *cassare*, que significa quebrar o romper, en el contexto jurídico abrogar o derogar, y específicamente en el campo procesal, implica desde el punto de vista legal la acción de anular y declarar sin valor ni efecto la secuela del proceso[3].

1.2. Concepto Usual de Casación.

En el Diccionario de la Real Academia Española; casación, expresa la acción de casar o anular[4]; y se vincula al Recurso de Casación, que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento[5]. De manera casi unánime diversos diccionarios determinan el significado de casación, como la acción de casar o anular una sentencia[6]; vinculando su uso para un mayor entendimiento a otros términos como recurso y tribunal.

Siendo entendido el "recurso" de casación como un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido con las solemnidades legales. Y su fallo corresponde a un tribunal superior de justicia, habitualmente al Tribunal Supremo[7]. Con lo que queda vinculado dicho término también con el "tribunal" casatorio, función que cumple el Tribunal Supremo, conforme lo establecen la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil peruano en sus artículos 141, 32 y 384, respectivamente.

---

3 De allí que para el tratadista Escriche la aplicación procesal de la casación, implica la acción de anular y declarar sin ningún valor ni efecto.

4 Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición, p. 429.

5 Idem. p. 1116.

6 Ver p.e. Diccionario Enciclopédico Océano T.I. o el Diccionario de la RAE.

7 http://es.wikipedia.org/wiki/Recurso de casaci%nC3%B3n

1.3. Concepto Jurídico de Casación.

La casación es el recurso supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia o faltando a los trámites sustanciales y necesarios de los juicios, para que, declarándolas nulas y de ningún valor, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando respectivamente la ley o la doctrina legal quebrantadas en la ejecutoria y observando los trámites emitidos en el juicio, y para que se conserve la unidad e integridad de la jurisprudencia[8]. En buena cuenta, la casación consiste en el recurso judicial extraordinario que resuelve la suprema instancia, pudiendo declarar la nulidad de un pronunciamiento emitido por la última instancia de un proceso civil, en el cual no se ha aplicado correctamente la ley (error *in iudicando*) y/o preservar la pureza del procedimiento (error *in procedendo*).

Raúl Chanamé Orbe se refiere al recurso de casación como un "Medio técnico de impugnación extraordinario, contra sentencias y ejecutorias de los tribunales superiores, dictadas contra la jurisprudencia, la ley o los trámites sustanciales. Recurso extraordinario interpuesto ante la Corte Suprema o Tribunal Supremo contra fallos definitivos, en los casos que el ordenamiento lo contemple, en los cuales se supone se desconocen las doctrinas y se transgrede las leyes, quebrantando de las garantías del debido proceso". Tradicionalmente se establece que no pueden pronunciarse sobre pruebas actuadas o variar la apreciación de los hechos que sirven de sustento a la resolución casada, ya esto ha sido realizado por el juez y tribunal,[9] constituyéndose en elemento diferenciador del recurso extraordinario de nulidad, situación que sí se dio con el antiguo Código de Procedimientos Civiles, donde se consideraba a la Corte Suprema como una tercera instancia, como lo establecía el artículo 1133, ya que además de poder declarar la nulidad, podía fallar sobre el principal, rectificando los hechos que sustentan la sentencia o compulsar nuevamente las pruebas.

---

8 CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1979, T VII, p 55.

9 V. Diccionario Jurídico Moderno. Edit. San Marcos, Lima, 1995.

1.4. Definición de Casación.

Piero Calamandrei, define la casación como "...un instituto judicial consistente en un órgano único del Estado (Corte de Casación) que, a fin de mantener la exactitud y la uniformidad de la interpretación jurisprudencial dada por los tribunales al derecho objetivo, examina sólo en cuanto a la decisión de las cuestiones de derecho de las sentencias de los jueces inferiores, cuando las mismas son impugnadas por los interesados mediante un remedio judicial (recurso de casación), utilizable solamente contra las sentencias que contengan un error de derecho en la resolución del mérito" [10].

Humberto Cuenca (1975:27) define al recurso de casación como una acción de nulidad contra la sentencia infractora de la ley y es dirigida contra el Estado porque los errores cometidos en el fallo surgen por deficiencia del tribunal de instancia...", por su parte Tovar Lange (1951:45-46) aegura que es un medio impugnatorio del cual conoce el órgano judicial supremo con el objeto de obtener la anulación de una sentencia de un juez inferior que rompa la unidad de la jurisprudencia[11].

Definiendo la Casación, podemos afirmar que es un medio de impugnación de carácter extraordinario, cuyo conocimiento compete a la Sala Civil de la Corte Suprema por ser el más alto órgano jurisdiccional en materia civil, consecuentemente el máximo intérprete de la ley. Este recurso sólo puede ser interpuesto contra resoluciones previstas por ley, y por los motivos establecidas en ella, ya que como afirma Gonzáles-Cuellar "...su existencia tiene como fin esencial proteger el derecho fundamental de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley"[12]. Esto con el propósito de anular la sentencia que agravie al impugnante por infringir la ley o la jurisprudencia o el debido proceso, a partir de funciones controladoras: nomológicas, unificadoras, y dikelógicas o de logicidad, respectivamente.

---

10 Citado por BOLIVAR ARTEAGA, Flora y ARIAS LAZARTE, Carlos, La Casación Civil 1994-1995, edit. Cuzco, Lima, 1996, p 14.

11 Citados por Julio PAREDES INFANZÓN en, El Recurso de Casación.

12 Citado por Francisco SOSPEDA et all en Práctica del Proceso Civil. T I, p. 515.

1.5. La Casación Civil.

Control que el Estado ejerce a través de sus órganos judiciales supremos o Cortes Casatorias, de la correcta aplicación de la ley por parte de las Cortes Superiores. Este control que se ejerce sobre la ley, busca la integración y unificación en la interpretación legislativa, llegando incluso a los errores en el procedimiento.

Para Enrique Rivarola, la casación civil es la función atribuida a un órgano judicial supremo, con objeto de anular sentencias que contienen errores de Derecho y que no son susceptibles de impugnación por medios ordinarios[13]. En consecuencia, este medio impugnatorio es vertical y extraordinario, procediendo en los supuestos determinados en la ley, siendo dirigido a la Corte Suprema a efectos de que revise, reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por la Cortes Superiores o excepcionalmente las sentencias expedidas por los Jueces Civiles, cuando se trata de casación por salto o bay pase.

1.6. Recurso de Casación.

Todo recurso es un medio técnico de impugnación y subsanación de los errores que puede padecer algunas veces la resolución judicial. Se dirige a la revisión de la misma, ya sea por el juez que la emitió, en los casos de reposición contra los decretos o por otro superior jerárquico, como es el caso de la apelación de autos y sentencias, y recursos extraordinarios como la casación. En buena cuenta, el recurso es el escrito dirigido a un órgano jurisdiccional y en el cual se expone los fundamentos de la impugnación.

Palabra que proviene del latín jurídico *recursos-us*, significa "retroceso"; consiste en un escrito fundamentado, a través del cual las partes ejercen su derecho de impugnación ante el órgano correspondiente a efectos de que revise una decisión judicial. Para Couture, es el medio técnico de impugnación y subsanación de los errores que eventualmente puede adolecer una resolución judicial, dirigida a provocar la revisión de la misma, ya sea por el juez que la dictó o por otro de mayor jerarquía[14]. Considerando en su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, que recurso significa el

---

13 Enciclopedia Jurídica Omeba. T. II. p. 784.

14 COUTURE, Eduardo. Diccionario Enciclopédico Jurídico. p. 335.

regreso al punto de partida, es un correr de nuevo, el camino ya hecho jurídicamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso.

El recurso de casación es aquel que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidos leyes (violación de norma jurídica) o doctrina legal o quebrantado alguna garantía esencial del procedimiento (forma esencial del juicio), por lo que se pide la anulación del fallo. Este recurso sirve para resguardar la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, la integridad y unidad del ordenamiento jurídico sobre la base de la jurisprudencia casacional vinculante, como elementos necesarios para consolidación de la igualdad de las personas ante la ley, la predictibilidad del fallo y la concreción de la seguridad jurídica.

1.7. Medios Impugnatorios.

Palabra que proviene del latín *impugno-are*, que significa combatir. Es un derecho procesal que permite quien se cree con legítimo interés cuestiona una resolución que considere atenta contra sus derechos e intereses, por lo que exige se subsane la misma de manera total o parcial a través de la revocatoria o anulación. Para Couture, es la acción y efecto de atacar, tachar o refutar un acto judicial, documento, deposición testimonia, informe de peritos, etc. con el objeto de obtener su revocación o invalidación[15].

Los medios impugnatorios son procedimientos que permiten determinar el derecho de quien tiene legítimo interés y se sienta agraviado en sus intereses y/o derechos por una resolución judicial, pueda exigir se subsane en parte o en todo a través de la modificación, rectificación e incluso anulación. De allí que Enrico T. Liebman plantee que las impugnaciones son los remedios que la ley pone a disposición de las partes para provocar por medio del mismo juez o de un juez superior un nuevo juicio inmune del defecto del error de la sentencia anterior[16].

---

15 Ídem p. 198.

16 Manual de Derecho Procesal Civil. EJEA, 1980, p. 440.

sentencia cuestionada. En la casación, cuando no se hayan presentado ninguna de las causales previstas para la casación de conformidad al art. 386 del Código Procesal Civil.

1.11. Nulidad en el sentido adjetivo.

Los vicios formales que puede contener el acto procesal deben enmendarse en la misma instancia, por la vía incidental y dentro del breve plazo que fijan las leyes o por recurso en los casos pertinentes[20]. En nuestro caso nos referimos a la nulidad del concesorio de la casación por no reunir los requisitos formales y nace de la calificación de la misma corte casatoria.

Sin embargo, otra aceptación de la nulidad, es entendida como un recurso que no sólo se interpone ante el mismo juez a efectos de que enmienda o corrija el vicio procesal sino que también puede ser considerada como un recurso que plantea la parte perjudicada a efectos de que el superior en grado, reforme o anule de manera total o parcial la resolución impugnada, sea en instancia de apelación, casación y antiguamente como tercera instancia. Cabe precisar que, la nulidad importa una sanción que tiende a privar de efectos a un acto procesal que contenga un vicio, un error o en cuya ejecución no se han observado determinadas formas señaladas por la ley [21].

1.12. Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta.

Esta figura está prevista en el artículo 178 del Código Procesal Civil, y se demanda mediante un nuevo proceso en la vía de conocimiento, con el objeto de decidir la una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada o el acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al litigio. Sólo procederá si el proceso del cual deriva la sentencia o el acuerdo ha sido seguido con dolo o fraude que afectan el derecho a un debido proceso, no importando si ha sido cometida por, ambas o más partes o por el juez. Entonces, la Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta tal como se concibe en nuestro ordenamiento procesal civil, constituye un remedio de carácter extraordinario, excepcional y residual, que tiene por objeto rescindir (declarar la

---

20 HITTERS, Juan Carlos. Revisión de la Cosa Juzgada. Librería Editora Platense. La Plata, 1997, p. 30.

21 CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol. I. Grijley, Lima, 2000, p. 389.

nulidad) una sentencia o auto definitivo por haberse seguido el proceso con fraude o colusión cometido por una, o ambas partes, o por el Juez o por éste o aquellas, siempre que ambos casos, implique violación del debido proceso[22]. Para superar el carácter absoluto de la cosa juzgada la doctrina diferenció entre cosa juzgada material y cosa juzgada formal. Tal como señalan autores como Juan Monroy Gálvez, la primera deviene de la fuerza y autoridad de una resolución judicial ejecutoriada dentro del mismo proceso en que se pronunció, por lo que no es pasible de ser controvertida o ser materia de otra resolución judicial en el mismo proceso en que esta se declaró; mientras que la cosa juzgada forma es la fuerza y autoridad de una sentencia que permite hacerla valer como asunto resuelto definitivamente en cualquier otro proceso y aun ante cualquier otra autoridad, es decir, no es inmutable porque puede variar o ser modificada con posterioridad como sucede con el monto de la pensión alimenticia e incluso la suspensión y extinción de la misma.

Se concibe a la nulidad de cosa juzgada fraudulenta como una pretensión impugnatoria que pretende rescindir la resolución que contiene una sentencia o auto que pone fin al proceso, cuestionándose la calidad de lo inmutable, por ser producto de fraude, dolo o colusión que atenta contra el debido proceso, engaño procesal que configura una situación injusta. Conocido es el criterio de Eduardo Cuture, según el cual la acción revocatoria de cosa juzgada no es otra cosa que la traducción procesal de la acción pauliana de derecho privado; lo que no ha logrado mayor eco por el contenido patrimonial de la acción pauliana, mientras que la sentencia puede tener un contenido extramatrimonial, por lo que prevalece la opinión de que la sentencia que padece de "entuerto" debe ser declarada nula y no inexistente[23]. Obviamente, porque la nulidad de cosa juzgada fraudulenta debe de atacar toda sentencia al margen de su contenido extramatrimonial, y además, declarar la inexistencia de la sentencia en vez de su nulidad, afectaría legítimos derechos de terceros adquiridos a título oneroso y de buena fe.

---

22 Omar Toledo Toribio "La Nulidad de la Cosa Juzgada Fraudulenta en el Ordenamiento Procesal Peruano". En, NCJF. TII. César Castañeda Serrano (Compilador).Librería y Ediciones Jurídicas. Lima, 2001, p. 60.

23 Jorge Peyrano. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas, p. 445.

UNIDAD III: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ARTICULO 949 DEL CODIGO CIVIL PERUANO A PROPOSITO DEL SETIMO PLENO CASATORIO CIVIL

- **La transacción y los intereses difusos en la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema TICONA POSTIGO, Víctor. Editorial Grijley.Lima, 2008. p. 13 a 48.**

Víctor Ticona Postigo

LA TRANSACCIÓN Y LOS INTERESES DIFUSOS EN LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

COMENTARIOS AL PRIMER PLENO CASATORIO
(Casación Nº 1465-2007 Cajamarca)

LA TRANSACCIÓN Y LOS INTERESES DIFUSOS EN LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Víctor Ticona Postigo

1. INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la República ha llevado a cabo el primer Pleno Casatorio conforme a la norma prevista en el artículo 400º del Código Procesal Civil y ha resuelto el Recurso de Casación Nº 1465-2007-Cajamarca, interpuesto por la parte demandante, Giovanna Angélica Quiroz Villaty, en un proceso de conocimiento sobre indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual seguido contra Minera Yanacocha S.R.L. y otros.

Este Pleno Casatorio se lleva a cabo a poco más de 14 años de vigencia del nuevo Código y ante la urgente necesidad de establecer doctrina jurisprudencial y, por consiguiente, jurisprudencia vinculante en materia civil y, en particular, ante el surgimiento de líneas jurisprudenciales contradictorias entre la Sala Civil Permanente y la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema sobre algunas materias puntuales, como es el caso resuelto en el Pleno Casatorio bajo análisis. Lo resuelto en este Pleno Casatorio es de obligada observancia y vinculante en los procesos homólogos para todos los jueces de todas las instancias del país, incluso para los mismos vocales supremos, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial *El Peruano*; y además cabe precisar que no tiene efectos retroactivos, esto es, que no es aplicable a los casos similares ya resueltos definitivamente sobre la misma materia (excepción de conclusión del proceso por transacción), mediante resolución firme.

2. ANTECEDENTE DEL PLENO CASATORIO

La realización de plenos casatorios civiles resultaba impostergable. Se llevaron a cabo, previamente, varias reuniones

de coordinación convocadas por el señor Presidente de la Corte Suprema Francisco Távara Córdova, y con la intervención de los presidentes de las dos Salas Civiles, señores Walter Vásquez Vejarano y Víctor Ticona Postigo, del señor vocal consejero Javier Román Santisteban y del señor presidente de la Sala Constitucional y Social Permanente Manuel Sánchez-Palacios Paiva. Tales reuniones se realizaron con el mayor espíritu y voluntad de establecer la jurisprudencia vinculante en materia civil, que desde hace tiempo diversos sectores de la sociedad venían exigiendo a la Corte Suprema. Se plantearon sustentadamente diversas formas de establecer jurisprudencia, con la intervención activa de los presentes, e incluso se propuso fijar jurisprudencia, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 22º). Finalmente, se acordó la realización de un primer Pleno Casatorio, seguido de otro, correspondiendo a cada Sala Civil Suprema proponer un tema puntual *y sobre líneas jurisprudenciales contradictorias*. El señor Ticona Postigo propuso que la realización de tal Pleno Casatorio no se haga en función de procesos fenecidos, sino en atención a un proceso en actual trámite casatorio y conforme a la voluntad objetiva de la norma prevista en el artículo 400º de nuestro ordenamiento procesal civil, propuesta que finalmente fue acogida.

3. DEL PROCESO Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

En el proceso Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus hijos, Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz, y Walker Steve Cuenca Quiroz, demandó el pago de una indemnización ascendente a US$ 1'800,000.00 por los daños ocasionados a raíz del derrame de mercurio que tuvo lugar el 2 de junio de 2000, que incluye el daño a la persona (daño a la salud), daño moral y daño al medio ambiente, para lo cual emplaza a Minera Yanacocha S.R.L., en su calidad de propietaria del mercurio. El chofer del vehículo que transportaba el mercurio, Esteban Arturo Blanco Bar, fue comprendido como litisconsorte necesario pasivo, y la empresa Ransa Comercial S.A., propietaria del vehículo, fue denunciada civilmente.

Además de contestar la demanda, los emplazados formularon las excepciones de prescripción extintiva, falta de legitimidad para obrar de la demandada Minera Yanacocha S.R.L., falta de legitimidad para obrar de la denunciada civil Ransa Comercial S.A., conclusión del proceso por transacción, así como la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión por daño ambiental.

Particularmente, para sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción, argumentan que el 2 de septiembre de 2000 Minera Yanacocha S.R.L. celebró tres transacciones extrajudiciales: la primera únicamente con la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio; la segunda, con la demandante y con José Gilmer Mendoza Saldaña, en representación del derecho indemnizatorio de sus menores hijos Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz; y la tercera, con la demandante, en representación de su hijo Walker Steve Cuenca Quiroz. En los tres casos, posteriormente, se suscribió una adenda, el 4 de noviembre del mismo año, en donde las partes acordaron duplicar la suma entregada a cada uno de los indemnizados. Señalan que en virtud de lo normado en el artículo 1302º del CC, las transacciones mencionadas tienen el valor de cosa juzgada, por lo que la pretensión indemnizatoria de los demandantes no puede ser revisada en sede judicial.

En cuanto a la segunda excepción, de falta de legitimidad para obrar activa, estiman los emplazados que tratándose de intereses difusos, solo pueden demandar el Ministerio Público, las asociaciones o instituciones sin fines de lucro, los gobiernos locales, etc., conforme lo establece el artículo 82º del CPC, por lo que los demandantes por sí solos no pueden promover la presente causa.

4. RESOLUCIÓN DE LAS EXCEPCIONES

Por resolución dictada en audiencia de saneamiento procesal del 8 de enero de 2004, el juez de la causa declaró INFUNDADA la

excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty; FUNDADA la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a los menores Euler Jonathan y José Ronny Mendoza Quiroz y Walker Steve Cuenca Quiroz, en consecuencia, nulo todo lo actuado; y FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, en consecuencia, nulo todo lo actuado en este extremo.

Mediante auto de vista del 27 de diciembre de 2006, la Sala Superior REVOCA la resolución apelada en el extremo que declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto de la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty, deducida por Minera Yanacocha S.R.L., Ransa Comercial S.A. y Esteban Arturo Blanco Bar, y REFORMÁNDOLA declara FUNDADA dicha excepción, anulándose lo actuado en dicho extremo; CONFIRMÁNDOSE la apelada en los demás extremos.

5. DEL RECURSO DE CASACIÓN

Giovanna Angélica Quiroz Villaty interpone recurso de casación en contra de este auto de vista, invocando dos causales: a) inaplicación de normas de derechos materiales, contenidas en los artículos 5º y 1305º del CC, y b) contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, precisando dos agravios puntuales: i) que conforme al inciso 10 del artículo 446º del CPC, solo se puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción, para lo cual se requiere de la existencia de dos procesos idénticos, requisitos y situación que no da en el caso de la transacción extrajudicial; además se contraviene principios jurisprudenciales establecidos por la Corte Suprema en casaciones anteriores, y ii) que no se ha interpretado correctamente los alcances del artículo 82º del CPC, ya que si bien dicha norma confiere legitimidad para obrar extraordinaria a las instituciones que allí se mencionan, sin embargo, la legitimidad para obrar ordinaria corresponde a las personas naturales afectadas, incluso para las que no lo son directamente; además de no haberse aplicado el

precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido en el Expediente Nº 221-97-AA/TC.

Como pretensión impugnatoria, la recurrente solicita que se declare fundado su recurso de casación y, en sede de instancia, que la Corte Suprema declare infundadas las mencionadas excepciones de conclusión del proceso por transacción y de falta de legitimidad para obrar de los demandantes, que fueron amparadas por las instancias de mérito.

6. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS DE LAS DOS SALAS CIVILES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La norma contenida en el tercer párrafo del artículo 400º del CPC, autoriza la realización de Pleno Casatorio para establecer doctrina jurisprudencial y vinculante "cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado". En consecuencia, cuando dos Salas Supremas están aplicando o interpretando normas en sentido contradictorio se habilita la realización de un Pleno Casatorio, precisamente para resolver esta contradicción y establecer para todos los jueces del país criterios obligatorios de interpretación y aplicación de normas procesales y sustantivas, en procesos homólogos, haciendo efectiva una de las finalidades de la casación: uniformizar la jurisprudencia.

Existían dos líneas jurisprudenciales contradictorias sobre el modo de hacer valer la transacción extrajudicial, que en esencia eran las siguientes: la Sala Civil Permanente estimaba que aquella transacción podía hacerse valer como excepción (o defensa de forma), en tanto que la Sala Civil Transitoria consideraba que la transacción extrajudicial solamente podía hacerse valer como defensa de fondo, pues el demandado debería oponerla en la contestación de la demanda y el juez resolverla en la sentencia para determinar si se extinguió total o parcialmente la obligación reclamada en la demanda.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema anteriormente había resuelto casos similares al presente (como las Casaciones Nºs 2383-2005 y 2163-2006), declarando fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción, con el argumento de que las transacciones extrajudiciales celebradas por la demandada Minera Yanacocha S.R.L. con otros damnificados por el derrame de mercurio el día 2 de junio de 2000 sí pueden sustentar la mencionada defensa de forma. En sustancia, el argumento principal de la Sala Civil Permanente es que los artículos 446º, inciso 10 y 453º del CPC no prohíben sustentar la excepción *sub examine* en la transacción extrajudicial y, por tanto debe admitirse la excepción; para ello debe acudirse a la tarea interpretativa y sistemática del juzgador y que la referida transacción equipara su valor al de la cosa juzgada.

Por su parte, en otros procesos anteriores, **la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema** había desestimado la misma excepción en casos similares (como en las Casaciones Nºs 2882-2006, 2942-2006, 2162-2006 y 2158-2006) con el argumento esencial de que la transacción extrajudicial es un medio o modo extintivo de obligaciones, al igual que el pago o la condonación, regulado por el Código Civil vigente, y en tal virtud debe ser propuesta como defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda y debe ser resuelto por el juez en la sentencia. La transacción judicial, en cambio, sí puede sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción en razón de que, siendo un modo especial de terminación del proceso, cumple con los requisitos de procedencia exigidos por el artículo 453º, pues, al ser formulada en un segundo proceso idéntico, el demandado puede oponerla con éxito, al haber terminado el primer proceso por transacción, seguido entre las mismas partes, con los mismos petitorios e interés para obrar.

7. DEL PLENO CASATORIO

Dándose inicio al procedimiento del Pleno Casatorio y conforme a las coordinaciones previamente efectuadas, mediante razón escrita,

la señora relatora de la Sala Civil Permanente informó al presidente de dicha Sala *la existencia de pronunciamientos contradictorios* de las dos Salas Civiles de la Corte Suprema, en torno a la resolución de los casos similares seguidos contra Minera Yanacocha S.R.L. y otros en materia de indemnización de daños y perjuicios. Mediante resolución de fecha 29 de noviembre de 2007, el colegiado de la Sala Civil Permanente solicitó al presidente de la Corte Suprema de Justicia la realización de un Pleno Casatorio, pedido que es acogido mediante Resolución Nº 01-2007-I Pleno Casatorio-P-CS-PJ del 4 de diciembre de 2007, convocándose a Pleno Casatorio y para la vista de la causa el 18 de diciembre de 2007, designándose como ponente al señor vocal supremo Walter Vásquez Vejarano, presidente de la Sala Civil Permanente, y al señor vocal supremo Víctor Ticona Postigo, como presidente de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

La Sala Plena de la Corte Suprema, actuando en Pleno Casatorio, en audiencia pública del 18 de diciembre de 2007, escuchó el informe oral de los abogados de la parte demandada Minera Yanacocha S.R.L., no presentándose para la réplica ningún abogado de la parte demandante; luego de lo cual pasó a deliberar la causa, con la exposición sucesiva de las ponencias orales de los señores Walter Vásquez Vejarano y Víctor Ticona Postigo, posteriormente se abrió a debate respectivo con la intervención de los señores vocales integrantes del Pleno Casatorio.

Las ponencias y el debate a partir de tales ponencias se produjo en privado y en seis sesiones: el mismo 18 de diciembre la primera, así como el 20 y 28 de diciembre de 2007, y los días 10, 17 y 22 de enero de 2008, para cuyo efecto se hizo formalmente las convocatorias de ley, finalmente cada uno de los señores ponentes designados presentó por escrito los dos votos respectivos (en mayoría y en minoría) que aparecen del texto de la misma resolución; se procedió a efectuar la votación correspondiente.

De la parte resolutiva de la casación se puede diferenciar dos aspectos importantes: la que se pronuncia sobre el recurso de casación y la otra, que establece jurisprudencia vinculante en materia civil.

7.1. Parte de la resolución que se pronuncia sobre la casación

Luego de la votación correspondiente, en Pleno Casatorio, se obtuvo el siguiente resultado: **a) 10 votos** (mayoría) porque se declare infundado en todos sus extremos el recurso de casación interpuesto por Giovanna Angélica Quiroz Villaty, por derecho propio y en representación de sus tres menores hijos; por tanto, quedan definitivamente desestimadas las dos excepciones mencionadas, tal como lo resolvieron las instancias de mérito; **b) 6 votos** (minoría) porque se declare fundado en parte dicho recurso, respecto a la excepción de conclusión del proceso por transacción, se case la resolución impugnada y, en consecuencia, se declare nulo el auto de vista de fecha 27 de diciembre de 2006 y, actuando en sede de instancia, se revoque la resolución apelada en el extremo que declara fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción respecto a los tres menores nombrados y reformándola se declare improcedente esta excepción; así mismo, se revoque la referida resolución del juez de primera instancia, en cuanto declara infundada la excepción de conclusión del proceso por transacción referida a la demandante Giovanna Angélica Quiroz Villaty y reformándola se declare improcedente esta excepción; **c)** finalmente, **16 votos** (unanimidad) porque se declare infundado el recurso de casación respecto de la excepción de falta de legitimidad activa para obrar, referida a la pretensión indemnizatoria por daño al medio ambiente; por tanto, queda firme la resolución de las instancias de mérito en cuanto declaran fundada esta excepción.

7.2. Parte de la resolución que fija doctrina jurisprudencial y establece jurisprudencia vinculante en materia civil sobre la excepción de conclusión del proceso por transacción

Por otra parte, se estableció entre otros, **por mayoría** (10 votos), como jurisprudencia vinculante la siguiente doctrina jurisprudencial:

> "1. La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446º e inciso 4 del artículo 453º del Código Procesal Civil, por interpretación siste-

mática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre transacción".

En minoría (6 votos), entre otros, se expresó que:

"**1.** Como se previene en el artículo 453º, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso por transacción.

2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquella, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia".

Por unanimidad (16 votos), también como jurisprudencia vinculante, la doctrina jurisprudencial siguiente:

"La legitimación –debería decir la legitimidad– para obrar activa, en defensa de los intereses difusos, únicamente puede ser ejercida por las entidades señaladas expresamente en el artículo 82º del Código Procesal Civil".

8. ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA RESOLUCIÓN CASATORIA

La doctrina ha puesto en evidencia los logros, pero también las falencias y la crisis de la casación en los tiempos actuales y en los diversos sistemas casatorios; se ha dicho que la Corte de Casación

oscila entre ser un órgano de mérito o tercera instancia y la de constituir Corte Suprema, como vértice de la jurisdicción[1]. Nuestro sistema casatorio no tiene más de tres lustros, frente a otros sistemas que tienen más de dos siglos de vigencia (como el francés), con sus modificaciones y reformas. No obstante estas distancias de tiempo y lugar, nuestra Corte Suprema, en este Pleno Casatorio, ha afrontado el reto de comenzar a proveer a la comunidad nacional de jurisprudencia unificada y vinculante, haciendo o pretendiendo hacer la correcta interpretación y aplicación de la norma sustantiva y procesal. Pero esta necesidad se hizo aún más imperativa cuando en algunos casos puntuales las Salas Civiles de la Corte Suprema (Permanente y Transitoria) mostraron líneas jurisprudenciales distintas, o mejor dicho, contradictorias.

En esencia, *el criterio jurisprudencial contradictorio* de interpretación y aplicación de normas sustantivas y procesales de las dos salas se sustentaba en lo siguiente:

Para la Sala Civil Permanente la transacción extrajudicial habilita la procedencia y fundabilidad de la excepción de conclusión

---

[1] Así, Michele TARUFFO sostiene que hay una crisis de identidad de la casación, por cuanto, si bien en el sistema casatorio expresamente se postula los fines clásicos de la casación (nomofiláctico y uniformidad de la jurisprudencia) pero en la realidad de la praxis judicial el juez de la casación actúa muchas veces como juez de instancia de mérito o juez de hechos: "El problema que trato de afrontar aquí puede ser definido como un problema de crisis de identidad de la Corte de Casación, y deriva del hecho que ella oscila entre dos modelos diversos, y por ciertos aspectos incluso contradictorios. Defino al primer modelo de *tercera instancia* y el segundo modelo de Corte Suprema, para subrayar que en el primero el factor dominante consiste en ver a la casación como el tercer grado del sistema de las impugnaciones, mientras que en el segundo el factor dominante consiste en ver a la Corte como vértice de la jurisdicción y último garante de la legalidad... Personalmente considero que estas observaciones son en larga medida atendibles, y que, por tanto, la Corte de Casación se coloca en realidad en una posición no intermedia entre los dos modelos, sino mucho más cercana a la del juez de tercera instancia que a la de aquél de la Corte Suprema. La crisis de identidad no deriva, por tanto, de la presencia de factores que se remontan a modelos diversos sino al hecho de que en realidad la Corte tiende a interpretar un modelo mientras está también presente el otro, que por el contrario suministra las coordenadas institucionales y teóricas de las cuales se sirve normalmente para analizar y definir las funciones de la Casación" (TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobe la casación civil*, Palestra, Lima, 2006, pp. 222-225).

del proceso por transacción; para la Sala Civil Transitoria la transacción extrajudicial solamente puede hacerse valer como defensa de fondo y el juez, en la sentencia, debe pronunciarse sobre ella, debiendo establecer si realmente se extinguió total o parcialmente la obligación reclamada en la demanda.

El *voto y la ponencia en mayoría* de la sentencia del Pleno Casatorio sostiene que la transacción es un instituto con una doble resonancia normativa: de fondo y ritual, por cuanto sus efectos extinguen o modifican relaciones jurídicas y son idóneos para terminar anormalmente el proceso, por tanto, puede argumentarse como pretensión para exigir su cumplimiento (ya que genera un título ejecutivo) o como excepción cuando se pretende demandar por el mismo derecho primigenio que fue objeto de la transacción. Agrega que no existe basamento lógico que sirva de obstáculo para que la transacción extrajudicial se oponga como defensa de forma, de lo contrario se estaría desconociendo sus efectos extintivos así como su utilidad como medio eficaz para solucionar futuros litigios; con ello se estaría descartando la aplicación literal (*ad pedem literae*), y por tanto perjudicial, de las normas procesales contenidas en los artículos 446º, inciso 10 y 453º del Código Procesal Civil, las que más bien deben ser interpretadas a la luz del ordenamiento constitucional y en concordancia con el resto el ordenamiento legal, obedeciendo a una interpretación sistemática. Por ello, resulta equivocado sostener, a priori, que no se puede dar cabida a la transacción extrajudicial como medio de defensa de forma, porque esta "puede adolecer de nulidad o anulabilidad", conforme sostiene un autor nacional, pues ello crearía un ambiente de total incertidumbre e inseguridad jurídica.

El *voto en mayoría* también sostiene que toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada, acotando que desde el punto de vista del derecho sustantivo, la inadmisiblidad de venir contra los propios actos (*venire contra factum*) constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio

de buena fe y particularmente de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento coherente, posición que sustenta con citas de los autores Mario Castillo Freyre, Luis Díez-Picazo, Rubén Compagnucci de Caso, Alejandro Borda y Luis Moisset de Espanés, entre otros. Y en el caso de autos se observa que las transacciones fueron celebradas entre las partes de común acuerdo; es más, en el caso de los menores se contó con las correspondientes autorizaciones judiciales para dar legalidad a dichos negocios jurídicos; ergo, resulta contradictorio que la accionante, pretendiendo desconocer actuaciones anteriores, interponga demanda por indemnización alegando haberse producido un daño mayor, a lo que debe agregarse que en su demandada ocultó haber celebrado sendos negocios jurídicos transaccionales con la empresa minera, y al absolver las excepciones no formuló tachas contra los citados acuerdos transaccionales, lo cual demuestra que no estaba actuando coherentemente con relación a su conducta anterior de poner fin a un asunto controvertido como fue la reparación de los daños causados por el derrame de mercurio, por lo que el voto en mayoría considera que se configura la regla del *venire contra factum*, al pretenderse desconocer injustificadamente un acto anterior válidamente realizado. Otro hecho que se corrobora es que la actora recibió el último pago indemnizatorio acordado en las transacciones después de expedidas las resoluciones judiciales que las aprobaban, conducta que denota que para ella, en ese momento, las citadas transacciones no carecían de validez, por el contrario estuvo de acuerdo con los términos pactados en ellas.

Finalmente, sobre los intereses difusos y su defensa, el voto en mayoría (con cuyo criterio concuerda el voto en minoría, razón por la cual, en este punto, hubo pronunciamiento unánime) deja constancia que el artículo 82º del CPC no contempla la posibilidad de que la acción pueda ser ejercida por una persona natural sino tan solo por entes que cuenten con personería jurídica; y en cuanto a la alusión que hace la accionante respecto a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente Nº 0221-1997-AA/TC, donde se hace mención que la legitimación en la defensa de los intereses difusos alcanza también a las personas

naturales, aquella se encuentra referida a la interposición de una demanda de amparo y no en la vía ordinaria, siendo que en uno y otro caso se persiguen fines totalmente diferentes.

Por otro lado, *el voto y la ponencia en minoría,* acogiendo y desarrollando la posición de la Sala Civil Transitoria, sostiene y argumenta que la excepción de conclusión del proceso por transacción solamente es oponible cuando se inicia un segundo proceso idéntico a otro anterior, en donde las mismas partes celebraron una transacción (judicial), tal como lo prescriben textualmente los artículos 446º, inciso 10 y 453º del Código Procesal Civil; de tal modo que la transacción extrajudicial, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un proceso idéntico y menos aún puede servir de sustento a la excepción tantas mencionada.

Además de estas consideraciones, estima que si bien el último párrafo del artículo 1302º del CC establece en forma genérica que la transacción tiene autoridad de cosa juzgada, sin embargo, en el caso de la transacción extrajudicial, tal característica no puede ser equiparada o asimilada al de una sentencia, pues existen diferencias esenciales entre ambas, como es el hecho, por ejemplo, que una transacción extrajudicial puede ser atacada por adolecer de vicios de voluntad o que carezca de la fuerza compulsiva que caracteriza a un mandato judicial. La transacción extrajudicial solo puede compelerse a su cumplimiento mediante proceso ejecutivo, en cuyo caso puede ser materia de contradicción e incluso cuestionamiento sobre su validez. Por ello, al adolecer de la característica de inmutabilidad inherente a la cosa juzgada, la existencia de una transacción extrajudicial celebrada entre las partes solo puede ser opuesta como defensa de fondo, esto es, como un argumento más de la defensa del emplazado vinculada a la extinción previa de derechos dudosos, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquella extinguió el derecho invocado en la demanda. Mientras no se expida sentencia en tal proceso ejecutivo que resuelva en definitiva si procede o no llevar adelante su ejecución, las obligaciones contenidas en ella no pueden ser exigibles compulsivamente al presunto deudor.

Sin embargo, la transacción judicial, por ser precisamente cosa juzgada, es ejecutable a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales, conforme a lo normado en el inciso 3 del artículo 713º del CPC. En ese tipo de procesos, la contradicción solo puede sustentarse en el cumplimiento de la obligación o su extinción (artículo 718º), sin que le sea conferido al emplazado la facultad de cuestionar la validez de la transacción. En tal sentido, la sola existencia de la transacción judicial permite liquidar el proceso idéntico en su etapa postulatoria que se hubiera iniciado sin necesidad de llegar al debate del fondo del asunto; por ello, se admite que la transacción judicial pueda ser empleada para sustentar una defensa de forma (excepción de conclusión del proceso por transacción).

La transacción extrajudicial carece de la autoridad y de la eficacia de la cosa juzgada. En cuanto a lo primero, porque no tiene el *imperium* (poder de mando) que sí tiene la sentencia firme; y, en cuanto a lo segundo, no tiene la eficacia (orden impartida del que tiene poder de mando) de la sentencia firme porque no es inmutable (pues es atacable de nulidad y de anulabilidad). Tampoco es inimpugnable, porque en el caso de la transacción extrajudicial no existe proceso alguno donde pueda operar esta cualidad; y, finalmente solo es coercible en tanto puede ser susceptible de pedirse su ejecución en la vía correspondiente (proceso ejecutivo).

En cambio, la transacción judicial se equipara a una sentencia y, si esto es así, tendrá los mismos efectos de aquella como es, entre otros, fuerza ejecutoria, poniendo así fin a cualquier intención de las partes de revivir el derecho litigioso al que la transacción homologada puso fin. Una transacción así, con carácter de sentencia, es la que se equipara en definitiva a la cosa juzgada, pues cumple con el requisito de la inmutabilidad. La sola existencia de la transacción judicial permite liquidar el segundo proceso idéntico en su etapa postulatoria que se hubiera iniciado sin necesidad de llegar al debate del fondo del asunto; por ello, se admite que la transacción judicial pueda ser empleada para sustentar una defensa de forma (excepción de conclusión del proceso por tran-

sacción). Sostener que en virtud de una política judicial de desjudicialización de las controversias debe admitirse que la transacción extrajudicial sí puede sustentar una defensa de forma, se podría llegar al extremo irrazonable de postularse, con la misma lógica argumentativa, que el pago o la condonación también pueden ser alegadas como defensas de forma (excepciones) y, por tanto, ser resueltas en la etapa postulatoria del proceso.

Autores como Jorge Joaquín Llambías, Mario Castro Gallo, Abraham Luis Vargas, Luis de Gásperi, Francisco J. Peláez, María Guadalupe Lata, Pedro Zumaeta Muñoz, Alberto Hinostroza Minguez, Lino Enrique Palacio, Remigio Pino Carpio y Augusto Morello, entre otros, afirman que si bien es cierto existe cierta similitud entre la transacción extrajudicial y la judicial (es producto de un acuerdo de voluntades entre las partes, quienes se hacen concesiones recíprocas), las diferencias son ostensibles, las que van a determinar distintos efectos; así: 1) en la transacción extrajudicial no hay homologación por parte del juez, en cambio la judicial requiere ser homologada; 2) esta homologación importa un control y análisis por parte del juez, estando facultado el juez a rechazar la transacción que no cumpliera con tales requisitos; mientras que la transacción extrajudicial no está sujeta a ningún tipo de control judicial, y solamente está sometida a la plena autonomía de la voluntad de las partes, siendo que en la realidad se dan casos de inequidad y de abuso del derecho por la posición contractual dominante de una de las partes celebrantes; 3) en la transacción extrajudicial con las concesiones recíprocas se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de la controversia entre las partes; en tanto que, con la transacción judicial no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso; 4) ante el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la transacción, la ley concede mérito ejecutivo para la extrajudicial, y tratándose de la judicial se ejecuta de la misma forma que la sentencia firme; 5) por tanto, la transacción judicial se celebra en virtud de que previamente ha existido un objeto litigioso concretamente definido

en el proceso, el mismo que por efecto de aquella queda finalizado; sin embargo, en la extrajudicial, no hay una controversia objetivamente definida, sino que las partes considerando sus intereses opuestos y subjetivamente su contenido dudoso, acuerdan terminar la contienda; 6) la transacción judicial, al tener un control judicial y requerir de más formalidades, ofrece una mayor certeza y seguridad jurídica que la transacción extrajudicial, de allí que el ordenamiento jurídico confiere a la primera el carácter de título de ejecución, mientras que a la segunda solamente mérito ejecutivo, en donde puede formularse contradicción, con más causales y medios probatorios que en la primera; en consecuencia, a distintas situaciones jurídicas es razonable que se apliquen normas jurídicas distintas y tengan efectos diversos; 7) que, en todo caso, la transacción extrajudicial puede ser opuesta por el emplazado al contestar la demanda como defensa de fondo, en cuya hipótesis el juez debe pronunciarse en la sentencia y determinar si aquella extinguió el derecho invocado en la demanda; 8) que, en la transacción judicial el interés para obrar fue satisfecho en el primer proceso idéntico y, por esta razón, en el segundo proceso el demandante ya no tiene legítima necesidad de tutela jurisdiccional; en cambio, en el caso de la transacción extrajudicial, nunca fue satisfecho el interés para obrar, pues sería absurdo sostener que la contraparte celebrante de la transacción satisfizo la necesidad de tutela jurisdiccional, porque únicamente el Estado, a través del juez, puede satisfacer aquel interés procesal con la respectiva prestación jurisdiccional.

De la interpretación sistemática, teleológica y literal del artículo 446º, inciso 10 del CPC, con la prevista en el artículo 453º, inciso 4 del mismo cuerpo legal se llega a la conclusión interpretativa final que solamente se admite la excepción de transacción judicial excluyéndose cualquier otra excepción que se sustente en la transacción extrajudicial. Y que, en todo caso, la transacción extrajudicial debe ser opuesta como una defensa de fondo según las reglas del Código Civil.

Respecto de la aplicación de la regla *venire contra factum* al presente proceso, *el voto en minoría* también precisa que se requieren

tres condiciones para que pueda ser aplicada, como son: a) una conducta anterior relevante y eficaz; b) una pretensión contradictoria, en que el agente receptor del comportamiento haya obrado de buena fe, siempre que no hayan variado las condiciones que se daban al producirse la conducta vinculante; y c) identidad de los sujetos que se vinculan en ambas conductas. En el caso sub iúdice, las condiciones y circunstancias que se daban al celebrarse la primigenia transacción extrajudicial (2 de septiembre de 2000) evidentemente variaron con el transcurso del tiempo, tan cierto es ello que con fecha 4 de noviembre de 2000 las partes celebran un segundo acuerdo transaccional que le denominan *addendum*, y en virtud del cual Yanacocha duplica el monto de las indemnizaciones pactadas en la primigenia transacción a favor de la demandante y de sus tres menores hijos. Este segundo acuerdo evidencia que la controversia fue reabierta por ambas partes y que las condiciones variaron con el paso del tiempo, esto es que el progresivo agravamiento de las lesiones tenía lugar en razón de la naturaleza de la intoxicación por mercurio, y por tanto, las condiciones existentes al celebrar el segundo documento (*addendum*) fueron distintas a las que se daban al celebrar la referida transacción extrajudicial. Por lo tanto, para el presente caso, resulta inaplicable la doctrina de los actos propios.

Finalmente, el *voto en minoría* coincide con el voto en mayoría en cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandantes respecto de la pretensión indemnizatoria por daño ambiental, sosteniendo que el artículo 82º del CPC concede únicamente legitimidad para obrar extraordinaria y activa a las siguientes instituciones: el Ministerio Público, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, las comunidades campesinas y/o las comunidades nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que, según la ley y criterio del juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. De igual forma, las rondas campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las comunidades campesinas o las comunidades nativas en los lugares donde estas no existan o no se

hayan apersonado a juicio. En tal virtud, la demandante carece de legitimidad para obrar, tanto ordinaria como extraordinaria, pues no está autorizada por el ordenamiento jurídico para proponer esta pretensión procesal indemnizatoria en la instancia judicial.

Del texto de la resolución casatoria aparece que se ha debatido y sentado algunos criterios sobre varios temas e instituciones de singular trascendencia procesal y sustantiva, y a partir de cuyos temas se pueden formular algunas interrogantes. Así, entre otros, pueden señalarse los siguientes:

1) *La jurisprudencia vinculante*[2]. ¿Cuál es la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* en la jurisprudencia vinculante establecida en el pleno casatorio?[3] ¿Esta jurisprudencia obligatoria y de ineludible observancia puede realmente afectar la independencia de los jueces al momento de interpretar y aplicar en proceso homólogos las normas procesales y sustantivas involucradas en el caso?[4] ¿Es fuente de aplicación de derecho la jurisprudencia vinculante establecida en Pleno Casatorio? ¿Nuestra Constitución autoriza esta fuente de aplicación de derecho, o solamente tiene un sustento legal?

---

[2] En la doctrina se han formulado varias tesis sobre la validez y grado de vinculatoriedad de la jurisprudencia. Así, se ha argumentado pesimistamente que no debe atribuirse el carácter vinculante a la jurisprudencia desde que los jueces deciden conforme a la ley y a la Constitución, siendo la jurisprudencia un "criterio auxiliar" de la actividad judicial; mientras que una tesis "optimista" considera plausible –e incluso necesario– atribuir fuerza vinculante a la jurisprudencia para hacer efectivos ciertos principios como la igualdad, la seguridad jurídica, la predictibilidad de las decisiones judiciales (Vide BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 195 y ss.).

[3] Las diferencias entre *ratio dedidendi* y *obiter dictum* puede consultarse en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho judicial*, Universidad de los Andes, Legis, Bogotá, pp. 216 y ss.

[4] Vide CORIPUNA, Javier Adrián, "La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial", en CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro (coord.), *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima, 2007, pp. 107 y ss.

¿La jurisprudencia vinculante establecida es sobre interpretación de normas o sobre integración de normas procesales?[5] La fuerza vinculante viene a configurar un elemento característico de la jurisprudencia producida en un Estado de Derecho que se pretenda constitucional[6], básicamente por dos razones: 1) los poderes públicos y las personas se encuentran vinculadas con los criterios, orientaciones y principios que fijan los más altos tribunales de justicia de un país (doctrina jurisprudencial), y 2) ante procesos homólogos o casos iguales, por un lado, los propios tribunales se encuentran vinculados por sus decisiones, criterios y principios fijados en casos anteriores (precedente vinculante horizontal) y, por otro lado, los tribunales y jueces de instancias inferiores se hallan vinculados a la jurisprudencia establecida por los tribunales supremos (precedente vinculante vertical)[7]; por tanto, los principios de igualdad, de predictibilidad de las decisiones judiciales y de seguridad jurídica fundamentan no solo la uniformidad de la jurisprudencia sino también el carácter vinculante de

---

[5] Vide De la Vega, Augusto Martín, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 180 y ss.

[6] Se sostiene que la Constitución de los Estados constitucionales deben reunir básicamente tres características: a) que cuenten con una Constitución rígida o formal; b) que responda a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder y la garantía de los derechos, incorporando formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y de los derechos que las acompañan, pues están comprometidas con la *erradicación de la arbitrariedad*, y, por otro lado, incorporan formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan, pues están comprometidas con la erradicación de la exclusión política; y c) la Constitución formal que rige los lineamientos del constitucionalismo además tiene que ser practicada, es decir, tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política al punto que permita afirmarse que de hecho y en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad en referencia (Cfr. Aguiló Regla, Joseph, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2004, pp. 50-55). Precisamente, la desigualdad, la falta de predictibilidad de las decisiones judiciales vienen a configurar casos de arbitrariedad,

[7] Cfr. Coripuna, "La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como límite al principio de independencia judicial", cit., p. 119.

las decisiones de los tribunales supremos. La casación, en los sistemas actuales, como el nuestro, tienen por finalidad la interpretación y aplicación correcta de las normas jurídica y la uniformidad de la jurisprudencia (artículo 384º del CPC), pero ambas tienen el mismo fundamento: la uniformidad de la aplicación del derecho en estrecha relación con el principio de seguridad jurídica; pero a su vez la casación, y la jurisprudencia vinculante que nace de ella, constituye una técnica de control de la interpretación y de la aplicación del derecho de los órganos jurisdiccionales inferiores[8]. Por otra parte, el voto en mayoría no ha precisado con claridad si en las normas contenidas en los artículos 446º, inciso 10 y 453º del CPC existe una laguna o vacío normativo, que debe ser materia de integración[9], o existe estrictamente un problema de interpretación de normas procesales y sustantivas, aún cuando en el apartado 1 del epígrafe b del fallo se afirma que "por interpretación sistemática de dichas normas".

2) *Los presupuestos procesales y las condiciones de ejercicio válido de la acción.* Para la doctrina que informa a nuestro Código Procesal Civil las condiciones de ejercicio válido de la acción son dos: la legitimidad para obrar y el interés para obrar[10]. Cabe preguntarse, ¿con un modo extintivo de la obligación puede cuestionarse el interés para obrar del actor mediante una excepción?

---

[8] Cfr. MORAL SORIANO, Leonor, *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, p. 173.

[9] Pues se sostiene que las lagunas en el ordenamiento jurídico normativo no solamente pueden estar constituidas por la ausencia de norma sino también por lagunas de reconocimiento (indeterminaciones semánticas del caso genérico previsto en la norma que impiden determinar si el caso individual que ocupa al jurista está o no incluido en aquél), laguna por conflicto o colisión de normas, lagunas axiológica (la aplicación de la norma genera una respuesta manifiestamente injusta o irrazonable (Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 32 y 33).

[10] Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan, *La formación del proceso civil. Escritos reunidos*, Comunidad, Lima, 2003, pp. 175 y ss.

3) *La razonabilidad de la regulación y del ejercicio de los derechos fundamentales de acción y de contradicción.* Estos derechos fundamentales son de configuración legal, es decir, que el legislador ordinario, en la normativa procesal correspondiente (para nuestro caso, el CPC), establece los requisitos y el modo en que han de ejercitarse en el proceso, y es de suponerse que para regular y enumerar las defensas de forma (excepciones), en cuanto restringe el contenido y alcances del derecho de acción, ha tomado muy en cuenta la proporcionalidad y los subprincipios que lo informan, como el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[11]. El ejercicio de aquellos dos derechos fundamentales en un proceso civil puede generar un tipo de conflicto, como consecuencia del ejercicio de uno de ellos en detrimento del otro; los cuales deben resolverse sin afectar el contenido esencial ni vaciar de contenido de uno de ellos en beneficio del otro. En la doctrina se han formulado diversas teorías para la solución de estos conflictos como el de la jerarquización de derechos (derechos preferentes), la ponderación (*balancing*)[12]. Cabe formular la siguiente interrogante: ¿El ejercicio del derecho de contradicción puede vaciar de contenido al derecho de acción cuando se ampara como defensa de fondo una que realmente es de forma?,

---

[11] En cuanto a la estructura de los subprincipios de la proporcionalidad, como idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto puede verse: Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 688 y ss.

[12] Vide Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2000, pp. 106 y ss., incluso el mismo autor considera que no existen realmente conflictos y que en todo caso deben armonizarse. Igualmente: Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 7 y ss.; estos autores proponen una nueva propuesta metodológica alternativa. También vide Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Palestra, Lima, 2007, pp. 40 y ss. Así mismo: Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 87 y ss.

¿cuáles con los límites del ejercicio del derecho de contradicción en un proceso civil cuando se proponen excepciones?

4) *La transacción judicial y extrajudicial.* ¿Tienen tal semejanza sustancial y formal que pueden ser formuladas como defensas de forma?, ¿las diferencias formales y materiales de los medios de defensa justifican un tratamiento distinto?[13]

5) *La transacción extrajudicial y la cosa juzgada*[14]. Más allá del texto formal de la norma, ¿realmente tienen la misma naturaleza y efectos?, ¿la transacción extrajudicial tiene su origen en el *ius imperium* del Estado?, ¿es inmutable o inalterable lo definido en una transacción extrajudicial? Si la transacción extrajudicial tiene valor de cosa juzgada, ¿por qué no se le da el mérito de título de ejecución, como a una sentencia firme? ¿Por qué a la transacción extrajudicial no se concede la pretensión de nulidad de cosa juzgada fraudulenta y, en cambio, si se concede tal pretensión a la transacción judicial homologada?

6) *La interpretación judicial.* La interpretación jurídica puede ser auténtica, doctrinal, judicial y oficial[15]. Si bien la interpretación judicial, en ciertos casos, puede ser considera-

---

[13] Cfr. PELÁEZ, Francisco J., *La transacción, su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 85 y ss., y pp. 203 y ss. Igualmente en CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005, pp. 371 y ss. Este autor propugna que no hay conflictos de derechos sino de pretensiones, y que debe procurarse, en todo caso, una interpretación armonizadora de los derechos constitucionales.

[14] Jorge Joaquín LLAMBÍAS considera con suma claridad y convicción que "la autoridad de cosa juzgada de la transacción está supeditada a la homologación judicial que pueda recaer sobre ella" (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, T. II-A, p. 396). Nuestro Código Procesal Civil (artículo 337º, segundo párrafo) solamente confiere la autoridad de cosa juzgada a la transacción judicial, puesto que solamente se aplican las normas del Código Civil en forma supletoria (artículo 338º del primer cuerpo legal).

[15] Cfr. GUASTINI, Riccardo, "La interpretación: objeto, conceptos y teorías", en VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, 2002, pp. 35, 36 y ss.

da como una forma de creación del derecho, sin embargo, los excesos y extralimitaciones pueden generar fácilmente una anarquía dentro del sistema jurídico[16]. El voto en minoría se sustenta en que vía interpretación no puede dejarse de aplicar normas procesales explícitas, que en números clausus establecen: a) que el demandado solo puede proponer las excepciones reconocidas en el artículo 446º del CPC; b) que la excepción de conclusión del proceso por transacción requiere para su procedibilidad y fundabilidad que concurran dos procesos idénticos (artículo 453º); c) que el primer proceso idéntico haya terminado por transacción judicial homologada. Pero como reiteramos, al resolver las excepciones se encuentran comprometidos y examinados los derechos fundamentales de acción y de contradicción y por ello también es pertinente preguntarse, ¿vía interpretación judicial puede crearse una específica defensa de forma –excepción de transacción extrajudicial– en detrimento del derecho de acción? Ciertamente, estamos convencidos que el juez en el ejercicio de su función, está habilitado para crear derecho en ciertos casos, bajo determinadas condiciones y con las limitaciones razonables que le impone la Constitución. Obviamente, el análisis del problema debe ser también de una dimensión constitucional, como ya se ha visto. La Constitución no solamente limita la discrecionalidad del legislador sino también el ámbito de la interpretación del juez[17], de tal modo que cuando este

[16] Considera Carlos de Silva que: "La aceptación de la creación de Derecho por la vía del ejercicio de la función jurisdiccional no debe llevar, pues, al extremo de negar la existencia de un sistema o de la razón que orienta a la legislación, ni justificar una total anarquía dentro del orden jurídico" (De Silva, Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", en Vásquez, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, 2002, pp. 148-149. Precisamente, observando este problema de la creación judicial de Derecho, Hans Kelsen propone la *teoría de la construcción gradual del derecho* (Citado por De Silva, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", cit., p. 150).

[17] "Por consiguiente –concluye Luis Prieto Sanchís– , puede decirse que la Constitución ha significado un estímulo para el Derecho judicial que se abre así a cierta clase

interpreta una norma o conjunto de normas para resolver un caso, tiene finalmente que tomar en cuenta no solo las normas constitucionales sino también, y sobre todo, los principios y valores iusfundamentales. Por tanto, se tiene que interpretar la ley conforme a la Constitución, una "interpretación de la ley desde la Constitución", y por tanto, en esta perspectiva, cabe preguntarse también si un principio iusfundamental, como es el de seguridad jurídica, puede prevalecer razonablemente por sobre un derecho fundamental, como es el derecho de acción. Nuestra Constitución ha consagrado un sistema material de valores[18], y dentro de ellos, qué duda cabe, el valor justicia. Dentro de este sistema de valores, y particularmente el de justicia, ¿se lesiona el derecho fundamental de acción si vía interpretación judicial se crea una nueva *excepción de transacción extrajudicial*, haciendo prevalecer el principio de seguridad jurídica y a favor del derecho de contradicción?

7) *La motivación y argumentación jurídica y los casos difíciles.* La pregunta surge inevitablemente: ¿En el voto en mayoría hay

---

de enjuiciamiento que antes le estaban vedados; en concreto, el problema que debe afrontar el juez ya no se limita a verificar si la norma es idónea para resolver el supuesto de hecho, sino que, con carácter previo, ha de interrogarse acerca de la propia legitimidad constitucional de la norma y de la solución más adecuada a la luz de esa preceptiva constitucional. Pero si la Constitución implica esa *apertura* de las posibilidades de enjuiciamiento, en mi opinión supone también un cercenamiento al arbitrio judicial a la hora de buscar principios o valores más allá de las *fuentes* positivas. Sin duda, la Constitución ha venido a limitar la discresionalidad del legislador, pero, si se toman en serio todos los preceptos constitucionales, debe estrechar también el ámbito de la creación del Derecho por la justicia ordinaria" (PRIETO SANCHÍS, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2005, pp. 249-250.

[18] En forma reiterada el Tribunal Constitucional ha declarado que la Constitución ha consagrado un sistema de valores materiales. La Constitución española reconoce en forma explícita ciertos valores en su artículo 1.1. que dispone: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la principios superiores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Puede consultarse sobre valores superiores y actividad interpretativa: DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 297 y ss. Del mismo modo, PECES BARBA, GREGORIO, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 115 y ss.

una motivación aparente cuando se trata de justificar la creación de la excepción de transacción extrajudicial?[19]

8) *La doctrina de los actos propios y su aplicabilidad o inaplicabilidad en la transacción extrajudicial.* Es pertinente preguntarse también que, si la parte damnificada desconocía que la intoxicación por medio de mercurio causaba lesiones en su cuerpo de manifestación progresiva en el tiempo, ¿podrá afirmarse que ha formulado una pretensión contradictoria? ¿Entre el momento de celebrarse la transacción extrajudicial y la interposición de la demanda, variaron las condiciones y circunstancias iniciales de la conducta anterior relevante?[20]

9) *La legitimidad para obrar activa y los intereses difusos.* ¿Es razonable la norma jurídica –artículo 82º del CPC– que no concede legitimidad para obrar activa a las personas particulares afectadas directamente para pretender a una indemnización por daño al medio ambiente?

10) *La constitucionalidad de los plenos casatorios.* ¿Qué tipo de competencia tiene la Sala Plena para conocer la casación?

De estos temas, que obviamente se refieren a instituciones jurídicas, aún encontramos temas relevantes y estrechamente vinculados: la argumentación, la motivación, la interpretación jurídica y los casos difíciles.

---

[19] La motivación aparente "se presentan como actos jurisdiccionales, prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación, descubriremos que en verdad no tienen fundamento" (Fernández, Raúl Eduardo, "Los errores *in cogitando* en la jurisprudencia cordobesa", en Ghirardi, Olsen A., et al., *La naturaleza del razonamiento judicial (el razonamiento débil)*, Alveroni, Córdoba, 1993, p. 117). En cuanto a los requisitos de la motivación como racionalidad, coherencia y razonabilidad puede consultarse: Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 157 y ss. Igualmente puede verse sobre la estructura racional de la sentencia civil: Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Publicazioni Della Universitá di Pavia Studi Nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Cedam, Padua, 1975, pp. 207 y ss.

[20] Sobre la variación de las condiciones vide Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, 4ª ed., Abeledo-Perrot/Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 71 y ss.

Conforme al mandato constitucional el juez debe motivar sus resoluciones judiciales, salvo los decretos de simple tramitación. Para motivar su decisión, el juez debe justificarla. Por ello con acierto Perelman afirmaba que "motivar es justificar la decisión tomada proporcionando una argumentación convincente e indicando lo bien fundado de las opciones que el juez efectúa"[21].

El juez, en el desempeño de su función, a diario se encuentra frente a casos fáciles (quizás los más), casos difíciles y casos trágicos. En el caso fácil, el juez no encuentra mayores problemas de argumentación, tanto en la dimensión fáctica como jurídica, y procede a resolverlo[22]. El contraste entre casos fáciles y difíciles es un lugar común en los escritos de Hart y Dworkin, y con relación a estos casos puede precisarse:

> "[Q]ue un caso es difícil cuando los hechos y las normas relevantes permiten, por lo menos a primera vista, más de una solución. El tipo de caso difícil frecuente es aquel en el que la norma aplicable es de textura abierta, es decir, contiene uno o más expresiones vagas".

A la dificultad señalada por Hart pueden añadirse cuatro más. En primer lugar, es posible que exista más de una norma aplicable al caso, como sucede cuando dos principios colisionan. Esta es la fuente fundamental de la dificultad en una sentencia sobre la dosis personal de estupefacientes. En segundo lugar, en algunos casos no existe ninguna norma aplicable; es decir, hay una laguna en el sistema jurídico. Estos casos se resuelven por medio de mecanismos

---

[21] Citado por NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, p. 156.

[22] Se considera los casos fáciles son aquellos en los que el juez puede identificar las reglas de derecho a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos, y en cuyo caso la justificación consistirá en efectuar una mera deducción, dentro del consabido silogismo judicial, cuya conclusión no es una decisión sino una norma, en tanto que en los casos difíciles existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas (Cfr. ATIENZA, Manuel, "Los límites de la interpretación constitucional", en VÁSQUEZ, Rodolfo (compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª ed., Fontamara, México, 2002, pp. 189 y 190.

de integración, como la analogía. En tercer lugar, aunque exista una sola norma pertinente y su texto sea claro, su aplicación puede ser injusta o socialmente perjudicial en el caso concreto. Esta circunstancia explica la autorización excepcional al juez para acudir a la equidad como criterio de decisión. Por último, que el juez o el tribunal hayan establecido un precedente que a la luz de un nuevo caso considere necesario modificar. Dado que por razones de consistencia –integridad en sentido dworkianiano– el juez o el tribunal deben seguir en principio la línea de sus decisiones anteriores; en cambio, la jurisprudencia implica una carga argumentativa superior a la de los casos rutinarios"[23].

La interrogante surge inmediatamente: Según esta tipología, ¿el caso resuelto en el Pleno Casatorio corresponde a alguno de los tipos de casos difíciles señalados? Consideramos que en realidad –y apreciando bien las cosas– el caso resuelto no es difícil, puesto que, por las razones expuestas en la ponencia en minoría, no existe vacío normativo, ya que 1) la norma (artículo 446º) expresamente dispone que el demandado solo puede proponer la conclusión del proceso por transacción (inciso 10), y 2) es fundada la excepción de conclusión del proceso por transacción cuando se inicia un proceso idéntico a otro en que las partes transigieron.

Al prescribir la norma que el "demandado solo puede proponer las siguientes excepciones" se excluye toda posibilidad de considerar otras defensas de forma que no estén prevista dicha norma, más aún si, por otra parte, el mismo CPC (artículo 3º) establece que: "Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código".

Como se ha visto, la formulación de una excepción importa una restricción del derecho de acción, pues tiene por finalidad

---

[23] Hart/Dworkin, *La decisión judicial,* estudio preliminar de César Rodríguez, 2ª reimpr., Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, pp. 68 y 69.

paralizar o extinguir la relación procesal y, por tanto, el derecho de acción. Sin embargo, al estar reconocida por el legislador en la norma procesal, tal norma o conjunto de normas debe interpretarse y aplicarse en forma restrictiva, de tal modo que no se puede crear una nueva excepción de transacción extrajudicial, vía interpretación de normas que no están contenidas en el CPC.

Si no se da el supuesto de caso difícil por vacío normativo, ¿puede considerarse que es un caso difícil por problemas graves de interpretación o de elección de normas aplicables al caso sub iúdice?

Pero si se considera que están plenamente identificadas las normas aplicables al caso (normas del CPC), solamente puede estimarse la configuración de un caso difícil por interpretación de esas normas identificadas; esto es, solo de las normas comprendidas en el citado cuerpo legal.

Frente a un caso difícil el juez debe seguir un método o modelo para resolverlo. En opinión de Manuel Atienza[24] el modelo a seguir para el proceso de argumentación a fin de resolver un caso difícil es el siguiente: 1) debe identificarse el problema por resolverse, es decir encontrar por qué consideramos que es un caso difícil; 2) identificado el problema, por ejemplo que se trate de un problema de interpretación, debe establecerse si este problema es por insuficiencia de información o por exceso de información; 3) luego hay que construir hipótesis de solución para el problema, es decir, nuevas premisas para crear una nueva situación informativa, con necesaria y suficiente información en mirar a la conclusión; 4) hay que pasar a justificar la hipótesis de solución formulada; tratándose de un problema de interpretación se precisará por qué son buenos los criterios o métodos de interpretación usados y su resultado en el caso concreto; 5) el último paso de este modelo es el que va de las nuevas premisas a la conclusión.

---

[24] ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima, 2004, pp. 313 y ss.

Refiriéndose a aquellos problemas a identificarse y en relación con la justificación meramente interna, Mac Cormick[25] sostiene que los problemas de la premisa normativa son dos: el de relevancia y el de interpretación jurídica; los problemas de la premisa fáctica son también dos: el de prueba y el calificación jurídica de los hechos.

En el caso de Pleno Casatorio civil, en principio, se identifican dos tipos de problemas principales:

A) *Un problema de relevancia jurídica.* Se trata de buscar y encontrar en el ordenamiento jurídico peruano la o las normas sustantivas y procesales que sean pertinentes para resolver el caso concreto. El problema de relevancia surge cuando "nos preguntamos qué norma es relevante para el caso"[26].

Si se considera que la transacción extrajudicial no puede sustentar la excepción de conclusión del proceso por transacción, estamos optando por reconocer que para la excepción referida, como se trata de una defensa de forma, solamente debe aplicarse las normas del Código Procesal Civil (contenidas en los artículos 446º, inciso 10 y 453º) las que disponen que: el demandado solo puede proponer la excepción de conclusión del proceso por transacción; y que es fundada la misma cuando se inicia un proceso idéntico a otro en que las partes transigieron. Es decir, que para estimar la defensa de forma señalada se requiere como presupuesto la existencia de dos procesos idénticos: el primero, que terminó por transacción judicial, homologada por el juez; y el segundo proceso, en donde precisamente se hace valer la excepción. Si adoptamos esta solución, podemos concluir que realmente no existiría un problema

---

[25] Citado por Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2005, p. 176.

[26] Loc. cit.

de relevancia, pues las normas procesales aplicables para resolver la casación en esta parte resultan claramente identificadas, sin mayor esfuerzo. Además, dentro de esta solución, la transacción extrajudicial opera como defensa de fondo, puesto que indubitablemente la transacción para nuestro Código Civil es un medio extintivo de obligaciones; por consiguiente, debe hacerse valer como argumento o defensa de fondo en el escrito de contestación de la demanda y ser resuelto por el juez en la sentencia.

B) *Un problema de interpretación jurídica.* Si se considera que la transacción, no solamente la judicial sino también la extrajudicial, tiene el valor de cosa juzgada (artículo 1302º del CC), podría concluirse que no obstante el texto y la voluntad objetiva de las normas procesales (artículos 446º, inciso 10 y 453º, inciso 4) sí puede proponerse la excepción de transacción extrajudicial, creándose de este modo una nueva defensa de forma, no prevista expresamente en estas normas procesales[27].

La interpretación misma de las normas aplicables al caso, importa el empleo de criterios de interpretación como el criterio gramatical o literal, sistemático, teleológico, histórico, el lógico conceptual, el axiológico. La interpretación literal es la puerta de entrada al mundo de la interpretación, de allí que el intérprete, particularmente el juez, no puede quedarse allí, tiene que utilizar los otros criterios o métodos. En esta perspectiva, bajo una interpretación sistemática, teleológica y axiológica encontramos que

---

[27] La denominada teoría estándar de la argumentación que se atribuye a Robert ALEXY, es objeto de observaciones, entre ellas, que se ocupa casi con exclusividad de cuestiones de orden normativo, esto es a la interpretación y aplicación del derecho, descuidando la argumentación sobre los hechos y las pruebas. Sin embargo, en el presente caso sobre el pleno casatorio, en donde la argumentación se refiere principalmente a los problemas de relevancia jurídica y al de interpretación jurídica puede consultarse a dicho autor (ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 173 y ss.).

las defensas de forma, como la de conclusión del proceso por transacción, en cierto modo limitan o restringen el ejercicio del derecho de acción del demandante, y en este contexto, debe buscarse un resultado interpretativo acorde con el respeto y armonización de los derechos fundamentales comprometidos en ello: el derecho de acción, que corresponde al actor y, el derecho de contradicción, que corresponde al demandado, pues dentro de este último derecho encuentran su origen y fundamento las defensas de forma del demandado.

Es a todas luces razonable entonces que si en un primer proceso las partes transigieron y el acuerdo fue homologado por el juez, ninguna de ellas puede iniciar un segundo proceso idéntico desconociendo los derechos litigiosos que transigió en el primero, en donde el interés para obrar, o la necesidad de tutela jurisdiccional del demandante, fue satisfecho por el Estado con la provisión de tutela y el control judicial mediante la homologación del acuerdo transaccional. Este acuerdo homologado tiene el valor de cosa juzgada.

En cambio, una transacción extrajudicial, que no tiene ningún tipo de control judicial (salvo el caso de menores e incapaces mayores), sobre la que el Estado no ha proveído ningún tipo de tutela jurisdiccional, es razonable que no tenga el valor de cosa juzgada y, por consiguiente, sus efectos sean distintos a los de la transacción judicial.

Las diferencias entre ambas transacciones son claras y puntuales:

A) La transacción judicial se origina en un asunto litigioso o derechos litigiosos, que es materia de controversia judicial; en tanto que la extrajudicial se genera en la existencia de un asunto dudoso o de derechos dudosos.

B) La transacción judicial tiene su formalidad especial, pues, entre otros, se presenta por escrito con firma legalizada por el secretario respectivo y no se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones materiales ajenas al proceso, y debe ser homologado por el juez; en cambio, en el caso de la transacción extrajudicial, esta se formula en simple escrito,

no es necesario firma legalizada y, además, con las concesiones recíprocas se puede comprender relaciones jurídicas distintas a aquellas que han sido objeto de controversia entre las partes.

C) Cuando ocurre el incumplimiento de las obligaciones objeto de transacción, se concede mérito ejecutivo a la transacción extrajudicial (título ejecutivo), mientras que tratándose de la transacción judicial ella se ejecuta de la misma manera que una sentencia firme, es decir, se constituye título de ejecución (artículo 1312º del CC).

D) En la transacción judicial, el Estado ha proveído de tutela jurisdiccional a las partes, quienes luego transigen mediante un acuerdo que es homologado por el juez; por consiguiente, el interés para obrar de ambas partes ha sido satisfecho por el Estado. En la transacción extrajudicial, al no existir ninguna intervención judicial (salvo, como se ha dicho, el caso excepcional de menores e incapaces mayores), no existe control judicial, y tampoco existe en modo alguno interés para obrar satisfecho por el Estado.

E) La transacción judicial sustenta razonablemente una excepción: conclusión del proceso por transacción, y siendo una defensa de forma, de ser declarada fundada se debe disponer la nulidad de todo lo actuado y la consiguiente conclusión del proceso, según previsión normativa expresa contenida en el artículo 451º, inciso 5 del CPC. En tanto que tratándose de la transacción extrajudicial, no existe norma alguna que autorice que pueda ser propuesta como defensa de forma, y así más bien existe norma expresa (artículo 1302º y ss. del CC) que la regula como medio extintivo de obligaciones. Tampoco existe norma expresa que prevea la conclusión del proceso y nulidad de todo lo actuado cuando se trate este tipo de transacción, pues la norma procesal (artículo 451º, inciso 5) se refiere expresa y solamente a la transacción judicial.

Todas estas diferencias nos hacen concluir que la transacción extrajudicial en modo alguno puede sustentar una excepción, y mucho menos, puede tener el efecto de cancelar el proceso en su etapa postulatoria.

Ahora bien, la ponencia y voto en mayoría argumenta que la transacción extrajudicial puede sustentar la excepción de transacción, es más se afirma y concluye: "La transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo regulado por el inciso 10 del artículo 446º e inciso 4 del artículo 453º del Código Procesal Civil, por interpretación sistemática de dichas normas con las que contiene el Código Civil sobre transacción".

Ello significa llanamente que vía "interpretación sistemática" se está creando una nueva defensa de forma: la excepción de transacción extrajudicial (que no exige como requisito dos procesos idénticos).

Precisamente estos criterios opuestos, respecto a la solución más justa, hacen que el caso podría ser considerado como un "caso difícil" por presentar un primer problema de relevancia jurídica: identificar las normas pertinentes, sustantivas y procesales, que deben ser aplicadas para solucionar el caso sub iúdice; y un segundo problema: determinar la interpretación correcta de las normas identificadas como aplicables al caso. No obstante, como se ha analizado antes, desde otra óptica, el caso sub iúdice no tenía las características de un caso difícil.

En esta actividad de identificación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto, no ha existido unidad de criterio, pues las ponencias en mayoría y en minoría han considerado, aunque debe reconocerse solamente en parte, que las normas aplicables son distintas: 1) para el voto en mayoría, se aplica la norma contenida en el artículo 1302º del CC, en cuanto reconoce que la transacción extrajudicial tiene el valor de cosa juzgada y que teniendo por objeto evitar el pleito que podría promoverse, ya no puede iniciarse un proceso para discutir los derechos dudosos transigidos, y como resultado de ello, puede sustentar la excepción de "tran-

sacción extrajudicial"; 2) el voto en minoría concluye que las normas que solamente deben aplicarse para resolver la defensa propuesta por los emplazados son las contenidas en los artículos 446º, inciso 10 y 453º, inciso 4º del CPC, y como consecuencia de ello, al no estar comprendidos los hechos alegados por los emplazados en los supuestos fácticos de aquellas normas, su "excepción de transacción extrajudicial" debe ser desestimada.

Pero, al lado de este problema de relevancia jurídica, también existe un segundo problema, el de interpretación jurídica, identificadas las normas aplicables al caso concreto.

Para el voto en mayoría, a partir de una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 446º, inciso 10 y 453º, inciso 4 del CC con las normas del CC sobre transacción (1302º y ss.), se puede llegar a un resultado interpretativo: que procede proponerse la excepción de transacción extrajudicial. Por su parte, el voto en minoría, a partir de una interpretación literal, sistemática y teleológica de las normas procesales y sustantivas ya citadas, concluye que la transacción extrajudicial solamente puede hacerse valer como defensa de fondo (pues el CC la reconoce como un medio extintivo de obligación junto al pago, la novación, la condonación, entre otros), mientras que la transacción judicial como defensa de forma (por sustentarse en un modo especial de conclusión del proceso y exigir como requisito la existencia de dos procesos idénticos).

Otro problema colateral que también puede advertirse es el referido a la prueba de la transacción extrajudicial. Si se considera (como es el caso del voto en mayoría) que la transacción extrajudicial puede sustentar la excepción de transacción es pertinente examinar su validez y eficacia, desde que incluso de oficio el juez está facultado para declarar la nulidad conforme a la norma contenida en el artículo 220º del CC. Pero si se considera en cambio (como es el caso del voto en minoría), que una transacción extrajudicial no puede en modo alguno sustentar la excepción de transacción entonces la validez y eficacia de las tres transacciones referidas pasan a un segundo plano de importancia.

Si bien al resolverse la excepción propuesta por los tres emplazados no debe dilucidarse la validez de la transacción, sin embargo, para el voto en mayoría, las transacciones extrajudiciales celebradas entre Minera Yanacocha S.R.L. y Angélica Quiroz Villaty tienen plena validez y eficacia, por lo que pueden idóneamente acreditar su celebración y sus efectos extintivos de los derechos discutidos en el proceso.

El voto en minoría considera que las transacciones extrajudiciales son cuestionables, por cuanto, en primer término nunca, tuvieron el efecto extintivo alegado, pues entre las partes se celebró un segundo acuerdo transaccional denominado "*addendum*", en donde las partes reabrieron el debate o contienda de intereses y convinieron en duplicar los montos indemnizatorios pactados inicialmente, pues conforme a la naturaleza de la intoxicación por mercurio, el detrimento en la salud e integridad física y fisiológica de los damnificados iba en aumento progresivo conforme transcurría el tiempo. En buena cuenta, esta reapertura de la controversia significaba para la empresa demandada el reconocimiento de la progresividad en el tiempo de las lesiones en los damnificados por intoxicación de mercurio.

De cualquier modo, la importancia y trascendencia para el sistema de justicia civil en el país de este Pleno Casatorio y la doctrina jurisprudencial vinculante, no puede negarse ni retacearse, pues pretende fines de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta de normas procesales y sustantivas, la uniformidad de la jurisprudencia, promover y hacer efectivo el derecho a la igualdad de los justiciables, optimizar los principios de seguridad y certeza jurídica y hacer predecible la alta función de impartir justicia. Por lo demás debe tenerse en cuenta que la doctrina ha reconocido que en los sistemas casatorios debe prevalecer el *ius constitutionis* por sobre el *ius litigatoris*[28], pero siempre que

[28] Se ha afirmado que es falsa la contraposición entre el *ius litigatoris* y el *ius constitutionis*: "[C]onsidero de interés aclarar lo con frecuencia la doctrina presenta como dos intereses contrapuestos cuando ello no es así. Nos estamos refiriendo al falso anta-

los criterios de interpretación y aplicación de normas que se establezcan sean compatibles con los valores superiores del ordenamiento jurídico, principalmente con el valor justicia.

Finalmente, es necesario tener presente que el establecimiento de la jurisprudencia vinculante, como en el presente caso, no afecta la independencia de los jueces. En principio, nuestra Constitución garantiza la independencia de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, pero por otro lado, garantiza más de un mecanismo de uniformidad de la jurisprudencia, como cuando reconoce como una de las competencias principales de la Corte Suprema "fallar en casación" (artículo 141º) y, uno de los fines inherentes a este sistema casatorio es el de la uniformidad de la jurisprudencia[29]. Por consiguiente es perfectamente armonizable (concordancia práctica) el principio de independencia de los jueces con la exigencia de la uniformidad de la jurisprudencia.

Lima, 24 de abril de 2008

Víctor Ticona Postigo

---

gonismo entre el *ius constitutionis* y *el ius litigatoris*, o lo que es lo mismo, el interés público defendido en casación –vinculado a los fines de la casación– frente al interés privado postulado por el recurrente –vinculado a la justicia del caso concreto– cuando la realidad nos muestra que ambos fines o intereses en casación no se presentan como contrapuestos, sino como complementarios: no es posible afirmar que aquello que interesa al estado interese también al particular y viceversa" (BUENDÍA CÁNOVAS, Alejandro, *La casación civil*, Difusa, Madrid, 2006, p. 208).

[29] GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA afirman: "Una cuestión central que cabe plantear es si la independencia judicial constitucionalmente prevista exige reconocer la absoluta libertad interpretativa de los jueces o si, por el contrario, pese a reconocer esa independencia, la Constitución exige (también) el establecimiento de mecanismos uniformadores de jurisprudencia para que no se debiliten los valores de la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas y de la igualdad en la aplicación de la ley; valores que, como se ha dicho, se pretenden garantizar también a través de la vinculación del juez a la ley. En suma, se sostiene que, al reconocer la independencia judicial, la Constitución garantiza la absoluta libertad interpretativa de los jueces y tribunales, salvo los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia a través de los recursos legalmente previstos" (GASCÓN ABELLÁN/GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, cit., pp. 23 y 24).

UNIDAD IV: LA EFICACIA DE LOS ACTOS DE DISPOSICION DE LOS BIENES GANANCIALES POR UNO DE LOS CONYUGES: EL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL

- **Sétimo Pleno Casatorio Civil.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO CASATORIO CIVIL

CASACIÓN N° 3671–2014–LIMA

Demandante: Miriam Ivonne Hermida Clavijo
Representada por: Gloria Esther Hermida Clavijo

Demandados: Jesús Esther Tambini Miranda
Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta

Materia: Tercería de Propiedad

Vía Procedimental: Abreviado

Sumario:

I. Resumen del proceso
II. La justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica que habrá que dilucidar.
III. Planteamiento del problema.
III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.
III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.
III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley.
III.4. Los aspectos supra-legales del problema: el debate sobre el rol que le corresponde al artículo 70 de la Constitución y al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
III.4.1. El amparo supra-legal del crédito y de la propiedad.
III.4.2. El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil.

IV. Las posturas enfrentadas en la jurisprudencia y la doctrina.

IV.1. Argumentos en favor de la propiedad no inscrita.

a) El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito.

b) La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador.

IV.2. Argumentos en favor del crédito inscrito.

a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común.

b) La protección *erga omnes* del derecho de crédito.

V. Las opiniones de los *amicus curiae*.

VI. Análisis crítico.

VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito.

VI.2. La interpretación objetiva de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

a) Premisa

b) La interpretación de la ley y sus cánones: el rol decisivo del texto de las disposiciones normativas objeto de interpretación.

c) La inexistencia de laguna normativa en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

VI.3 El sentido de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la luz de una interpretación sistemática: la no aplicación de criterios registrales.

VI.4La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito inscrito.

VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos.

VII. Juicio de Fundabilidad del Recurso de Casación.

VIII. Decisión

SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO CASATORIO CIVIL REALIZADO POR LAS SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

En la ciudad de Lima, Perú, a los 05 días del mes de noviembre de 2015, los señores Jueces Supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha 17 de julio de 2015, escuchados los informes orales y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de *amicus curiae* (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo el magistrado ponente el señor Juez Supremo Mendoza Ramírez, de los actuados resulta:

I. Resumen del proceso

1.1 Mediante escrito de fojas 37, subsanado a fojas 87, Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de Miriam Ivonne Hermida Clavijo interpone demanda de tercería de propiedad contra Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta solicitando se deje sin efecto la medida cautelar ordenada sobre los bienes de su propiedad. La actora argumenta en su demanda lo siguiente:

1.1.1 Refiere que con fecha 26 de mayo de 2004 suscribió con la demandada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta una minuta de compraventa por la que adquirió el Departamento N° 202 y el estacionamiento N° 202 (Segundo Edificio) Gran Mansión Monticello de la Manzana H, Lote 6-8, del Condominio Residencial Isla Cerdeña, Distrito de Lurín, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en las Partidas N° 12169166 y N° 12169170 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.

1.1.2 Agrega que como su representada reside en Italia, la compraventa fue elevada a Escritura Pública recién el 12 de octubre de 2011, mediante una

aclaración y ratificación de compraventa e inserto de la minuta de compraventa del 26 de mayo de 2004, inscribiéndose el título de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble, el 03 de mayo de 2012.

1.1.3 Añade que con posterioridad a dicha venta, la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpuso una demanda de indemnización contra Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, y en dicho proceso por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima trabó embargo sobre los inmuebles materia de *litis* consignando como propietario a Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, título presentado el 10 de febrero de 2012.

1.1.4 Invoca como fundamento de derecho de su demanda los artículos 424, 533, 534 y 535 del Código Procesal Civil.

1.2 Mediante resolución obrante a fojas 89 se admite a trámite la demanda, corriéndosele traslado a la parte demandada por el plazo de ley.

1.3 Por escrito que obra a fojas 141, la demandada Jesús Esther Tambini Miranda contesta la demanda señalando que la minuta de fecha 26 de mayo de 2004 no ha sido certificada por Notario Público, no es un documento de fecha cierta y que el embargo fue ejecutado con anterioridad a la inscripción de la compraventa de la demandante.

1.4 Mediante resolución obrante a fojas 153 se declara rebelde a la demandada Desarrollos Siglo XXII Sociedad Anónima Abierta, se declara saneado el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida.

1.5 Por resolución que obra a fojas 222 se fijan los puntos controvertidos, se califican los medios probatorios ofrecidos por las partes y se decreta el juzgamiento anticipado del proceso.

1.6 A fojas 234 se emite sentencia de primera instancia contenida en la Resolución N° 11 de fecha 27 de diciembre de 2013, en la que se declara FUNDADA la demanda. Los principales argumentos fueron los siguientes:

1.6.1La escritura pública de fecha 26 de octubre de 2011 es un documento público y por ende de fecha cierta desde que fue otorgada ante notario público, de conformidad con el artículo 235 inciso 2 del Código Procesal Civil.

1.6.2 De la copia literal de fojas 29 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscribiéndose el embargo en el asiento D00003 de la Partida N° 12169166 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, con fecha 05 de marzo de 2012.

1.6.3 De la copia literal de fojas 31 se advierte que por Resolución N° 02 de fecha 22 de diciembre de 2011 se ha ordenado inscribir un embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos sobre el inmueble denominado Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín

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

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

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

1.7 Mediante Resolución N° 11 de fecha 10 de septiembre de 2014, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, resuelve confirmar la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda de fojas 37 a 42, subsanada de fojas 87 a 88; en consecuencia, ordena el levantamiento de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción hasta por la suma de $21,500.oo dólares americanos, sobre los inmuebles denominados Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 04, Segundo Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín; y Gran Mansión H-6/8-II N° 202, Unidad Inmobiliaria N° 07, Primer Piso, Lote 6, 7 y 8 de la Manzana H, Urbanización Residencial Isla de San Pedro Etapa I – Isla Cerdeña, Lurín, inscritos en los asientos D0003 de las Partidas N° 12169166 y 12169170 del Registro de la Propiedad inmueble de Lima, recaídos en el Expediente N° 34921-2008 seguido ante el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima; empleando los siguientes fundamentos:

1.7.1 Según la interpretación del artículo 949 del Código Civil, la transferencia de propiedad en nuestro sistema opera extra registralmente, es decir, con la sola creación de la relación obligatoria de las partes, la que nace con el contrato de compraventa; en este caso, la minuta de compraventa de fecha 26 de mayo de 2004 respaldada con las copias de las letras de cambio que acreditan el pago mensual, el impuesto predial pagado el 24 de agosto de 2005 y el impuesto del alcabala pagado el 31 de agosto de 2005, que acreditan no solo el acuerdo de voluntades respecto del bien que se enajenó y al precio y convierte a la tercerista en propietaria del inmueble, sin que sea necesario que el A quo así lo declare; además acreditan que se encuentra en

posesión y es anterior al embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de propiedad de la tercerista y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en consecuencia, la referida minuta de compraventa otorga a la tercerista un derecho real y resulta oponible al embargo trabado en virtud al crédito de Jesús Esther Tambini Miranda (demandada) por su acreencia contra la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta, en la cual la tercerista, no es parte de la obligación demandada.

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

1.7.3 Siendo objeto de la tercería de propiedad, levantar el embargo trabado en forma de inscripción sobre el inmueble de la tercerista que al tiempo de ejecutarse la medida cautelar en forma de inscripción, ya era de propiedad de Miriam Ivonne Hermida Clavijo y no de la ejecutada Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta; por tanto, se concluye que el contrato de compraventa del inmueble sub *litis*, otorgado a favor de la tercerista con fecha 26 de mayo de 2004 con los demás documentos ya citados, acredita ser de fecha cierta y anterior a la fecha en que se trabó la medida de embargo en forma de inscripción; y como tal resulta oponible al derecho de crédito.

1.8 Contra dicha resolución de vista la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda interpone recurso de casación con fecha 29 de octubre de 2014; sustenta su recurso en los siguientes argumentos:

1.8.1La recurrente en su recurso de casación manifiesta que se han infringido los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

1.8.2 En relación al artículo 2022, señala que la Sala de mérito interpreta de manera errada la mencionada norma, por cuanto al haber operado la transferencia según lo dispuesto en el artículo 949 del Código Civil, al tercerista le asiste oponer su derecho, siempre y cuando haya sido inscrito su título en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente; sin embargo, cuando se dio inicio a la ejecución forzada de la sentencia, la recurrente solicitó tutela cautelar de embargo en forma de inscripción, que fue concedido por el Primer Juzgado Civil de Lima; agrega además, que dicho mandato fue inscrito el 10 de febrero de 2012, cuando los inmuebles embargados aparecían inscritos a favor de la empresa Desarrollos Siglo XXI (ejecutada); por otro lado, la demandante presentó su título en SUNARP el 03 de mayo de 2012, luego de varios meses de haberse inscrito el embargo; asimismo, aplica erróneamente las disposiciones del derecho común, lo cual ha originado que se emita una sentencia indicando que a pesar de existir un documento de fecha cierta que no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, respectivo, dicho acto jurídico es oponible al embargo inscrito, error material que tiene relevante incidencia en el resultado del proceso.

1.8.3 Cita como antecedentes las casaciones: 2807-99/Callao, 1417-2000/Lambayeque, 2429-2000/Lima, 403-2001/Piura, 2863-2001/Lima, 333-2003/Lambayeque, 720-2011/Lima y 5135-2009/Callao, en los que se ha establecido que prevalece el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita.

1.9Por auto calificatorio del recurso de casación de fecha 10 de diciembre de 2014, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve declarar procedente el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda, por la infracción normativa de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil.

1.10 Mediante auto de fecha 11 de junio de 2015, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resuelve convocara los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará el día 17 de julio del año en curso, a horas 10:00 a.m., en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia.

II. La justificación del Pleno Casatorio y delimitación de la cuestión jurídica que habrá que dilucidar.

La presente sentencia del Pleno Casatorio Civil tiene como objeto dilucidar el problema o cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Así se advirtió en la resolución de convocatoria expedida por la Sala Civil Permanente de esta Corte Suprema, con fecha 11 de junio de 2015, en la cual se precisó lo siguiente: "(...) se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles de este Supremo Tribunal, que se avocan al conocimiento de procesos de tercería de propiedad, están resolviendo, específicamente en lo concerniente a la aplicación de la última parte del artículo 2022 del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, referidos a si debe o no primar o imponerse la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito". Habrá que precisar, entonces, que se habrá de hacer referencia a procesos de tercería de propiedad que implican bienes inmuebles inscritos en el Registro Público.

En efecto, con frecuencia ocurre que, de un lado, se traba embargo sobre un bien que figura inscrito a nombre del deudor demandado y, de otro lado, un tercero, que alega ser el propietario pero en virtud de una adquisición que no inscribió, plantea una tercería de propiedad para levantar aquel embargo. La doctrina ha planteado esta situación en los siguientes términos:

Se ha sostenido que la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad no es la probanza del derecho no inscrito que alega el

demandante, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es o no oponible al acreedor ejecutante que ha inscrito un embargo a su favor, es decir una cuestión de derecho sustantivo, antes que de derecho procesal[1]. Se ha afirmado, en este sentido también, que el problema de derecho sustantivo involucrado en la tercería excluyente de dominio sobre bienes inscritos, bien puede ser resumido en la siguiente pregunta que refleja un conflicto de derechos: "¿Qué debe prevalecer en caso de conflicto, el embargo inscrito o la propiedad no inscrita?"[2].

También se ha planteado la cuestión bajo un enfoque de oponibilidad de derechos, cuando se ha aseverado que "uno de los temas más conflictivos en sede judicial se produce cuando un acreedor traba embargo judicial sobre un inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que en la realidad jurídica ya fue transferido a un tercero, aunque este no ha inscrito su derecho. En tal caso nos encontramos ante dos posibilidades contrapuestas: la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él ignora esa circunstancia; y en el otro extremo se encuentra el propietario que no inscribió, pero cuenta con título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena"[3].

La falta de uniformidad de criterios en las diferentes instancias judiciales ha sido destacada por la doctrina también. Así, ya en la década pasada se

---

[1] Eugenia ARIANO DEHO. *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 25 y ss

[2] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 5. Este mismo autor agrega que "los problemas que encierra la tercería de propiedad no solamente son de carácter procesal, sino que también encierra un eminente problema de Derecho sustantivo, el relativo a la oponibilidad del derecho del tercerista: dos sujetos (que serán el tercerista de propiedad y el acreedor ejecutante) aspiran al mismo bien (conflicto de intereses), por lo que se hace necesario establecer qué interés debe primar. Esto debe hacerlo no una norma procesal, sino sustantiva" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. op. cit. p. 9).

[3] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 179, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2008, pp. 57 y 58. Este autor ha expresado que "el segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito" (Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2009, p. 48).

decía que "es una vieja discusión la que hoy nos ocupa. Existen posiciones contrarias a nivel de la Corte Suprema, pues una de las Salas le da preferencia al embargo inscrito, mientras que la otra lo hace, en línea con la ejecutoria comentada, a la propiedad no inscrita, situación que, por cierto, bien amerita la convocatoria a un Pleno Casatorio"[4].De igual manera, se ha sostenido que la resolución de la cuestión de fondo de la tercería de propiedad es "un problema arduamente debatido, donde la doctrina y las decisiones de nuestra Corte Suprema no se muestran uniformes, debido a la oscuridad del texto de la última parte del artículo 2022 del Código Civil"[5]. En sentido análogo, se ha afirmado que "desde la vigencia del Código Civil de 1984 la solución jurisprudencial fue durante muchos años uniforme, y se basó siempre en el artículo 2022, 2° párrafo del Código Civil. De esta manera se entendió que el título de propiedad anterior, aún no inscrito, permitía levantar los embargos inscritos. Puede decirse que la jurisprudencia en este sentido es mayoritaria. No obstante, hace pocos años se empezó a cuestionar esta interpretación por cuanto se dijo que la primacía debía tenerla el registro, en vista de que el título de propiedad no inscrito es insuficiente para oponerse a un embargo inscrito"[6].

Más recientemente, respecto a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se ha dicho que "esta norma no tiene una interpretación uniforme en la doctrina ni en la jurisprudencia (...) El problema es más grave porque la discrepancia de opiniones ha sido llevada al Poder Judicial y existen un sinnúmero de resoluciones en un sentido y en otro. Es decir, sobre un problema tan importante no existe predictibilidad"[7].

---

[4] Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. *¿Cuál debe ser tutelado: el embargo inscrito o la propiedad no inscrita?* En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 124, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009, p. 122.

[5] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. Op. cit. p. 5.

[6] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos*. Cit. p. 65.

[7] Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. *Entre dos derechos de diferente naturaleza: embargo vs. propiedad ¡Prevalece el derecho de propiedad!* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 21.

Considerando que el Pleno Casatorio Civil, contemplado en el artículo 400 del Código Procesal Civil, se debe enmarcar dentro del proceso de uniformización de la jurisprudencia, que es un objetivo fundamental del recurso de casación tal como lo dispone el artículo 384 del Código Procesal Civil, la convocatoria a este Pleno Casatorio se encuentra justificada. Resulta oportuno recordar que la figura de la casación, y por ende su función de uniformización explicitada por la ley, tienen también un respaldo constitucional, contemplado en el artículo 141 de la Constitución[8].En este sentido, se ha sostenido enfáticamente que "no solo la casación se orienta única y exclusivamente al ejercicio de una función nomofiláctica de defensa y conservación del ordenamiento jurídico, sino que además busca la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (ver el artículo 384 del CPC). Sobre el particular, SERRA DOMÍNGUEZ considera que la finalidad esencial de la casación es la unificación de la jurisprudencia y que las demás finalidades son secundarias"[9]. Y esta necesidad de uniformización jurisprudencial se funda en los principios de certeza y seguridad jurídica[10], que indudablemente inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente caso, resulta que no existe uniformidad en torno a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Existen básicamente dos interpretaciones en sede judicial, cada una de las cuales conduce a resultados diferentes al momento de emitir sentencia en los procesos de tercería de propiedad que involucra bienes inscritos.

En la resolución de convocatoria a este VII Pleno Casatorio Civil, se hizo referencia a las siguientes sentencias emitidas por esta Suprema Corte: i) Cas. N° 3262-2001-Lima; ii) Cas. N° 2472-2001-Lima; iii) Cas. N° 1253-2002-Ica; iv) 3194-

[8]Enrique BERNALES BALLESTEROS. *La Constitución de 1993. Veinte años después*. Lima: IDEMSA, 2012, p. 705.

[9]Marianella LEDESMA NARVÁEZ. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. T. I. 4° edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 852.

[10]Se señala, con razón, que la uniformidad jurisprudencial, como objetivo del instituto de la casación, se funda, más que en el principio de igualdad, en los principios de certeza y seguridad jurídica: Marina GASCÓN ABELLÁN. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 77-81.

2002-Ica; v) Cas. N° 3194-2002-La Libertad; vi) Cas. N° 2103-2006-Lima; vii) Cas. N° 909-2008-Arequipa; viii) Cas. N° 3687-2009-Cusco; ix) Cas. N° 5532-2009-Lambayeque; x) Cas. N° 720-2011-Lima; xi) Cas. N° 2429-2000-Lima; xii) Cas. N° 403-2001-Piura; xiii) Cas. N° 333-2003-Lambayeque; xiv) Cas. N° 4448-2010-Arequipa; xv) Cas. N° 1117-2011-Lima; xvi) Cas. N° 5135-2009-Callao. En todas estas decisiones judiciales, se aprecia que el núcleo de su análisis radica en la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, puede decirse que la *ratio decidendi* de estas sentencias depende de tal interpretación. Los *obiter dicta* que estas decisiones puedan tener, en ningún caso versan sobre el contenido normativo de dicho artículo. La "médula" de lo decidido por los jueces supremos, en estos casos, siempre dependen de la lectura que hacen del artículo en mención[11].

Es oportuno agregar también que este es el enfoque de la doctrina que se ha ocupado de analizar estas sentencias en casación, la cual se ha mostrado conforme al señalar que la *ratio decidendi* debe circunscribirse a la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. De este modo, la doctrina no ha planteado la posibilidad de que la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos deba resolverse al margen de lo dispuesto en este dispositivo legal. La interpretación de este es simplemente determinante para la resolución de estos procesos[12].

---

[11] A propósito de las decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, se ha dicho que la *ratio decidendi* consiste en aquella parte de la sentencia en la que se "expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional". Mientras que *obiter dicta* es "aquella parte de la sentencia que ofrece reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas marginales o aleatorias que, no siendo imprescindibles para fundamentar la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional, se justifican por razones pedagógicas u orientativas, según sea el caso en donde se formulan" (Luis CASTILLO CÓRDOVA. *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En: AAVV. *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. T. V. México, D. F.: Universidad Autónoma de México, 2008, p. 624.

[12] Las dieciséis sentencias en casación citadas, que versan sobre procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, han sido objeto de análisis doctrinal por distintos autores, todos los cuales están de acuerdo en entender que, en todas ellas, la cuestión fundamental a dilucidar se refiere a la más adecuada interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, toda vez que se trata siempre de un conflicto de derechos de distinta naturaleza: el derecho de propiedad (no inscrito) del tercerista y el crédito (inscrito) del acreedor embargante. Así, para las sentencias en casación citadas con los numerales i), iii), iv), v), vi), viii), x), xi), xii) y xiii), puede verse a Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *op. cit.* pp. 21 y ss. Para la sentencia en casación citada en el numeral ii), puede verse a María del Carmen GALLARDO NEYRA y Jorge FERNÁNDEZ PAREDES. *Estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil. A once años de su entrada en vigencia*. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Año 3. N° 7. Lima: Centro de Investigaciones del Poder Judicial.

III. Planteamiento del problema.

III.1 El problema central es la determinación del sentido más apropiado para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Este Pleno Casatorio no pretende efectuar disquisiciones teóricas y/o doctrinarias que resultan ajenas a la cuestión central que es objeto de análisis. Por el contrario, se ceñirá estrictamente al análisis de los puntos centrales que han sido materia de controversia en la jurisprudencia y en la doctrina, expresando las razones por las cuales acoge cierto planteamiento en desmedro de otro. Para tal fin, este Alto Tribunal efectuará una suerte de diálogo crítico con los principales planteamientos doctrinales que se han esbozado en torno a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inscritos, evitándose en todo momento "citas doctrinarias y jurisprudenciales innecesarias o poco relevantes"[13], puesto que se quiere evitar "el empleo innecesario de elementos argumentativos"[14]. Por lo demás, ya la doctrina ha hecho un reclamo en este sentido[15], cosa que se considera ciertamente atendible.

Enero-marzo de 2005, p. 307. Para la sentencia en casación citada en el numeral vii), puede verse a Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. op. cit. p. 122. Para la sentencia en casación citada en el numeral xv), puede verse a Gunther GONZALES BARRÓN. *¿Hasta cuándo seguiremos engañándonos con una inscripción como panacea para todos los males?* En: *Actualidad Jurídica*. T. 232. Lima: Gaceta Jurídica, marzo de 2013, p. 80. Para esta misma sentencia, puede verse también a Ricardo CALLE TAGUCHE. *La tercería de propiedad a propósito de una reciente decisión de nuestra Corte Suprema*. En: *Actualidad Jurídica*. N° 239. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2013, pp. 112 y ss. Por último, para la sentencia en casación citada en el numeral xvi), puede verse la nota periodística especializada de Rosa CERNA DE LUCIO. *Corte Suprema: embargo inscrito prevalece sobre propiedad no registrada*. En: http://laley.pe/not/1785/corte-suprema-embargo-inscrito-prevalece-sobre-propiedad-no-registrada/ (consultado el día 06 de octubre de 2015). Se ha dicho que en estos procesos resaltan los intereses de grandes entidades financieras: "la tesis proembargo favorece a los bancos. Así de simple" (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 43). Es el caso, sin embargo, que la realidad jurisprudencial revela que esta afirmación dista de ser correcta. Basta revisar las sentencias citadas para caer en la cuenta que es escasa la participación de los bancos en estos procesos judiciales. De hecho, el caso particular que es materia del presente Pleno Casatorio, tiene como tercerista a una empresa inmobiliaria y, en la posición de acreedor embargante, a una persona natural.

[13] Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 5.

[14] Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 120-2014-PCNM, fundamento 8.

[15] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. Op. cit. p. 89: "No cabe duda de que es un deber de los señores jueces supremos tratar de analizar lo que se ha escrito en torno al asunto materia de un pleno casatorio y exponer las razones por las cuales adopta una u otra posición, dejando de lado otra. Si bien es valedero defender

Conforme a lo ya expuesto, nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa. Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que no se trata de ventilar si los derechos (en conflicto) efectivamente existen o no. No se trata de establecer si existe o no un derecho de crédito. Tampoco se trata de establecer si existe o no un derecho real de propiedad. La cuestión es diferente, sólo se busca establecer qué derecho debe prevalecer en caso de conflicto[16]. Por ende, resulta un error de perspectiva pretender incluir análisis probatorios sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema. No se trata, cabe reiterarlo, de establecer si un derecho existe o no. La cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos[17]. Este mismo enfoque ha sido planteado por la doctrina procesal que se ha ocupado del tema, cuando precisa que, por lo general, el tema de fondo en una tercería no es el relativo a la prueba del derecho alegado por el tercerista, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es oponible o no al acreedor ejecutante, lo cual se resuelve con normas de derecho sustantivo, y no con normas procesales[18].

---

nuestras opiniones con firmeza y respeto, no puede negarse que nadie puede pretender ser dueño de la verdad. Por eso, en un tema polémico, al final del día lo importante no es qué posición de adopte, sino que se adopte con la debida fundamentación".

[16] Defendiéndose la primacía del embargo, se afirma que el problema no se refiere a la determinación de titularidades, sino a la oponibilidad de las mismas: "Lo que nos preocupa no es que se nieguen o desconozcan la adquisición ni la propiedad misma (con las potestades que cita el artículo 923 del CC que continúa teniéndolas el propietario no inscrito). Es importante enfatizar que no se discute el derecho a tener o mantener la propiedad, sino que la que efectivamente se tiene no se puede ejercer a plenitud contra todos, porque no está inscrita" (Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. *¡No hay derechos absolutos! El derecho de propiedad no puede merecer protección si antes no es conocido vía la inscripción registral*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 18).

[17] Por tal razón, este Supremo Colegiado no suscribe la opinión que sostiene que "el juez de la tercería debería: i) partir de la presunción de que el embargo inscrito es correcto, eficaz y oponible, ii) ser extremadamente exigente en el examen de los documentos presentados por el tercerista, observando su contenido con sospecha y cautela y iii) ante la vacilación debe preferir al acreedor que inscribió el embargo" (Martín MEJORADA CHAUCA. *El carácter real del embargo y la especialidad de la tercería*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 56). En efecto, se pretende establecer reglas vinculantes claras y precisas, aplicables a todos los casos de conflicto entre embargo (crédito) inscrito y tercería de propiedad. Si las reglas vinculantes no son precisas, sino más bien "abiertas", cuya aplicación dependería del "caso concreto", se corre el alto riesgo de que la jurisprudencia no sea uniforme, sino que continúe existiendo disparidad de criterios, lo que precisamente este Pleno Casatorio busca contrarrestar de la mejor manera posible.

Ahora bien, es interesante notar como los Jueces Superiores de la República han planteado el problema en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil del año 2012:

"Formulación del problema: ¿El derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería de propiedad vence al embargo inscrito? Primera ponencia: el derecho de propiedad no inscrito alegado en un proceso de tercería vence al embargo inscrito, pues al tratarse de derechos de distinta naturaleza (real y personal) se aplican las disposiciones del Derecho común, que dan prioridad a los derechos reales. Segunda ponencia: el derecho de propiedad no inscrito no es oponible al embargo inscrito. Deben prevalecer los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, toda vez que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título del tercerista. De acuerdo al artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de derecho común, el principio de prioridad en el tiempo determina la preferencia en el derecho"[19].

Como se puede apreciar, aquí también se delimita el problema a una cuestión de oponibilidad (no determinación de existencia) de derechos de naturaleza diversa. La cual, según nuestro Código Civil, se debe resolver aplicando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Las opiniones desarrolladas en nuestra doctrina, pese a discrepar radicalmente en sus soluciones, coincide plenamente en señalar que el problema de fondo de la tercería de propiedad es determinar la preferencia entre un derecho de crédito y un embargo. Un asunto de oponibilidad. Así, una doctrina que ha

[18] ARIANO DEHO, Eugenia. *op. cit.* p. 38. Se plantea tomar como referencia la regulación alemana, en tanto que su sistema registral constitutivo no protegería las adquisiciones no fundadas en un negocio jurídico (Gunther GONZALES BARRÓN. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina*. cit. p. 36). Este planteamiento no resulta pertinente, puesto que la situación del tercerista en el sistema jurídico peruano, que puede alegar la titularidad de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble en base a un mero documento con fecha cierta, es sencillamente imposible en el derecho alemán, donde la adquisición de bienes inmuebles no puede efectuarse al margen del registro.

[19] Materiales de Trabajo. Tema N° 3, Pleno Jurisdiccional Nacional Civil, Poder Judicial, Lima, 2012, p. 397.

defendido la postura de la propiedad no inscrita señala que "se reconoce normalmente que los únicos derechos obligacionales (o 'no reales', da lo mismo) inscribibles son los que se originan del contrato de arrendamiento, contrato de opción y embargo judicial. Sin embargo, los dos primeros tienen su propia norma de protección frente a terceros (artículos 1708-1 y 2023 del CC).

Siendo ello así, el segundo párrafo del artículo 2022 en la práctica se refiere específicamente a la hipótesis de conflicto entre la transferencia de propiedad no inscrita y el embargo inscrito"[20]. Otra doctrina, que ha defendido con fuerza la primacía del embargo, concluye que el problema sustantivo de la tercería de propiedad "se reduce a determinar la interpretación más adecuada para el segundo párrafo del citado artículo 2022"[21].

III.2. La inaplicabilidad de la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.

Un sector minoritario de la doctrina ha postulado que el embargo inscrito tiene naturaleza de derecho real, de manera que el conflicto en cuestión podría resolverse de conformidad con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2022 del Código Civil. Así, algunos autores han expresado lo siguiente:
El embargo, por recaer en un inmueble, tiene la calidad de "derecho inmobiliario" de conformidad con el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil, de manera que "el embargo es un derecho de características reales antes que personales, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del Código Civil"[22].

Hace poco, en esta misma línea de razonamiento, se ha expresado que "el artículo 881 del Código Civil califica como derechos reales los regulados en otras leyes. ¿Está legalmente regulado el derecho que deriva de un

---

[20] Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial. cit.*

[21] Fort NINAMANCCO CORDOVA. *op. cit.* p. 12.

[22] Nelson RAMIREZ JIMENEZ. op. cit. p. 123.

embargo?: sí. ¿Recae sobre un bien?: sí. El que el embargo sea derecho accesorio porque tiene causa o deriva de un derecho de crédito no le priva de tener una proyección o expresión como derecho real; es decir, sobre un bien. También la hipoteca deriva de deuda propia o ajena. Es más: a los fines del inciso 10, artículo 885, el embargo es un derecho sobre un inmueble inscribible en el Registro. Ocurre una situación semejante a la del arrendamiento inscrito, que es oponible al nuevo adquirente (art. 1708 del CC) aunque es un derecho contractual. De una u otra forma, aunque de distinta fuente, tanto la hipoteca como el embargo inscrito son gravámenes que pesan sobre inmuebles y que los persiguen sin importar el propietario"[23].

La naturaleza de derecho real del embargo ha sido defendida por la doctrina según la cual "la fuente legal de este derecho o el hecho de provenir de un mandato judicial no enerva en lo absoluto la conclusión. ¿Acaso la propiedad es menos propiedad y derecho real cuando proviene de la usucapión y no de un contrato, o cuando deriva de la adjudicación judicial luego del remate y no de la compraventa? Es evidente que la ley define la estructura del derecho, pero ella puede emerger de cualquier causa válida. El embargo da lugar a un derecho real sobre el bien afectado, sujeto a las condiciones del mandato judicial. Es una garantía temporal al servicio de la sentencia que resuelva el reclamo del acreedor"[24].

La opinión de este Alto Tribunal es diferente. No cabe equiparar al embargo con un derecho real. El argumento basado en el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil ha sido criticado incluso por la doctrina defensora del crédito inscrito. Así, se argumenta que los derechos no pueden ser catalogados como bienes en sentido propio, de tal manera que no puede técnicamente sostenerse que la propiedad puede recaer sobre derechos. Así las cosas, el embargo, si es concebido como un derecho, no podría ser catalogado como

---

[23] Juan Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. *op. cit.* pp. 18 y 19.

[24] Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 55.

un bien rigurosamente hablando, por lo que no cabe considerar que tiene rasgos de un derecho real por tener la calidad de bien:

"(...) el derecho de propiedad no puede recaer, a su vez, sobre ningún derecho subjetivo. Los derechos subjetivos (y, en general, las situaciones jurídicas de ventaja, a las que me referiré dentro de poco) no tienen la calidad de bienes, como lo puede tener un auto, un cuadro artístico, un predio, una marca o un invento, razón por la cual no pueden tampoco ser objeto de los derechos de propiedad. De inmediato, un lector avisado dirá que traiciono la definición de *bien*que estaría proporcionando el Código Civil. Pues no, en absoluto. Por el contrario, siempre teniendo en cuenta la letra de la ley, sostengo que la interpretación extensiva del término *bien* que consta en los listados mencionados [artículos 885 y 886 del Código Civil y artículo 4 de la Ley N° 28677], es una necesidad ineludible. Así, se tiene que concluir que –en dichos listados– el legislador emplea la palabra *bien* en un sentido muy lato y, por lo tanto, poco técnico. Esta interpretación la impone la innegable diferencia que existe entre los conceptos de situación jurídica, titularidad y propiedad"[25].

Estas consideraciones encuentran respaldo en la doctrina europea que postula lo siguiente: "objeto de los derechos no pueden ser otros derechos, que sería errado calificar como bienes. En efecto, desde hace algún tiempo la doctrina ha venido rechazando la categoría de los derechos sobre derechos, cuya inconsistencia denuncia, observando que el objeto de un derecho no puede ser otro derecho, sino el bien que es el objeto de este"[26].

De otro lado, si se postula que el embargo es un derecho real, se coloca incorrectamente en la penumbra al rol que, en este problema, cumple el derecho de crédito. Cuando se enfrentan el embargo y la propiedad no

---

[25]Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. op. cit. pp. 118 y 119.

[26] Umberto BRECCIA; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI; Francesco Donato BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. I. Vol. I. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 455.

inscrita, no puede quitarse del análisis al crédito. Detrás de todo embargo, existe un crédito necesariamente. El embargo tiene un papel, a todas luces, secundario o complementario de cara al crédito. No tiene un rol protagónico. En consecuencia, cuando se enfrenta el embargo inscrito a la propiedad no inscrita, es el crédito el que, en verdad, se termina enfrentando al derecho real no inscrito.

III.3. La inaplicabilidad de otras normas con rango de ley.

Pese a que la jurisprudencia y la doctrina, de forma prácticamente unánime, han establecido que la cuestión sustancial a dilucidar es la interpretación de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, alguna doctrina ha sostenido que el problema bajo análisis se puede resolver aplicando otras normas jurídicas. Esta posición señala que "existen 18 normas que expresamente favorecen al propietario no inscrito en el debate que se trata de resolver mediante el VII Pleno Casatorio Civil, referido a la cuestión de fondo en los procesos de tercería de propiedad que involucran inmuebles inscritos"[27].

Tales dieciocho normas serían las siguientes:
Una norma de la Constitución: artículo 70. Seis normas del Código Procesal Civil[28]: artículos 100, 533, 535, 624, 642 y 656. Una norma del TUO del Código Tributario: artículo 102. Una norma de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva: artículo 20.2. Una norma del Código de Procedimientos Penales:

---

[27] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?* En: http://laley.pe/not/2738/-strike-juridico-realmente-hay-18-normas-en-favor-de-la-propiedad-no-inscrita- (consultado el 11 de octubre de 2015).

[28] Un sector de la doctrina también ha buscado la solución a este conflicto de derechos sustantivos, en la normativa de derecho procesal. Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. *Op. cit.* pp. 22 y 23: "el artículo 533 del Código Procesal Civil, según el cual la tercería debe fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por una medida cautelar. Es evidente que si el legislador ha previsto la tercería y ha establecido que solo puede ser fundamentada en el derecho de propiedad es porque este tiene mayor valor que el embargo inscrito. (...) basta las lecturas de los artículos 534 y 536 para comprender que para el legislador procesal el derecho de propiedad está por encima de una medida cautelar inscrita"; Martín MEJORADA CHAUCA. Op. cit. p. 55: "En situaciones de conflicto un derecho real tiene que ceder frente a otro porque no puede atenderse a dos titulares excluyentes, pero esto es una excepción basado en un problema práctico, no es la privación de la naturaleza jurídica de un derecho frente a otro. Eventualmente esta excepción hará ceder al embargo frente a la propiedad (artículo 533 del Código Procesal Civil), sin que ello implique que la medida judicial cambió su naturaleza".

artículo 94. Dos normas del Código de Procedimientos Penales: artículo 302 y 308. Dos normas del Código de Justicia Militar-Policial: artículos 335 y 351. Dos normas del Código Civil: artículos 1584 y 2022. Una norma del Decreto Legislativo N° 299: artículo 11. Una norma del Decreto Legislativo 1177: Primera Disposición Complementaria y Final[29].

El rol que corresponde al artículo 70 de la Constitución será analizado en el apartado siguiente. En este punto, el análisis versará sobre la pertinencia de las otras diecisiete normas que tienen rango de ley.

De inmediato, debe resaltarse que el problema en cuestión trata de un tipo especial de conflicto de derechos. Por consiguiente, la norma aplicable debe tener como supuesto de hecho un conflicto entre derechos subjetivos sobre un mismo bien, o sea una hipótesis en la cual dos partes aleguen, u opongan entre sí, derechos subjetivos sobre un mismo bien, derivados de un mismo "causante". La consecuencia jurídica, entonces, debe indicar qué derecho subjetivo debe primar, imponerse o resultar oponible frente al otro. Así las cosas, el supuesto de hecho de una norma que resuelve conflicto de derechos debería aludir a, por lo menos, tres partes: el "transmisor" o "causante" común y los "adquirentes" o "causahabientes" enfrentados. Ejemplos típicos de normas que resuelven conflictos de derechos, los tenemos en los artículos 1135 y 1136 del Código Civil, que se refieren a conflictos de derechos de crédito sobre un mismo bien. Ambas normas, en sus respectivos supuestos de hecho, aluden a un "transmisor" o "causante" común, en este caso el deudor, y a los "adquirentes" o "causahabientes" en conflicto, en este caso los acreedores enfrentados.

Es el caso, sin embargo, que trece de las diecisiete normas mentadas no tienen como supuesto de hecho un conflicto de derechos subjetivos. Los supuestos de hecho de estas normas, si se observan con cuidado, no aluden a

[29] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo*. En: http://laley.pe/not/2770/una-ley-publicada-la-semana-pasada-le-da-el-tiro-de-gracia-a-la-tesis-pro-embargo/ (consultado el 12 de octubre de 2015).

un "transmisor" o "causante" común, ni tampoco a "adquirentes" o "causahabientes" en conflicto.

Al respecto, se ha apuntado que "el artículo 100 del Código Procesal Civil (CPC) regula, vía remisión, la legitimidad para obrar de los terceros para intervenir en un proceso. El artículo 533 del CPC se refiere a la legitimidad para obrar de las partes en los procesos de tercería. El artículo 535 del CPC no hace más que normar la admisibilidad de la demanda de tercería. La legitimidad para obrar pasiva en los procesos cautelares es objeto de regulación en el artículo 624 del CPC. Una vez más, esta legitimidad, ahora en materia de medida cautelar de embargo, es objeto delos artículos 642 y 656 del CPC (cuando se refiere al sucesor). Por último, la legitimidad para obrar en las medidas cautelares, enmarcadas en un procedimiento administrativo o proceso penal, también es lo que se regula en los artículos 102 del TUO del Código Tributario, 20.2 del TUO de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, 94 del Código de Procedimientos Penales, 302, 308 del Código Procesal Penal, 335 y 351 del Código de Justicia Militar Policial"[30].

Efectivamente, estas trece normas no tienen como supuesto de hecho a un conflicto de derechos subjetivos sobre un mismo bien, por lo que se entiende que en su consecuencia jurídica no establezcan una oponibilidad de un derecho subjetivo frente a otro. Cuando una norma indica que el acreedor puede embargar los bienes del deudor, la misma está haciendo referencia simple y llanamente a dos partes en el marco del llamado principio de responsabilidad patrimonial. No se refiere a un conflicto entre "causahabientes" que tienen un "causante" común. Obsérvese que cuando se dice que "el acreedor puede embargar los bienes que son de su deudor", se hace referencia a dos partes, no a tres, como correspondería en una auténtica norma que regula conflictos de derechos[31]. En ese orden de ideas,

---

[30] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?Cit.*

[31] Este es el supuesto de hecho de una norma que regula un conflicto o colisión de derechos. El supuesto de hecho de estas normas no describen el contenido de derechos, no se trata de saber qué se puede o no se

no es posible compartir la opinión según la cual el "crédito es un derecho patrimonial que faculta al acreedor a ejecutar (embargar y rematar) los bienes de su deudor para satisfacer la prestación adeudada, pero jamás se permite que ello ocurra respecto de los bienes de terceros, que son extraños a la obligación. La justificación es de sentido común, que actualmente parece escasear, pues la libertad contractual permite vincular a la persona que celebra el contrato, por virtud de su autonomía privada, pero no a los sujetos ajenos. Lo mismo ocurre con las obligaciones legales, en tanto la ley individualiza al deudor"[32].

En efecto, el principio de responsabilidad patrimonial no es un principio o norma relativa a la solución de un conflicto de derechos. Universalmente se reconoce que el deudor responde de sus obligaciones con su patrimonio, pero de este principio no se puede deducir ninguna solución necesaria para el conflicto entre derechos subjetivos[33]. El principio de responsabilidad patrimonial regula el alcance de la responsabilidad del deudor, no dirime conflictos o "colisiones" entre derechos subjetivos.

Ahora bien, esta Corte Suprema comparte la siguiente opinión: "considerando la -más que obvia- idea según la cual las normas procesales o de derecho público no tienen como función resolver cuestiones sustantivas de derecho privado, es fácil percatarse de que ninguna de las referidas 13 de normas tiene (ni podría tener, dada su naturaleza procesal o pública) por objeto dirimir el

---

puede hacer con un determinado derecho. No. Se trata de saber qué derecho debe primar en una determina colisión. Así, si los derechos en conflicto son *a* y *b*, la norma que regula una colisión o conflicto entre estos derechos no es aquella que describe el contenido de los mismos, sino la que indica específicamente cuál debe imponerse: "Si las dos clases de derechos se simbolizan por a y b, entonces son posibles tres tipos de colisiones, a saber: a-a, b-b y a-b, y c" (Alf ROSS. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1997, pp. 245 y 246).

[32]Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo*. *Cit*.

[33] La doctrina danesa citada señala que los tres conflictos de derechos mencionados (nota 31), a menudo, se solucionan en base a principios diferentes, pero "esto no significa que haya alguna necesidad lógica tras la correlación, ni que las reglas sobre protección dinámica sean las mismas en todos los sistemas jurídicos" (Alf ROSS. *op. cit*. p. 246). En otros términos, aunque el principio de responsabilidad patrimonial tenga validez en todos los sistemas legales occidentales, ello no significa que las reglas de colisión entre crédito y derecho real sean las mismas en tales sistemas legales. Ergo, el principio de responsabilidad patrimonial nada indica en torno al conflicto en mención.

específico conflicto material o sustantivo que es objeto de nuestra preocupación"[34]. Cabe precisar que, para esta Corte, el argumento decisivo para no aceptar el argumento que sostiene que hay dieciocho normas que claramente resuelven el conflicto de derechos materia de este caso, es que trece de ellas no regulan realmente un conflicto de derechos sustantivos derivados de un "causante" común.

En este Pleno Casatorio se resolverá un particular conflicto de derechos: el que enfrenta al crédito del acreedor con embargo inscrito y al derecho de propiedad no inscrito del tercerista demandante en un proceso de tercería.

El artículo 1584 del Código Civil sí regula un supuesto de conflicto de derechos, en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. La segunda parte de esta norma hace referencia al caso de bienes inscritos, que es lo que acá importa. Este precepto establece que la reserva de la propiedad es oponible a terceros siempre que el pacto haya sido previamente inscrito. Es decir, el conflicto de derechos en cuestión se dirime en favor de la inscripción registral. Por consiguiente, llama la atención que se haya invocado al artículo 1584 del Código Civil como una norma que supuestamente favorece a la propiedad no inscrita, cuando en realidad es todo lo contrario, puesto que expresamente resuelve el conflicto de derechos en base a un criterio registral.

De este modo, por ejemplo, si los acreedores del comprador pretenden ejecutar los bienes materia de la compraventa, el vendedor estará interesado en que esto no suceda puesto que, si no se ha terminado de cancelar el precio respectivo, todavía conserva en su patrimonio la propiedad sobre tales bienes. En el caso de bienes registrados, el vendedor podrá realizar este interés siempre que el pacto de reserva de propiedad haya sido inscrito previamente[35].

---

[34] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *¡"Strike" jurídico!: ¿realmente hay 18 normas en favor de la propiedad no inscrita?Cit.*

Sin embargo, es fácil notar que el artículo 1584 del Código Civil se refiere a un conflicto muy específico entre crédito y propiedad. Así es, esta norma solamente aplica cuando se enfrentan un derecho de crédito y un derecho de propiedad en el marco de una compraventa con reserva de propiedad. Fuera de este marco, tal norma es inaplicable. Mal puede decirse, en consecuencia, que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1584 del Código Civil.

Esto mismo sucede con el artículo 11 del Decreto Legislativo 299. Si bien regula un conflicto de derechos, se refiere solo a aquel conflicto que se enmarque en un contrato de arrendamiento financiero. Fuera de este ámbito, esta regulación no es aplicable. En tal sentido, tampoco puede afirmarse que el enfrentamiento entre acreedor embargante y tercerista que no ha inscrito su propiedad se debe resolver, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 299.

Idéntica es la situación de la Primera Disposición Final y Complementaria del Decreto Legislativo 1177, ya que se refiere únicamente al arrendamiento de inmuebles destinados para vivienda y a los contratos que se suscriban bajo este decreto (artículo 2 del Decreto Legislativo 1177). Fuera de este ámbito, no es aplicable dicha disposición final y complementaria. No es correcto postular, entonces, que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita se deba resolver, por regla general, aplicando alguna norma de este decreto.

Por último, se ha señalado que la modificación del artículo 7.4 de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, es una norma que expresamente favorece al propietario no inscrito en los procesos de tercería de propiedad[36]. No obstante, este dispositivo solo hace referencia a un

---

[35] Max ARIAS SCHREIBER PEZET. *Exégesis*. T. II. Lima: Normas Legales, 2011, p. 107.

conflicto de derechos en el marco de un Contrato de Capitalización Inmobiliaria. Fuera de este ámbito, el artículo 7.4 no resulta aplicable. A mayor abundamiento, llama la atención que se invoque esta norma, que establece que en virtud del Formulario que contiene el Contrato de Capitalización Inmobiliaria (FUCI) se puede levantar embargos que se hayan trabado sobre el inmueble materia del contrato, puesto que el artículo 5.3 de esta misma ley establece expresamente que el FUCI debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de Predios de la SUNARP. A juicio de este Alto Tribunal, se impone una interpretación sistemática de los artículos 5.3 y 7.4 de la Ley N° 28364, de tal suerte que se tendría que concluir que la inscripción del FUCI es necesaria para que este sea oponible a los acreedores embargantes. La inscripción no es constitutiva de derechos, pero sí es una inscripción de oponibilidad. Los derechos entre las partes del Contrato de Capitalización Inmobiliaria surgen por la sola suscripción del FUCI. Empero, si pretenden oponer sus derechos a terceros, el FUCI debe encontrarse previamente inscrito. Sostener lo contrario, implicaría negar sentido al carácter obligatorio de la inscripción. Y contra esta conclusión, no cabe argumentar que se trata de una inscripción propia de un sistema registral obligatorio, de tal manera que la ausencia de inscripción no repercute en la constitución u oponibilidad de los derechos en cuestión. Para que fuese así, se requeriría la presencia de una sanción legal en caso de inobservancia de la inscripción. Estas sanciones son la característica esencial de estos sistemas[37]. Ocurre, sin embargo, que no existe una sanción legal o una norma legal que prevea las sanciones a la falta de la inscripción aludida en el artículo 7.4.

De las diecisiete normas que se invocan para resolver el conflicto de derechos materia de este Pleno Casatorio, resulta pertinente solo una, la que siempre ha sido considerada la única norma aplicable y pertinente para el caso que

---

[36] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo. cit.*: "Cómo si todos estos fundamentos no fueran suficientes, y claramente lo son, resulta que el 09 de septiembre de 2015 se publicó el Decreto Legislativo N° 1196, que, entre otras normas, modificó el art. 7.4° de la Ley N° 28364, sobre el contrato de capitalización inmobiliaria, por el cual, las entidades financieras y empresas de capitalización podrán levantar los embargos sobre inmuebles, con solo presentar el formulario de dicho contrato (FUCI), y no la inscripción".

[37] Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil.* 6° edición.Vol. III. Madrid: Tecnos, 1977, p. 329.

ahora nos ocupa: el artículo 2022 del Código Civil, segunda parte, misma que ha sido objeto de dispares interpretaciones en doctrina y jurisprudencia, lo que precisamente ha justificado la convocatoria a este Pleno Casatorio Civil, como ya se ha mencionado.

No resultan aplicables, en consecuencia, las otras normas legales referidas, puesto que el radio de acción de estas es bastante limitado, regulando especiales conflictos de derechos. Como ya se expresó, el supuesto que aquí interesa es aquel donde un acreedor traba embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro público aparece como si todavía fuese propiedad de su deudor, pero que previamente ya fue transferido a un tercero, quien no ha inscrito su derecho. A este caso no es aplicable el artículo 1584 del Código Civil, puesto que este sólo regula un conflicto de derechos en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad.

De igual forma, no es aplicable el artículo 1708 del Código Civil, dado que este regula un conflicto de derechos solo en el ámbito de los contratos de arrendamiento.

El artículo 2023 del Código Civil no es pertinente tampoco, puesto que esta norma no dirime conflictos de derechos que no pertenezcan al ámbito de los contratos de opción.

El artículo 7.4 de la Ley N° 28364, interpretado sistemáticamente con el artículo 5.3 de la misma ley, únicamente se refiere al contrato de capitalización inmobiliaria, no aplicando esta norma para supuestos ajenos a tal contrato.

Si bien todas estas normas se refieren a conflictos de derechos que se solucionan privilegiando la inscripción registral, ninguna de ellas puede tomarse como regla general para resolver directamente el conflicto entre un acreedor embargante y un adquirente del derecho de propiedad que no ha inscrito, ya que su ámbito de aplicación es demasiado limitado.

Igual ocurre con el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 299, que si bien soluciona un conflicto de derechos dejando de lado la inscripción registral, no es menos cierto que su radio de acción no abarca más que los contratos de arrendamiento financiero y aquellos que se suscriban bajo el Decreto Legislativo N° 1107. Este artículo 11 no puede, por tanto, constituirse como regla general para solucionar el problema que ahora nos ocupa.

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

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

Se ha dicho que la propiedad no inscrita debe imponerse al embargo inscrito, toda vez que el derecho de propiedad ostenta la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental[38]. En tal sentido, se trataría del enfrentamiento entre un derecho que tiene la calidad de fundamental (artículo 70 de la Constitución) y humano (artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), frente a otro que no tiene esta calidad. Bajo este orden de ideas, se ha opinado lo siguiente:

"(...) es preciso establecer que la propiedad es un derecho real y, sobre todo, es un derecho que ha merecido el reconocimiento constitucional. El artículo 2 en su inciso 16 señala que la propiedad es un derecho humano. Pero lo más importante es que según el artículo 70 de la citada Constitución el derecho de propiedad es inviolable"[39].

De igual forma, se sostiene que "no se entiende la razón por la que el supuesto *derecho constitucional de crédito* es preferente al de propiedad, pues el

---

[38] Gunther GONZALES BARRÓN. *¡Lo mío es tuyo! Crítica a la doctrina, ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros: análisis y crítica jurisprudencial*. Cit. p. 39.

[39] Juan Luis AVENDAÑO VALDEZ. Op. cit. p. 22.

artículo 70 de la Constitución establece exactamente lo contrario: *la propiedad es inviolable*. No hay forma de obviar esta terminante disposición constitucional"[40].

Es más, se precisa que en el problema bajo análisis, el enfrentamiento es entre la propiedad no inscrita y una medida judicial, el embargo, que no tiene ni siquiera la calidad de derecho[41].

Esta doctrina invoca otro argumento más, nada menos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se afirma que resulta pertinente "el Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de fondo del 07/09/2004, cuya doctrina establece que el título de propiedad preexiste a la inscripción, por lo que un mandato judicial arbitrario debe anularse cuando se acredita el derecho del titular conforme a las reglas civiles"[42]. Para esto, se cita el fundamento 219 de esta sentencia, el cual expresa:

"Por lo que toca al automóvil que conducía al señor Tibi cuando fue detenido, si bien se trata de un bien mueble registrable, este registro es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien". Sobre el particular, se afirma que el criterio registral invocado en este fundamento no es aplicable al problema cuestión porque "el embargo no es un *derecho sobre el bien*, ni puede serlo, conforme se explica en el texto principal"[43].

No escapa al criterio de este Tribunal Supremo que esta doctrina incurre en una contradicción de no escasa importancia. Como ya se ha indicado,

---

[40] Gunther GONZALES BARRÓN. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. Estudios de doctrina y metadoctrina. cit.* p. 38.

[41] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos.* En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 14. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2014, pp. 87 y 88.

[42] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88.

[43] Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88.

anteriormente esta doctrina no dudó en señalar que la tercería de propiedad tiene como cuestión de fondo un conflicto de derechos que se resuelve de conformidad con lo estipulado en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil[44]. Luego, sin dar las explicaciones del caso, se postula que no se trata de un conflicto de derechos, sino de un conflicto entre un derecho fundamental y una medida judicial provisional, que no es un derecho[45]. Más recientemente, se cambia sustancialmente de opinión otra vez y sin explicar la razón, indicándose que el problema materia de este Pleno Casatorio se resuelve según lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil[46], o sea se afirma que se trata de un conflicto de derechos.

Como ya se ha dejado establecido, esta Corte Suprema no considera que se trate de un enfrentamiento o "colisión" entre propiedad no inscrita y una mera medida judicial provisional (embargo). Se trata de un conflicto de derechos. En este mismo orden de ideas, se ha afirmado que "nuestra doctrina y jurisprudencia (incluso la que falla en favor de la propiedad no inscrita) tienen claro que el embargo inscrito no es más que una manifestación del derecho de crédito. Hay que recordar que el embargo carece de sustantividad propia, pero de esto no se deduce que deba ceder ante la propiedad no inscrita. Todo lo contrario, la carencia de sustantividad del embargo no hace sino confirmar la aplicabilidad de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad. Si el embargo carece de sustantividad propia, es porque *representa* al derecho de crédito"[47].

---

[44] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos. Cit.* p. 65.

[45] De este modo, ante la opinión según la cual "la oponibilidad deberá estar dada por la publicidad que se le da a la relación jurídica, y en el caso de los derechos sobre inmuebles esa publicidad le da el registro" (Francisco AVENDAÑO ARANA. *Conflicto entre el embargo y la propiedad.* En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* N° 149. Lima: Gaceta Jurídica, febrero 2011, p. 80), la doctrina que se viene citando afirma que esta opinión incurre "en un mayúsculo error, pues el acto ejecutivo de embargo no es *derecho*" (Gunther GONZALES BARRÓN. *Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. Cit.* p. 88).

[46] Gunther GONZALES BARRÓN. *Una ley publicada la semana pasada le da el "tiro de gracia" a la tesis pro-embargo. cit,* donde se afirma expresamente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es aplicable al problema objeto de análisis.

[47] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita.* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil.* N° 26. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 2015, p. 65.

No debe olvidarse que "la esencia de las instituciones procesales, en consecuencia, no es otra que ser instrumento –de carácter necesario– para la efectiva realización de las situaciones jurídicas materiales"[48]. En consecuencia, no puede entenderse al embargo de forma separada, independiente o "divorciada" del derecho de crédito del acreedor que ha embargado. Por esta misma consideración, como se recordará, no se acepta considerar que estamos ante un conflicto entre dos derechos reales, de tal suerte que es aplicable la primera parte del artículo 2022 del Código Civil.

De otro lado, entendiendo que nos hallamos ante un conflicto de derechos, no resulta exacto sostener que sólo uno de ellos tiene protección constitucional y la calidad de 'derecho humano, porque el derecho de propiedad previsto en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobrepasa, por mucho, el mero sentido civil de este derecho real.

Sobre el particular, se ha expresado que "el derecho real de propiedad regulado en nuestro Código Civil se circunscribe también a un tipo específico de derecho real privado que recae sobre cosas corporales, muebles o inmuebles. En cambio, el artículo 70 de nuestra Constitución, tal como sucede con el artículo 14 del GG [Ley Fundamental de la República Federal de Alemania], forzosamente debe entenderse en un sentido más amplio, de modo que abarque por igual a los derechos subjetivos patrimoniales en general, entre los cuales destaca –qué duda cabe– el crédito"[49]. De este modo, se concluye que "el derecho de crédito y el derecho de propiedad, civilmente entendidos, tienen amparo constitucional en el artículo 70 de nuestra Constitución, así como tutela internacional en el artículo 21 de la Convención. Se incurre en una inexactitud muy grave si se piensa que el

---

[48] Francisco RAMOS MÉNDEZ. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 47.

[49] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita*. *cit.* p. 61.

tercerista de propiedad es el único protegido por estos dispositivos normativos. El acreedor embargante, al ser titular de un derecho de crédito, también se encuentra protegido por tales dispositivos"[50].

En idénticos términos se ha expresado la doctrina que opina lo siguiente:

"Conforme al artículo 70 de la Constitución, la protección de la propiedad no se limita al dominio civil como derecho sobre bienes, sino que se extiende al total de derechos patrimoniales que corresponde a una persona. La inviolabilidad de la propiedad constitucional es una pieza clave del régimen económico de mercado. Este régimen requiere proteger todo el patrimonio de las personas, incluyendo el domino civil, sus desmembraciones y por supuesto otros derechos como los créditos y los embargos que los garantizan. El sistema de libertades no funciona solo con la cautela de los predios, mucho menos solo con la atención a la vivienda, sino con la seguridad de que todo título patrimonial será amparado. En tal sentido, si se tratara de la disputa entre el propietario civil de un bien y el titular de un embargo sobre un bien, ambos son derechos constitucionales, ninguno es mejor que el otro"[51].

Efectivamente, el derecho de crédito se encuentra abarcado por el derecho de propiedad, entendido este en un sentido constitucional y de derecho humano. Este sentido de tal derecho ya ha sido destacado por la más acreditada doctrina europea, a la luz de sus cartas constitucionales.

Así es, se indica que el derecho de propiedad regulado en el Código Civil (BGB) "se circunscribe a un tipo especial de derecho real privado que se refiere a las cosas" y tal regulación se refiere, "en igual medida, a las cosas muebles y a las cosas inmuebles". De modo distinto, el derecho de propiedad previsto en la Constitución germana "contiene una garantía constitucional de

---

[50] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. cit.* p. 64.

[51] Martín MEJORADA CHAUCA. Op. cit. p. 50.

la propiedad, como institución jurídica (garantía institucional), y un derecho de libertad del ciudadano frente al Estado". La regulación constitucional del derecho de propiedad "va mucho más allá" que la regulación del Código Civil, dado que "asegura tanto la propiedad sobre cosas, como, sencillamente, los derechos subjetivos privados de carácter patrimonial y las posiciones jurídico-públicas próximas a los derechos privados, contra una intromisión del Estado demoledora de la utilidad privada del derecho subjetivo en favor de su vinculación social"[52].

Este sentido ha sido adoptado por nuestro Tribunal Constitucional en una decisión que constituye un referente al respecto: la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, pronunciada el 11 de noviembre de 2003. El fundamento 26 de esta resolución señala:

"Tal como se estableció en el histórico caso Campbell vs Holt, el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aún, amplia los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica".

Igual camino ha seguido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fondo del caso Baruch Ivcher Bronstein contra Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, en cuyo fundamento 122, se explica el sentido que posee el término "bienes", el cual es empleado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

---

[52] Harry WESTERMANN; Harm Peter WESTERMANN; Karl-Heinz GURSKY, y Dieter EICKMANN. *Derechos reales*. Vol. 1. Traducción de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miguel Rodríguez Tapia, y Bruno Rodríguez-Rosado. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007, pp. 299 y 300.

"Los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor".

La doctrina especializada ha dicho, sobre este punto, lo siguiente:

"El artículo 21 está estructurado sobre la protección de una relación de uso y goce que tiene el sujeto que detenta la propiedad respecto de bienes. Por lo tanto, en primer lugar corresponde definir qué se entiende por bienes en los términos del artículo 21. En ese sentido, la Corte CIDH ha establecido que los bienes pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor"[53].

Por tanto, los derechos subjetivos que se enfrentan en el conflicto que ahora estudiamos, tienen, por igual, protección constitucional y tutela como derechos humanos. Mal puede, en consecuencia, pretenderse extraer una solución de artículo 70 de la Constitución o del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que ambas normas tutelan al propietario y al acreedor de igual manera. La solución a la cuestión de fondo de los procesos de tercería de propiedad, debe buscarse en normativa de rango legal, no supra-legal.

III.4.2 El rol del fundamento 219 del caso Tibi vs. Ecuador en la resolución del problema de este Pleno Casatorio Civil.

---

[53] Nicolás Marcelo PERRONE. *Derecho a la propiedad privada*. En: AAVV. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, pp. 359 y 360.

Luego de haber refutado la idea según la cual la propiedad no inscrita debe imponerse al crédito (representado por un embargo) inscrito por aplicación del artículo 70 de la Constitución y del artículo 21 de la Convención, una doctrina que ha defendido la primacía del crédito inscrito, ha utilizado la propia jurisprudencia invocada por la defensa de la propiedad no inscrita, para la defensa de su propia tesis. En otras palabras, si la doctrina defensora de la propiedad no inscrita invocó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Tibi vs. Ecuador para argumentar en su favor, ha sucedido que la doctrina defensora del crédito ha refutado esta argumentación y, por el contrario, ha terminado sosteniendo que dicha sentencia no hace más que beneficiar la postura del crédito inscrito.

El meollo de esta discrepancia se encuentra en el ya referido fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs Ecuador, según el cual el acto de inscripción registral "es necesario para el solo efecto de la oponibilidad ante el reclamo de los terceros que pretenden tener algún derecho sobre el bien". Sobre esta idea, se procede a argumentar en favor del crédito inscrito en los siguientes términos:

"Como se puede observar, la Corte Interamericana claramente señala que un derecho de propiedad no inscrito carece de oponibilidad frente a terceros. Ciertamente nadie que defienda la postura del acreedor embargante, en los procesos de tercería de propiedad, ha negado la titularidad del derecho del tercerista. En estos procesos no se trata de ventilar titularidades sobre derechos patrimoniales, sino que se trata de establecer justamente la oponibilidad. Es legítimo, en consecuencia, decir que esta sentencia de la Corte Interamericana no hace más que respaldar la tesis que favorece al acreedor embargante. Y, además, no resulta ocioso reiterarlo, el derecho de crédito también se encuentra protegido directamente por el artículo 70 de la Constitución y el artículo 21 de la Convención"[54].

---

[54] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *La supremacía constitucional del crédito inscrito sobre la propiedad no inscrita. cit.* p. 64.

No puede negarse que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador se refiere a un conflicto de derechos, indicando que el conflicto debe dirimirse en base a un criterio registral. Hay que reconocer también que no es acertada la doctrina, ya citada, que ha pretendido desaplicar este fundamento alegando que no estamos ante un conflicto de derechos, sino ante la colisión de un derecho frente a una medida judicial provisional. Es menester recalcar que estamos ante un conflicto de derechos de naturaleza diversa.

Sin embargo, no se puede compartir la opinión que considera que dicho fundamento respalda directamente la postura del acreedor embargante frente al propietario no inscrito. Y aquí este Supremo Tribunal no incurre en ninguna contradicción. Por el contrario, no escapa al criterio de este Colegiado que el fundamento 219 de la sentencia del caso Tibi vs. Ecuador, si bien favorece la inscripción registral como criterio dirimente de conflicto de derechos, no es más que un *obiter dicta*. La razón por la que esto es así es bastante simple: el caso Tibi vs Ecuador no versa sobre un caso de tercería de propiedad, ni de conflicto de derechos entre sujetos privados. El caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es esencialmente diverso: se refiere a la responsabilidad internacional de un Estado (Ecuador) por la indebida privación de libertad del ciudadano francés Daniel David Tibi. Si bien este caso involucra la propiedad privada, no es menos cierto que un conflicto de derechos privados no es materia de este caso. Consecuentemente, el fundamento 219 de la sentencia respectiva está lejos de constituir una *ratio decidendi* y, por eso mismo, no puede resultar determinante para establecer una regla general vinculante sobre los conflictos de derechos.

Por tales razones, no cabe más que ratificar la idea ya expuesta, según la cual la normativa constitucional y de derechos humanos no establece explícitamente ninguna primacía de alguno de los derechos en conflicto. Por el contrario, la doctrina y jurisprudencia señalan que tales derechos ostentan idéntica tutela a nivel de la Constitución y de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos. Y esta conclusión debe ser tenida en cuenta por el operador jurídico a todo nivel, en virtud del principio de unidad de la Constitución. Como explica una atenta doctrina[55], conforme a este principio, la interpretación de la Constitución debe estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo ordenamiento jurídico, para lo cual debe ser considerada como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

Ahora bien, la solución a la cuestión medular de este Pleno Casatorio Civil, por las razones expuestas, debe hallarse a nivel legal. Por lo tanto, se comparte la postura que afirma que, en realidad, "no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa. Las relaciones patrimoniales tienen como eje fundamental el interés material o beneficio que los sujetos pretenden satisfacer a través de objetos económicamente relevantes"[56].

IV. Las posturas enfrentadas en la jurisprudencia y la doctrina.

IV.1 Argumentos en favor de la propiedad no inscrita.

Los argumentos que la doctrina y la jurisprudencia han empleado para defender la primacía del derecho de propiedad no inscrito son bastante parecidos entre sí. Evidentemente no se puede pedir a una decisión judicial que sea exhaustiva como la doctrina, pero los argumentos empleados por los Jueces son esencialmente los mismos que emplean los autores que patrocinan la postura del tercerista, sólo que, dada la naturaleza de su trabajo, brindan mayores detalles o se explayan en su fundamentación. Y cuando se habla de la postura de los jueces, se hace referencia tanto a la postura de la jurisprudencia de mérito, como a la expresada por las Salas Civiles de este Supremo Tribunal cuando ha decidido fallar en favor del tercerista. En lo que a jurisprudencia de mérito se refiere, cabe destacar los argumentos que han

[55] Javier Pérez Arroyo. La interpretación de la Constitución. Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 145.

[56] Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 50.

expresado, en distintas oportunidades, los Juzgados y Salas Civiles con subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

a) El carácter absoluto del derecho de propiedad y solo relativo del derecho de crédito.

Un argumento constante, probablemente el principal, que emplea la doctrina y jurisprudencia es aquel que entiende que el derecho del tercerista debe imponerse porque es *erga omnes* o absoluto, en tanto que el derecho de crédito es meramente relativo.

Así, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha argumentado que "(...) el derecho de propiedad goza de la oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal relativo al embargo (...) entonces, de acuerdo al artículo 2022 del Código Civil (...) podemos decir que las disposiciones de derecho registral no rigen pues, ante la existencia de un conflicto entre un derecho personal y un derecho real, prevalecen las normas del derecho común"[57]. En esta misma línea de argumentación se encuentran aquellas decisiones que, para amparar la demanda de tercería de propiedad, sólo se preocupan por verificar que la adquisición del derecho de propiedad haya sido antes que la traba del embargo. Este es el proceder del mismo órgano jurisdiccional cuando señala que "(...) la tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución, debiendo el tercerista probar su derecho con documento público o privado de fecha cierta, el mismo que permita establecer desde cuándo debe ser considerado como propietario del bien objeto de la tercería, procediendo el amparo de su demanda solo en el caso de que la afectación del mismo se haya producido con posterioridad a la fecha de su adquisición"[58].

---

[57] Resolución N° 04 de fecha 03 de marzo de 2012, recaída en el expediente N° 10616-2007.

[58] Resolución N° 05, de fecha 03 de abril de 2012, recaída en el expediente N° 7953-2009.

La Corte Suprema ha patrocinado un argumento similar, cuando ha señalado que debe imponerse el derecho real no inscrito puesto que, a diferencia del crédito, implica una relación directa o inmediata del titular del derecho con el bien. Esta circunstancia no cambia por el hecho de la inscripción, que no altera o trastorna la naturaleza de los derechos subjetivos implicados. En efecto, un argumento como este es expuesto en la sentencia en Casación N° 1253-2002-Ica, en cuyos considerando pertinentes se indica lo siguiente:

"Noveno.- Que, la doctrina ha diferenciado, claramente, entre lo que constituye un derecho real y un derecho personal; así el derecho real es: (...) aquella categoría de derechos patrimoniales, que se caracteriza, en opinión común, por ser derecho sobre las cosas (...); Mientras que el derecho personal o de crédito: (...) son aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otra persona y reclamar de ella una acción o una omisión (...) (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Luis Diez Picazo; tomo I, Editorial Civitas, Madrid; 1993) Décimo.- Que, en el caso de autos conforme lo reconoce el propio recurrente, en su escrito de contestación de demanda, el siete de febrero de mil novecientos noventidós se trabó embargo en forma de inscripción respecto del bien objeto de tercería, siendo posteriormente inscrito con fecha doce de mayo de mil novecientos noventicuatro. Décimo Primero.- Que, es imprescindible en la tercería de propiedad, determinar si a la fecha de trabarse el embargo, el tercerista era propietario con documento de fecha cierta y que preceda en el tiempo a la de la medida cautelar a favor del recurrente; para ello, el actor, debe acreditar, su calidad de propietario del bien. Décimo Segundo.- Que, en consecuencia, el presente debate se encuentra orientado a determinar si es que, la medida de embargo dictada a favor del Banco demandado, constituye un derecho real y no un derecho personal, conforme parece sugerir el recurrente; en ese contexto, resulta necesario precisar que el derecho personal o de crédito responde a una expectativa de acción que tiene el acreedor para con el deudor; mientras que el derecho real, constituye una vinculación directa que recae e incide sobre el bien. Décimo Tercero.- Que, por tal razón, la naturaleza jurídica del

derecho de crédito o personal no puede ser convertida en un derecho real por el solo hecho de inscripción en el Registro Público, esto es, que la inscripción registral no puede desnaturalizar o convertir el derecho, sea real o personal, que se ha logrado inscribir, porque ambos derechos, de acuerdo a la legislación nacional, responden a una situación jurídica distinta; en ese contexto resulta relevante lo expuesto en la propia Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, en lo referido al Libro de los Registros Públicos, donde se indica (...) quien embarga un inmueble, no convierte su derecho de crédito que es personal, derivado de la falta de cumplimiento de la obligación de pago, en un derecho real, porque la inscripción no cambia la naturaleza de los derechos. El crédito seguiré siendo a pesar de la inscripción un derecho personal (...) (Exposición de Motivos Oficial del Código Civil; Registros Públicos - artículos 2008 al 2045 del Código sustantivo; Separata Especial del Diario Oficial El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990, página 21)".

La prevalencia de la propiedad no inscrita en virtud de su carácter absoluto o *erga omnes*, en desmedro del crédito que sólo ostenta un carácter relativo o *inter partes*, es acogida en la sentencia en Casación N° 3194-2002-Arequipa, cuyo considerando pertinentes se transcriben a continuación:

"Quinto: Que, sin embargo, respecto de esta materia casatoria no existe aún doctrina jurisprudencial en la forma y con los requisitos previstos en el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil y si bien pueden haber existido casos como es el de la casación a que se ha hecho referencia, suscrito por magistrados distintos a los que componen este tribunal, que han fallado casatoriamente otorgando prioridad a los principios registrales frente al principio de rango recogido por el artículo dos mil veintidós del Código Civil, dicha ejecutoria no puede considerarse de obligatorio cumplimiento en aplicación del artículo veintidós de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo porque este es un Tribunal de Casación y no una instancia de mérito sino que, como se ha precisado, no constituye la doctrina jurisprudencial en la forma establecida por el citado artículo cuatrocientos del Código Adjetivo; Sexto:

Que, siendo esto así, acorde con las reiteradas ejecutorias de esta misma Sala, en el caso sub *litis* resulta de aplicación el principio de rango que emana del artículo dos mil veintidós del Código Civil, y específicamente, de su segundo párrafo según el cual en la oponibilidad de derechos sobre inmuebles cuando ellos son de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, es decir, prevalece el derecho real de propiedad, oponible erga omnes, frente al derecho personal crediticio, pues no cabe duda que solo tratándose de casos de derechos de igual naturaleza real a que se contrae el primer párrafo de dicha norma sustantiva rigen los principios registrales de prioridad y buena fe".

En la doctrina nacional, se ha sostenido la vigencia de la clasificación de derechos subjetivos entre absolutos y relativos, la misma que debe mantenerse. Ante las críticas a esta clasificación, las cuales postulan que todos los derechos subjetivos tienen protección extracontractual o *erga omnes*, se ha sostenido queal final, todo derecho subjetivo tiene un remedio resarcitorio, cosa que no iguala el derecho de crédito al derecho real de ningún modo[59]. En tal sentido, si un acreedor puede solicitar una indemnización a un tercero que ha perjudicado su derecho de crédito, ello no se debe a que el crédito tenga una protección extracontractual o *erga omnes*, sino a que opera o aplica una figura análoga a la llamada acción subrogatoria. Así, se entiende que el acreedor no se dirige al tercero porque este haya incurrido en responsabilidad extracontractual, sino porque hace valer una "acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) a efectos de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa (...). En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (artículo 1219.4 del Código Civil), por el cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis [se refiere a la llamada *tragedia de Superga*, donde un club de futbol se

[59] Gunther GONZALES BARRÓN. *Propiedad no inscrita vs. embargo inscrito: El legislador procesal acaba de ratificar la solución dada por el Código Civil. Algunas notas en respuesta a cierta clase de teóricos*. Cit. p. 73.

quedó sin plantel, debido a que un avión tuvo un fatal accidente con el plantel dentro. El club demandó a la línea aérea por responsabilidad extracontractual, porque ella habría perjudicado el derecho de crédito que tenía frente a sus jugadores], el acreedor sería el equipo de futbol, el deudor el futbolista y el deudor la línea área. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta vía subrogación. De esa forma obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas"[60].

Esta misma doctrina sugiere que la responsabilidad extracontractual no protege al acreedor como tal, pero sí puede protegerlo el enriquecimiento sin causa, "pues hay un daño injusto que da lugar a acción de resarcimiento por el deudor, pero que si puede obligar al tercero". De igual forma, se opina que rechazar la tutela extracontractual (o aquiliana como también se denomina en la doctrina) del crédito puede conducirnos a resultados justos. De este modo, en el caso *Meroni*, en el que un sujeto atropelló y así ocasionó la muerte de Luigi Meroni –distinguido futbolista que perteneció al club *Calcio Torino*–, se hace bien en negar la pretensión indemnizatoria del club contra el particular, ya que así se impide que los familiares tengan una menor indemnización[61].

De acuerdo con este planteamiento, la tutela aquiliana del crédito opera en contados casos, de modo que resultaría ser un remedio excepcional, de modo que se hallaría más cerca al instituto del enriquecimiento sin causa, que a la figura de la responsabilidad extracontractual. Esta clase de protección solo tendría aplicación cuando el tercero ocasione la imposibilidad de la prestación, sin que haya intervenido la culpa del deudor. Acá la prestación se extingue sin responsabilidad del deudor, y al acreedor no le quedaría más remedio que accionar directamente contra el tercero "por lo que tal vez un

---

[60] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. En: *Actualidad Jurídica*. T. 191. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2009, p. 47.

[61] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 47.

resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista de que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no culpable. Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de este y, por lo tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por lo tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se lo tiene antes de la acción del tercero, y se lo tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (artículo1969 del Código Civil) (...). Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la tutela aquiliana del crédito, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad"[62].

La doctrina que se viene citando concluye que "todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia tienen como remedio último la tutela por el resarcimiento, pero eso jamás puede significar que entre esos derechos no haya diferencias, o que todos sean lo mismo, o que sean absolutos"[63].

b) La inaplicabilidad de la regulación registral por mandato del legislador.

---

[62] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 48.

[63] Gunther GONZALES BARRÓN. *La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo*. Cit. p. 50.

El argumento descrito en el literal anterior también considera que la regulación registral no es aplicable. Y es que, de lo contrario, indefectiblemente tendría que imponerse el embargo inscrito por simple aplicación del principio de prioridad registral. Así, se entiende que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no puede hacer referencia a la normativa registral. De este modo, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima ha determinado que: "(...) es necesario recordar que el artículo 2022 del Código Civil establece en su segundo párrafo que el conflicto entre dos derechos de distinta naturaleza (real y personal) no se dilucida con la aplicación del principio de prioridad registral (según el cual se prefiere el derecho inscrito primero en el registro), sino con la aplicación de las disposiciones del derecho común, esto es, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento de los derechos enfrentados"[64].

Esta fundamentación judicial se ha ratificado cuando la Sala Superior referida postula que: "(...) tratándose de derechos de distinta naturaleza, como son: el derecho personal derivado del embargo (...) y el derecho real consistente en el derecho de propiedad que alega el demandante respecto del bien materia de *litis*, es de aplicación el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil que señala: *Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común,* las mismas que son mencionadas y desarrolladas, en lo que al caso resulta pertinente, en la sexta consideración de la sentencia apelada y que destacan el carácter consensual de la transferencia de propiedad tratándose de bienes inmuebles. Por lo dicho, el principio de prioridad en que se sustenta este fundamento del recurso de apelación no resultan de aplicación, por así disponerlo el Código Civil. En igual sentido y solo a modo ilustrativo, podemos señalar que es criterio de este colegiado, de conformidad con lo previsto por el artículo 2022 del Código Civil, que frente a la controversia de derechos de distinta naturaleza y otro real, prevalece el último aun no habiéndose inscrito, siempre que conste en

[64] La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída sobre el expediente N° 2042-2010.

documento de fecha cierta y anterior a la medida de embargo, como ha ocurrido en el presente caso (...)"[65].

La Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial ha seguido los mismos planteamientos para amparar la pretensión de la parte demandante en un proceso de tercería, destacando que ha sido voluntad del legislador excluir la tutela de la seguridad jurídica que proporciona el registro público, al indicar en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil que no es aplicable la normativa registral: "La citada normativa [refiriéndose al artículo 2022 del Código Civil] establece una primacía o prelación en la oponibilidad de los derechos reales en función a la inscripción en el tiempo en el registro público. La razón fundamental es la seguridad para el tráfico de bienes inmuebles, y la necesidad de otorgar confiabilidad y certeza a la publicidad registral (herramienta de seguridad jurídica en este ámbito), lo que es concordante con la regla sobre la presunción *iuris et de iure* de conocimiento del contenido del registro (...) pero no al caso del embargo por cuanto éste no es un derecho real, sino una medida cautelar ordenada judicialmente, cuyo objeto es asegurar el cumplimiento de una decisión definitiva respecto de un derecho personal-crediticio (...). Al referirse a las disposiciones del derecho común, debe entenderse que se trata de las que regulan la transmisión del derecho de propiedad –artículo 949 del Código Civil en específico, concordado con el artículo 1135 del Código Civil en cuanto a la antigüedad del documento fehaciente- excluyendo las reglas registrales por mandato expreso y claro del artículo 2022 del Código Civil, lo que refleja indubitablemente la voluntad del legislador"[66].

Excluida la normativa registral, ciertamente la solución es la contraria a la dictada por el principio de prioridad registral, es decir que debe primar el derecho alegado por el tercerista. Así lo ha indicado este Supremo Tribunal en la Sentencia en Casación N° 3262-2001-Lima:

---

[65] La Resolución N° 04, de fecha 05 de junio de 2012, recaída en el expediente N° 5735-2008.

[66] Resolución N° 04, de fecha 04 de abril de 2013, recaída sobre el Expediente N° 9704-2011.

"CUARTO: Que, de acuerdo a lo prescrito en la última parte del citado numeral (se refiere al artículo 2022 del Código Civil), para resolver hay que recurrir a las disposiciones del derecho común y en tal sentido la tercerista adquirió el inmueble a título oneroso, mediante minuta de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventinueve, acto en el cual la codemandada entregó cincuenta mil dólares americanos; posteriormente mediante escritura pública de ocho de mayo del dos mil, celebrada ante la Notaría del doctor Antonio Vega Erausquin y que obra a fojas cinco y seis, se canceló el precio; instrumento de fecha anterior al embargo inscrito en el registro de la Propiedad Inmueble el cuatro de julio del dos mil, es decir que su título emana de un documento de fecha cierta anterior al embargo; siendo esto así, el inmueble comprado por la actora no responde frente al gravamen anotado del embargo, por la naturaleza de los derechos en conflicto; QUINTO: Que, en este orden de ideas no resulta de aplicación al caso las normas que denuncia la recurrente, relacionados con el principio de prioridad en el tiempo de las inscripciones, así como tampoco los artículos dos mil doce, dos mil dieciséis y dos mil diecisiete del Código Civil, referido a la impenetrabilidad de los registros, principio de publicidad; sino es de aplicación el artículo dos mil veintidós in fine del Código Sustantivo".

Igual criterio se ha plasmado por esta Corte Suprema en la sentencia en Casación N° 2472-2001-Lima: "(...) en este caso se trata de derechos de diferente naturaleza, por un lado real el de los terceristas y por el otro personal el del embargante, se tiene que aplicar el derecho común y por lo tanto no rigen las disposiciones del derecho registral (...) el artículo novecientos cuarentinueve del Código Civil dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor Propietario de él".

En este mismo orden de ideas se ha expresado la sentencia en Casación N° 2103-2006-Lima, que entiende a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil como una excepción a la normativa registral. Aquí, se parte de la idea

según la cual sólo la aplicación de reglas registrales puede hacer prevalecer al embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. Empero, el segundo párrafo del mencionado artículo prescinde de dichas reglas, por lo que tiene que imponerse la propiedad no inscrita porque ésta, a diferencia del derecho de crédito, implica una relación directa con la cosa. De igual manera, precisa que el artículo 1135 del Código Civil no puede formar parte del análisis ya que se refiere a un supuesto distinto, el de la concurrencia de acreedores:

"Quinto.- Que, en efecto, el artículo 2022 del Código Civil, interpretado en su real sentido, establece en su segunda parte una excepción al principio *prior in tempore potior in iure* a que se refiere el artículo 2016 del mismo ordenamiento legal, cuando concurren un derecho real con otro de distinta naturaleza, como es el caso de los embargos, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 949 del mismo Código. Esto es así, porque el derecho real establece una relación directa de la persona con la cosa y el derecho personal una relación entre personas, de las cuales el acreedor puede exigir de la otra –el deudor– una prestación determinada, apreciable en dinero; en consecuencia, advirtiéndose que la Sala de mérito ha resuelto la controversia conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, se concluye que la norma material bajo análisis ha sido interpretada correctamente, resultando infundada la denuncia por interpretación errónea. Sexto.- Que en lo atinente a la causal de inaplicación de normas de derecho material, tenemos, que el artículo 1135 del Código Civil precisa que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente; no obstante, esta norma legal no es pertinente para dilucidar la controversia pues solo resulta aplicable cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, situación que es distinta al caso de autos en que se ha trabado un embargo al que se opone el derecho de propiedad que alega el tercerista. Sétimo.- En cuanto respecto a la denuncia por inaplicación del artículo 2012 del Código Sustantivo, por el que se presume sin admitirse prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; del artículo 2013 del Código citado, según el

cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez; y del artículo 2016 del mismo cuerpo legal en cuanto prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro; no resultan aplicables al presente caso, pues al haberse concluido que los derechos contrapuestos son de distinta naturaleza, debe resolverse conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, esto es, se debe aplicar las disposiciones del derecho común en las que la preferencia se determina solo por la certeza y la fecha en que se constituyeron los derechos, sin referencia a la fecha de la inscripción registral".

IV.2 Argumentos en favor del crédito inscrito.

En este punto, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado argumentos distintos. Los autores han desarrollado líneas de argumento que no han sido empleadas en sede judicial al momento de hacer primar al derecho de crédito inscrito en contra de la propiedad no inscrita. Debe indicarse que a nivel de jurisprudencia de mérito, la gran mayoría de los jueces no patrocina esta idea. Sin embargo, como se ha resaltado últimamente, a nivel de la Corte Suprema de Justicia de la República no es factible establecer una posición claramente dominante, puesto que últimamente se han presentado fallos en favor del demandado con derecho inscrito en el proceso de tercería de propiedad.

En tal sentido, se anota que "no parece que pueda compartirse la opinión que afirma que siempre ha existido una tendencia jurisprudencial claramente dominante a favor de la propiedad no inscrita y que, por consiguiente, los criterios jurisprudenciales a favor del embargo inscrito son *recientes*. Ya hemos visto que incluso dentro de las sentencias en casación que fallan a favor de la propiedad no inscrita, se aprecia una resistencia notable de parte de un grupo de jueces supremos que han emitido sus votos en sentido contrario. Además,

desde inicios de la década pasada ya se aprecian decisiones favorables al embargo inscrito"[67].

a) La normatividad registral es aplicable por ser parte del derecho común.

En algunas decisiones de hace varios años, este Supremo Tribunal ha considerado que "el derecho común" referido en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es compatible con el principio de seguridad jurídica, no existiendo contradicción entre la aplicación de esta norma y la regulación registral, puesto que debe tomarse en cuenta lo preceptuado en el artículo 1135 del Código Civil, en el que se prefiere un título inscrito en el registro a un título que solo consta en un documento de fecha cierta.

En este sentido se ha expresado la sentencia en Casación N° 2807-99-Callao:

"Sexto.- Que, como se advierte, entre la seguridad jurídica y el derecho común existe una relación de género a especie, pues es evidente que la seguridad jurídica sirve como pauta orientadora del derecho común, de modo tal que para resolver un conflicto de intereses como el caso sub*litis*, por las circunstancias antes descritas en el derecho común el que ha de aplicarse, toda vez que las relaciones en conflicto suscitadas entre las partes es de carácter patrimonial (...) debe tenerse en cuenta que el derecho común ha previsto la forma de resolver el conflicto de un derecho real con un derecho personal a través de distintas fórmulas jurídicas, entre ellas la prevista en el artículo 1135 del Código Civil, norma que contiene la posibilidad de que el efecto de la inscripción del título que se opone se prefiera al título del acreedor (propietario) que conste en documento de fecha cierta más antigua, entendiéndose como fecha cierta en forma estricta lo dispuesto en el artículo 245 del CPC".

---

[67] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia. cit.* p. 34. No es exacto, entonces, afirmar que este Pleno Casatorio es producto de la "incertidumbre generada" por la sentencia en casación N° 5135-2009-Callao (Gunther Gonzales Barrón. *El embargo como supuesto "derecho real" y otros temas. cit.* p. 30). La incertidumbre no deriva, de ninguna manera, de un solo pronunciamiento. Hay, como es evidente, varios pronunciamientos casatorios en sentido contradictorio.

Esta Corte Suprema también ha sugerido, para privilegiar el embargo inscrito, que la inscripción del mismo en los registros públicos, ya hace que sus vicisitudes se encuentren sometidas a la regulación registral. Es decir, la inscripción del embargo es, indudablemente, un "fenómeno registral", por lo tanto mal se hace en someterlo a una regulación ajena al registro público. Sin perjuicio de esto, se resalta también la necesidad de salvaguardar la fe pública registral en todo momento. De este modo, el acreedor que inscribe su embargo resulta diligente, en comparación con el propietario que no inscribió su adquisición. Así se expresa la sentencia en Casación N° 2429-2000-Lima:

"Segundo.- Que, la Sala Superior ha considerado que debe prevalecer el derecho real de propiedad emanado de escritura pública frente a un derecho personal de naturaleza crediticia, ya que en la época en que se inscribió la medida cautelar, ya dichos bienes eran de propiedad de los terceristas y no del deudor demandado, conforme a lo establecido en el 2° párrafo del artículo 2022 del Código Civil. Tercero.- Que, la interpretación del citado artículo no es correcta pues la inscripción del embargo rige para cualquier otro derecho real que pudiera existir si no estuviese previamente inscrito; la razón estriba en la naturaleza y fines de los Registros Públicos, sujeta a los principios de legalidad y publicidad, es decir, que todos conocen las inscripciones registradas como presunción jure et de jure, y la fe pública registral que da seguridad, permanencia y efectividad a los actos jurídicos que se realizan en base a la situación que fluye de las inscripciones registrales que existan, con efectos erga omnes (...) Quinto.- Que, la fe pública registral debe ser siempre tutelada, por un criterio de seguridad jurídica, amparado por el derecho y, principalmente, como mecanismo de protección al acreedor diligente en el obrar. Sexto.- Que, al haberse dado la interpretación errónea denunciada, es claro que se han dejado de aplicar aquellas normas que rigen el principio de la buena fe registral y el principio de prioridad en el tiempo de la inscripción, contenidas en los artículos 2014 y 2016 del Código Civil, las mismas que están

orientadas a dar valor preferente al derecho que surge de la mencionada inscripción del embargo".

La compatibilidad entre el derecho común y la regulación registral ha sido resaltada en la sentencia en Casación N° 403-2001-Piura, cuando sostiene que la aplicación del principio de prioridad registral no se encuentra excluida del "derecho común", ya que se encuentra consagrado en una norma no registral: el artículo 1135 del Código Civil. No optar por esta interpretación, implicaría traicionar esenciales principios registrales de gran importancia para la seguridad jurídica:

"Cuarto.- La sentencia de vista, para confirmar la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda de tercería, se apoya fundamentalmente en la previsión contenida en el artículo 2022 del Código Civil. Esta norma señala que: 'Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común'. Examinado el segundo párrafo de esta norma, para dirimir la preferencia de derechos (por ejemplo: si uno es real y el otro personal) se remite a una fórmula genérica cuando dice que se aplicará el 'derecho común'. Esta norma contiene el principio registral de prioridad de rango del derecho real sobre el derecho personal por gozar aquel de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el último. Sin embargo, esta posición ha sido cuestionada por la doctrina elaborada y contenida en ejecutorias de casación dictadas por las Salas en lo Civil de esta Corte. Quinto.- En efecto, frente al referido principio (prioridad de rango), el ordenamiento jurídico nacional tiene positivizados los principios registrales de buena fe y de prioridad. El primero de estos principios ha sido recogido por el numeral 2014 del Código Civil, que señala que 'el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque

después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten los Registros Públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro'. En tanto que el principio de prioridad ha sido recogido por el artículo VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que dice que 'la prioridad en el tiempo de las inscripciones determina la preferencia de los derechos que otorgan los Registros' y por el artículo 2016 del Código Civil cuando dice que: "La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro'. Sexto.- Compulsados el principio de rango (recogido por el artículo 2022 del Código Civil) frente a los principios registrales de buena fe y prioridad en el tiempo, se llega a la conclusión que, en el presente caso, deben prevalecer estos últimos, en atención a que cuando se inscribió el embargo no aparecía inscrito el título de la tercerista, por lo que el banco demandado mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, pues, en materia registral, quien entra primero al registro es primero en el derecho. El artículo 1135 del Código Civil, que constituye una norma de 'derecho común', recoge también el principio de prioridad en el tiempo para determinar la preferencia en el derecho. Admitir lo contrario importaría destruir el sistema registral que nos rige y haría ineficaces los siguientes principios: a) El de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...) b) El de impenetrabilidad que preconiza el de impedir que se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otro, aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) El de publicidad recogido por el artículo 2012 del Código Civil que preconiza la presunción absoluta, sin admitirse prueba en contrario, de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Sétimo.- Las razones anotadas conducen a considerar que en el caso sub materia, en la sentencia de vista, se han dejado de aplicar los numerales 2014 y 2016 del Código Civil, por lo que el recurso debe declararse fundado y la Sala, actuando como organismo de mérito, debe revocar la sentencia apelada".

En sentido idéntico a la resolución anterior, pero en términos más simples, se expresa la Casación N° 2683-2001-Lima. Así es, esta resolución sólo señala que la seguridad jurídica brindada por el registro público no tiene porqué interpretarse como un factor ajeno al derecho común, de manera que se tiene que preferir al embargo inscrito para no defraudar principios registrales:

"El artículo 2012 del Código Civil recoge el principio de publicidad registral y establece la presunción *luris et de lure* de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; el artículo 2013 del mismo Código recoge el principio de legitimidad o legitimación por el cual el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos mientras no se rectifique o se declare judicialmente su Invalidez, estableciéndose una presunción *iuris tamtum* de exactitud entre la realidad y lo que publica el registro; el principio de buena fe ha sido consagrado en el artículo 2014 del anotado Código al establecer que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos, presumiéndose la buena fe del tercero y el artículo 2016 del aludido texto legal consagra el principio de prioridad de rango, que determina la preferencia de los derechos que otorga el registro *prior in tempore potior in iure*. Quinto.- La sentencia de vista considera que con el testimonio de la escritura de compraventa que obra a fojas cuatro a siete es suficiente para definir la controversia declarando fundada la tercería al haberse cumplido con el artículo 535 del Código Procesal Civil; sin embargo, lo resuelto por el Superior colisiona con los principios registrales antes citados debiendo de prevalecer estos últimos en atención a que la medida cautelar de embargo en forma de Inscripción sobre el Inmueble materia de *litis* aparece a nombre de los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato, inscrito en la ficha número veinticinco mil doscientos cincuentisiete del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, libre de gravámenes motivo por el cual se

procedió a la Inscripción de la citada medida conforme aparece a fojas sesentitrés y sesenticuatro del acompañado; razón por la cual el Banco demandado mantiene su garantía una vez inscrito su derecho. Sexto.- Admitir lo contrario importaría hacer tabla rasa del sistema registral que nos rige y haría ineficaz los siguientes principios: a) el de legalidad, que preconiza que todo título que pretenda su inscripción debe ser compatible con el derecho ya inscrito (...); b) el de impenetrabilidad, que impide se inscriban derechos que se opongan o resulten incompatibles con otros aunque aquellos sean de fecha anterior (...) c) el de publicidad, recogido por el artículo 2012 del Código Civil que establece la presunción absoluta sin admitir prueba en contrario, ya que toda persona tiene conocimiento del contenido de las Inscripciones; y, d) el de prioridad de rango en el tiempo, determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. Sétimo.- El derecho de propiedad invocado por el tercerista conforme al testimonio de la escritura se encuentra en contraposición al título de propiedad que también tienen los codemandados José De la Fuente De la Fuente y Liliana Gallangos Lobato cuyo título al no haberse declarado judicialmente su invalidez se encuentra vigente, por lo que el embargo en forma de inscripción a favor del Banco demandado está protegido por el principio de la buena fe registral lo que conlleva a desestimar la demanda de tercería. Tanto más, si el mejor derecho de propiedad debe dilucidarse en una acción distinta a la presente, como es la acción reivindicatoria. Octavo.- En el caso de autos, el embargo trabado sobre el inmueble materia de *litis* que se llevó a cabo el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventinueve según acta obrante a fojas cincuentiuno del expediente acompañado, fue presentado en los Registros Públicos con fecha doce de octubre de mil novecientos noventinueve conforme es de verse de fojas sesentitrés y sesenticuatro del expediente acompañado, por lo que la escritura pública de compraventa de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos noventicinco, que sustenta la tercería no inscrita en los Registros Públicos no puede oponerse al embargante que ha hecho registrar el embargo de la casa enajenada, por cuanto una escritura de venta sirve para oponer como prueba de traslación de dominio de la cosa vendida solamente al vendedor, pero de ninguna

manera a terceras personas, sino está registrada oportunamente; siendo así, la citada inscripción tiene preferencia".

La Corte Suprema, en la sentencia en Casación N° 333-2003-Lambayeque, una vez más destaca que la prioridad registral no es ajena al derecho común, tal como lo demuestra el artículo 1135 del Código Civil, lo que hace cobrar sentido a la aplicación de la normativa registral:

"Quinto.- Estando a que la norma contenida en el artículo 2022 del Código Civil establece la primacía entre derechos reales inscritos y señala que tratándose de derechos de distinta naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común, entre las que encontramos al artículo 1135 del Código Civil, el cual precisa el criterio de que tiene preferencia el acreedor de buena fe cuyo título ha sido inscrito primeramente, por lo que en el presente caso debe preferirse el embargo inscrito a favor de la codemandada Silvia Maricela Neciosup Morales, que ha sido registrado con anterioridad al derecho alegado por la tercerista. Es más, el numeral 2016 del citado Código Civil, concordante con el principio señalado anteriormente, prevé que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro. De lo contrario no tendría sentido este principio registral".

Finalmente, de la mencionada Casación N° 4448-2010-Arequipa se puede extraer una idea importante: el embargante es un tercero interesado, de modo que si se le pretende oponer la adquisición de un derecho de propiedad, la misma debería haberse inscrito oportunamente. En ese orden de ideas, si el bien se encuentra inscrito debe someterse a la regulación registral. Lo contrario solo se justifica en sede de bienes no inscritos:

"Cuarto.- Que, el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada, considerando que tratándose de bienes registrados son de aplicación los principios y normas de derecho registral contenidos en el Código Civil, en consecuencia, en el caso de autos se determina que el derecho de cautela

judicial anotado en el registro tiene prioridad sobre el derecho de propiedad de cualquier otro derecho inscrito, tanto más sobre un derecho que no ha sido inscrito nunca; que la eficacia alegada por los esposos terceristas del contrato de compraventa privado del año mil novecientos noventa y cinco solo puede ser oponible entre las partes del contrato, porque para ser opuesta a los terceros debe publicitarse en el registro, tratándose de bienes inscritos; que solo tratándose de bienes no inscritos, la antigüedad de los actos jurídicos celebrados resulta relevante para decidir la preferencia de los derechos generados por ellos, según las normas del derecho común y no las que regulan el derecho registral. Quinto.- Que, respecto a la denuncia de infracción normativa procesal - citada en el literal c) en cuanto a la Casación N° 2285-2001, debe señalarse que las ejecutorias supremas dictadas a la fecha no constituyen precedente judicial, al no haber sido expedidas con las formalidades exigidas por el artículo cuatrocientos del Código Procesal Civil, en consecuencia la denuncia es inviable".

b) La protección *erga omnes* del derecho de crédito.

Como ya se adelantó, se ha sostenido que el derecho de crédito, tal como le ocurre al derecho real, se encuentra amparado por la tutela extracontractual o *erga omnes*. Afirmación que se encontraría amparada en la doctrina y jurisprudencia europea. Así, se asevera que "prestigiosa doctrina italiana afirma también que sí es posible que terceros lesionen el derecho de crédito, agregando que la jurisprudencia italiana se ha pronunciado a favor de brindar tutela al acreedor en caso de lesión culposa o dolosa por parte de un tercero"[68].

Bajo esta línea de argumento, siguiéndose a doctrina europea, se afirma que hay una serie de casos en los que la protección extracontractual del derecho de crédito no admite duda:

[68] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código* Civil. En: AAVV. *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 633.

Cuando ha sido lesionado un derecho relativo, aunque sea extraño a relaciones familiares y, en particular, un derecho de crédito: así, causar la muerte de un jugador de futbol lesiona el derecho a sus prestaciones deportivas que, por contrato, corresponde a la sociedad futbolística. De igual forma, la destrucción, por obra de un tercero, de la casa en arrendamiento no lesiona sólo el derecho real del propietario, sino también el derecho de crédito del arrendatario, etc.

En estos casos, el hecho del tercero ocasiona la extinción de la relación obligatoria: por muerte del deudor en el primer caso; por imposibilidad sobreviniente de la prestación en el segundo. Luego, la jurisprudencia (europea) ha reconocido el carácter resarcible de la lesión del crédito también en hipótesis en las cuales el hecho del tercero no extingue la relación obligatoria[69].

Se alega también que la protección extracontractual del crédito es una figura compatible con una idea más social del Derecho. Puesto que negar la posibilidad de que terceros lesionen el derecho del acreedor, implicaría aceptar una visión demasiado individualista de la relación obligatoria y del contrato. Tal visión partiría de la premisa según la cual los negocios de cada uno solamente son de incumbencia de uno mismo, que podemos administralos libremente, sin que la sociedad y los terceros tengan algún interés en ellos. Esta es una simplista concepción de la libertad absoluta del individuo que no toma debidamente en cuenta los lazos que inevitablemente ligan unos a otros a todos los miembros de la sociedad. Y cuanto más civilizada y compleja es la sociedad, dicho lazos se multiplican y consolidan, lo que explica que los terceros puedan afectar, con su actuar u obrar, una relación obligatoria o contractual de la que no forman parte[70].

---

[69] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código* Civil. p. 634.

Si el crédito tiene protección extracontractual, evidentemente no se puede seguir privilegiando al derecho del tercerista en base al argumento de la oponibilidad *erga omnes* del derecho de propiedad.

V. Las opiniones de los *amicus curiae*.

Conforme a la política adoptada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a partir del III Pleno Casatorio Civil, se consideró oportuno invitar a docentes de reconocidas facultades de Derecho y especialistas en temas civiles, en calidad de *amicus curiae* de este Supremo Tribunal, con el objetivo de tener en consideraciones enfoques académicos y distintos a los de la judicatura. Por esta elemental razón es que los amigos de la Corte son personas ajenas al aparato judicial.

Los seis *amicus curiae* tuvieron una interesante participación, la cual ha sido materia de una notable reseña publicada en distintos medios especializados. Debe indicarse que esta Suprema Corte comparte los términos de la síntesis contenida en tal reseña, en la cual se señala lo siguiente:

"Las posiciones de los profesores no fueron uniformes, como era de esperarse, pudiéndose advertir que algunos de ellos sostienen que debe ser tutelado el derecho de propiedad, mientras que otros, defendieron que debe serlo el crédito inscrito. Los argumentos centrales que se expusieron fueron los siguientes:

5.1. Juan Luis Avendaño se inclina por proteger la propiedad y no el embargo. Se basa en que: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 nos reenvía al derecho común y no al derecho registral, que es un derecho específico, especial. Por

[70] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito versus propiedad no inscrita. Un enfoque jurisprudencial a propósito de los treinta años del Código Civil*. cit. pp. 634-635.

tanto, deben ser esas, y no éstas, las reglas que deben ser consideradas para solucionar la discusión; (2) El artículo 949 del Código Civil establece que el derecho de propiedad inmueble se perfecciona con el consentimiento; ergo, no se puede hacer distingos entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita; se es propietario aún cuando no haya inscrito su derecho; (3) La Constitución protege la propiedad al declararla inviolable y el Estado está obligado a garantizarla. Por consiguiente, el propietario debe ser resguardado por mandato constitucional.

5.2. Guillermo Lohmann argumentó en favor de la protección al embargo inscrito. Sostuvo que: (1) No hay derechos absolutos. El derecho de propiedad no puede ser "reconocido" si antes no es "conocido", y por tanto, en la medida que no es oponible erga omnes vía la inscripción registral, no puede merecer esa protección; (2) El embargo inscrito tiene proyección de derecho real, como sucede con la hipoteca; (3) Hay que evaluar también la diligencia del acreedor embargante y la no diligencia del propietario que no inscribe, pues el derecho protege apreciaciones y admite presunciones; (4) Hay que proteger el sistema registral. El registro otorga seguridad jurídica y no puede ser desconocido para proteger a un propietario singular que no inscribe su derecho. Es un tema de oponibilidad y no de propiedad.

5.3. Juan Monroy sostuvo que el caso discutido no debiera ser objeto de un precedente vinculante, pues: (1) El artículo 2022 al clasificar los derechos en personales y reales incurre en un anacronismo. Esa clasificación era históricamente entendible, pero hoy no tiene ningún significado y se encuentra superada; (2) La tercería no tiene por objeto titular con el derecho de propiedad a nadie, sino, liberar un bien afectado por una medida cautelar, finalidad que debe tenerse en cuenta; (3) El sistema de transferencia de propiedad inmobiliaria regulada en el sistema civil es desconocido por las grandes mayorías. Por ello, deben ser los jueces en el caso concreto los que resuelvan atendiendo a las especiales connotaciones del caso particular, razón por la cual no debiera generarse un precedente con alcance general.

5.4. Jack Bigio sostuvo que la protección debe otorgarse a la propiedad, pues: (1) El segundo párrafo del artículo 2022 al hacer un reenvío al derecho común, hace referencia básicamente al derecho civil y al derecho comercial y por tanto, el derecho registral no debe ser tomado en cuenta para resolver el tema; (2) El acreedor embargante no debe ser considerado tercero registral, porque no lo es. El artículo 2014 dice que tercero es aquel que ha adquirido de quien es el dueño; además, esa adquisición se basa en un acto voluntario. En el caso del acreedor embargante es claro que no lo hace en mérito de un acto voluntario y no lo "adquiere" de quien es el dueño, por lo que no es posible reconocerlo como un tercero registral; (3) Favorecer al embargante sería proteger a quien se basa en un registro público que es inexacto en la medida que no publicita la realidad de la propiedad al existir una transferencia no inscrita. La exposición de motivos del Código Civil señala que debe otorgarse preferencia al verdadero propietario; (4) Un principio de derecho señala que solo debe responderse por los actos propios, no por los ajenos; por ende, no corresponde que el embargante afecte un bien de quien no es su deudor; (5) El embargo inscrito no es un derecho real pues no forma parte del listado de derechos reales del Código Civil, que como bien se sabe, es un número clausus.

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

5.6. Fort Ninamancco defendió la protección del acreedor embargante. Sostuvo que: (1) La segunda parte del artículo 2022, es una norma de remisión muy peculiar, pues no nos remite a una norma especial sino al mismo Código. El derecho común es el propio código civil, por lo que es un contrasentido que se remita a sí mismo sin precisar el numeral que regula el tema de manera precisa; (2) El acreedor embargante no es un tercero registral, sino que es un titular con derecho protegido en base a la prioridad registral, por lo que hay un error de concepción al tratar el tema desde la idea del "tercero"; (3) No solo el derecho de propiedad es oponible erga omnes. Los créditos también están protegidos contra terceros, pues es claro que pueden ser afectados no solo por el deudor. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado protege al crédito, que está vinculado a la libertad de contratar; (4) Las operaciones económicas y su impacto social tienen mayor preponderancia en el mundo actual, lo que explica que los códigos ya no se estructuran teniendo como base a la propiedad, sino a los contratos. Conviene a la economía formalizar las actividades económicas, y en tal sentido, debiera alentarse que los contratos de propiedad se inscriban en el Registro; (5) Cualquiera de las medidas a adoptar por la Corte Suprema va a generar perjuicios, sea que tutele la propiedad no inscrita o el embargo inscrito, eso es inevitable, pero ello no debe hacer perder la perspectiva. A tal efecto sugirió que se tenga presente que el V Pleno Casatorio se alinea con la tesis de dar protección preferente a las actividades económicas"[71].

Tomando en cuenta que el tercer*amicus curiae* se abstuvo de defender propiamente alguna de las posiciones enfrentadas en doctrina y jurisprudencia, puede decirse que el resultado de las intervenciones, desde una perspectiva cuantitativa, fue de tres intervenciones en favor de la propiedad no inscrita, en tanto que dos intervenciones se pronunciaron en favor del embargo inscrito.

---

[71] Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ. *Crónica del VII Pleno Casatorio Civil*. En: *Actualidad Civil*. Vol. 13. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2015, pp. 372-375.

VI. Análisis crítico.

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

VI.1. La protección extracontractual de los derechos reales y de crédito.

A juicio de este Alto Tribunal, se impone la necesidad de rechazar el argumento tradicional que se fundamenta en la supuesta inexistencia de tutela *erga omnes* para el derecho de crédito. Se ha podido constatar que la doctrina contemporánea acepta esta clase de tutela.

Así, por ejemplo, la doctrina francesa actual afirma que "la responsabilidad extracontractual interviene, en efecto, muchas veces hoy para sancionar la inejecución o mala ejecución de un contrato cuando ésta se debe al hecho de un tercero o perjudica a un tercero"[72]. Esta misma doctrina indica que la tutela extracontractual del derecho de crédito parece chocar con el principio clásico de relatividad de los contratos, pero la doctrina y jurisprudencia de este país no ha dudado en replantear los alcances del llamado principio de relatividad contractual. De hecho, en pleno siglo XIX, los jueces franceses no dudaban en sancionar la actitud de personas ajenas al contrato cuando ellas se habían asociado, con conocimiento de causa, al deudor para concretar el incumplimiento[73]. "(...) la jurisprudencia no ha cesado de reconocer además a la víctima el beneficio de una verdadera acción en responsabilidad contra el tercero que se asocia a la violación de sus derechos contractuales, despreciando la objeción derivada de los vínculos de esta responsabilidad con el contrato"[74].

---

[72] Geneviéve VINEY. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Traducción de Fernando MONTOYA MATEUS. Bogotá: Universidad Externando de Colombia, 2008, p. 429.

[73] Geneviéve VINEY. *Op. cit.* p. 430.

[74] Geneviéve VINEY. *Op. cit.* p. 431.

Esta misma idea, para no irse muy lejos, se ha defendido a nivel de doctrina sudamericana[75]. Por ejemplo, la doctrina latinoamericana ha destacado que no es ya posible seguir sosteniendo que únicamente los derechos reales ostentan protección aquiliana o extracontractual:

"La verdad es que las hipótesis de lesión extracontractual del derecho de crédito son variadas y numerosas, y su revisión permite mantener la tesis que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo que es, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este último la obligación de indemnizar los perjuicios causados (...) si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un tercero, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito"[76].

La defensa que se ha hecho, en nuestro medio, en favor de la idea que considera que el crédito carece de tutela extracontractual, ha sido materia de crítica. Para empezar, no parece un argumento (suficiente y) convincente el hecho de que antes la tutela aquiliana no haya sido reconocida a nivel jurisprudencial en nuestro país. En todo caso, sirva esta ocasión para reconocer esta figura y actualizar nuestras tendencias jurisprudenciales, de acuerdo con los avances de la doctrina más actual.

No parece correcto tampoco sostener que la denominada acción subrogatoria, o una acción similar u análoga, explica los supuestos de tutela aquiliana del crédito. Al respecto, se ha dicho:

---

[75] Jorge MOSSET ITURRASPE. *Estudios sobre responsabilidad por daños (fallos anotados y doctrina)*. T. III. Santa fe: Rubinzal y Culzoni, 1982, p. 132; Juan APARICIO. *Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974, pp. 21 y ss.

[76] Luis BUSTAMANTE SALAZAR. *La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana*. En: *Ars Boni et Aequi*. N° 3. Santiago: UBO, 2007, pp. 167 y 168.

"¿Cómo es eso de *similar u análoga*? ¿Es o no es un caso de aplicación de acción oblicua? Si es una acción solamente parecida a la oblicua, entonces ¿Qué acción es? ¿Cómo se denomina?

A decir verdad, como bien señaló GALGANO, la acción subrogatoria no tiene aplicación en este caso porque al ser la prestación imposible, la relación obligatoria se extingue (art. 1316 del CC) y, en consecuencia, el afectado por el tercero pierde la calidad de deudor. Si no existe obligación, ¿de qué acción subrogatoria u oblicua puede hablarse?"[77]

Por último, no escapa al criterio de este Supremo Tribunal el hecho de que la opinión que ha negado la tutela aquiliana del crédito, ha terminado por aceptarla implícitamente. Como se recordará, esta opinión no puede evitar reconocer que todos los derechos subjetivos tienen una tutela resarcitoria, lo que resulta incompatible por completo con la tesis que defiende la distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Esta parte de la premisa según la cual los derechos relativos, por no poder ser opuestos a la generalidad de sujetos, no son materia de protección extracontractual. Por lo tanto, reconocer, de alguna forma al menos, que todos los derechos subjetivos tiene una tutela extracontractual, no significa otra cosa que admitir la vigencia de la figura de la tutela aquiliana del crédito.

VI.2.La interpretación objetiva de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

a) Premisa.

Es deber del Juez aplicar la ley, atendiendo a los mecanismos de interpretación que proporciona la teoría de la interpretación jurídica. En este caso, cuando la voluntad de la ley es patente, como se puede colegir, el Juez debe seguirla, al margen de si su contenido sea agradable o no agradable a

---

[77] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia*. Cit. p. 138.

la opinión del propio Juez. No estamos, nótese bien, en un sistema político donde los jueces sean gobernantes, en base a decisiones propias. Estamos en un sistema que es un Estado de Derecho, donde debe imperar la voluntad de la ley, y no la voluntad de las personas.

Esta afirmación, desde luego, no implica negar la posibilidad de que las normas puedan ser interpretadas de múltiples maneras. La interpretación no es, muchas veces, una tarea simple, precisamente por ello la teoría de la interpretación jurídica tiene áreas bastante complejas. Sin embargo, también es verdad que la ley, o la voluntad de la ley (en un sentido objetivo, más allá de la "mítica" voluntad subjetiva del legislador), muchas veces pueden presentarse de forma un tanto lineal y clara. A juicio de los jueces que suscriben la presente resolución, este es el caso de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, donde se advierte que el legislador ha pretendido solucionar el conflicto de derechos de diferente naturaleza en base a la no aplicación de los principios de derecho registral.

Empero, es necesario precisarlo desde ya, esta interpretación no toma como base a consideraciones que se han venido esgrimiendo desde hace tiempo en favor de la propiedad no inscrita, puesto que estas han sido materia de una eficaz refutación por parte de la doctrina defensora del crédito inscrito, tal como se ha visto en las páginas precedentes. No sería, ciertamente, apropiado persistir en una interpretación con base en argumentos ya criticados con fundamentos atendibles.

Empero, en opinión de este Supremo Tribunal, la doctrina defensora del crédito inscrito no parece haber centrado suficientes esfuerzos en postular una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. Se ha centrado, más bien, en refutar las razones por las cuales se podría interpretar que esta normativa privilegia a la propiedad no inscrita. Aunque se considere que esta refutación ha tenido éxito, lo cierto es que una interpretación no puede sustentar su validez o idoneidad en el hecho de que

otras interpretaciones sean endebles. No se debe elegir una interpretación en función de la debilidad de otras interpretaciones, sino en función de la solidez de sus fundamentos propios. De lo contrario, se incurre en algunos equívocos interpretativos. Así, por ejemplo, la doctrina defensora del crédito inscrito ha llegado a defender dos consideraciones interpretativas que, en rigor, no parece que puedan ser sostenidas al mismo tiempo: i) que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil es una norma de remisión, y ii) que el conflicto entre crédito inscrito y propiedad no inscrita es un supuesto de laguna normativa, donde se hace necesario recurrir a la analogía[78].

b) La interpretación de la ley y sus cánones: el rol decisivo del texto de las disposiciones normativas objeto de interpretación.

Es menester recordar que una adecuada interpretación jurídica toma en cuenta fundamentalmente lo explicitado en las disposiciones normativas objeto de interpretación, dejando de lado la búsqueda de hipotéticas y/o voluntades ficticias. En este sentido, un autorizado autor ha sostenido que el objeto de la interpretación no puede ser una voluntad (la del legislador) como tal, sino más bien la forma representativa en la que aquélla viene explicitada: lo que se ha hecho o lo que se ha dicho. Esto porque precisamente la representación es un presupuesto de la actividad interpretativa, y si se entiende a la voluntad como una pura entidad psicológica, induce a pensar que tal actividad puede prescindir de una forma representativa, lo que bien puede resultar absurdo[79].

Al ser objetiva la interpretación, es un presupuesto fundamental tener en cuenta que el intérprete no puede alterar el objeto de interpretación a su libre voluntad. Hay límites que no pueden ser trasgredidos, so riesgo de caer en un proceso de interpretación errado y no aceptable. En este orden de ideas, se

---

[78] Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad*. Cit. pp. 146 y 147; ID. *El crédito y la seguridad jurídica en su prueba de fuego: a propósito del próximo Pleno Casatorio Civil*. En: *Actualidad Civil*. Vol. 13. Lima: Instituto Pacífico, julio de 2015, pp. 380 y 381.

[79] Emilio BETTI. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Traducción española de José Luis de los Mozos. Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid, 1975, p. 28.

ha destacado la imposibilidad de alterar la esencia del objeto de interpretación por parte del intérprete, cuando se advierte se impone al intérprete una exigencia de objetividad en cuanto la reproducción, el repensamiento debe ser lo más adaptado y fiel que sea posible al valor expresivo de la forma representativa que se trata de entender: una exigencia, por tanto, de subordinación. Pero como tal objetividad no opera sino a través de la subjetividad del intérprete, depende de su sensibilidad, del valor expresivo de aquélla y de su capacidad para remontarse a un grado de conciencia a ella adecuada. *Es decir: el intérprete es llamado a renovar y a reproducir el pensamiento ajeno en su interior, como algo que se vuelve propio, pero si bien se ha tornado propio debe al mismo tiempo enfrentarse con ello, como con algo que es objetivo y ajeno*. En la antinomia se encuentran, de un lado, la subjetividad inseparable de la espontaneidad del entender; del otro, la objetividad del sentido que se trata de obtener[80].

De este modo, si bien no puede negarse que la actividad interpretativa es una labor subjetiva, al ser realizada por el intelecto humano, también tiene un innegable aspecto objetivo, marcado por el hecho de que el intérprete debe respetar ciertos límites marcados por el propio objeto de interpretación, en este caso la disposición normativa objeto de interpretación. Esta circunstancia explica la presencia de algunos cánones interpretativos. Veamos:

Un primer canon prohíbe que el intérprete pretenda introducir un sentido que no emana del propio objeto de su interpretación. Por ello se decía que el Juez no puede, en base a sus personales y subjetivos criterios, alterar la sustancia o esencia de las disposiciones normativas. En otras palabras, el sentido debe ser recabado de las disposiciones normativas que se interpretan, no de los criterios o ideologías personales del Juez. Acorde con este canon, que se denomina de la *autonomía hermenéutica,* el sentido que se trata de hallar no debe ser

[80] Emilio BETTI. *op. cit*. p. 30.

introducido indebida o subrepticiamente por el intérprete, sino que se debe, al contrario, extraer, recabar de la forma representativa[81].

El segundo canon, que explica la llamada interpretación sistemática, es denominado *de la totalidad y coherencia*. Según este, el intérprete debe tener en cuenta la correlación existente entre las partes constitutivas del discurso, como de toda manifestación de pensamiento, y su común referencia al todo del que forman parte: correlación y referencia que hacen posible la recíproca iluminación de significado entre el todo y sus elementos constitutivos[82]. La prestigiosa doctrina que se viene citado anota que "*la comprensión, en primer término provisoria, se va perfeccionando, corrigiendo e integrando con el creciente extenderse del discurso del que el intérprete toma posesión, de modo que únicamente al final los elementos singulares, totalmente abarcados en su conjunto, resultan casi de golpe colocados a plena luz y representados en precisos y claros contornos*[83]. Por consiguiente, para dejarlo anotado de una vez, la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil debe ser interpretado a la luz de otros dispositivos que también regulen conflictos de derechos, a efectos de captar adecuadamente su sentido conforme a su texto.

No debería dudarse más en torno al hecho que cualquiera de nosotros puede sugerir o diseñar la mejor solución o teoría para resolver un determinado conflicto de intereses (que es el presupuesto para el dictado de una norma jurídica), pero jamás puede exigirse al Juez (simplemente porque no es legislador) modificar o desnaturalizar el texto y la voluntad legislativa contenida en las disposiciones normativas que debe interpretar. Semejante planteamiento no lo encontramos ni siquiera en las corrientes más hostiles al positivismo jurídico. En efecto, ha dicho una acreditada doctrina alemana contemporánea: "ningún no positivista que merezca ser tomado en serio

---

[81] Emilio BETTI. op. cit. p. 32.

[82] Emilio BETTI. op. cit. p. 34.

[83] Emilio BETTI. op. cit. p. 35.

excluye del concepto de derecho el de la legalidad conforme al ordenamiento"[84].

Se debe, pues, tener mucho cuidado con no tomar debidamente en cuenta el texto de la disposición normativa a interpretar, dejando que el sentido de la interpretación dependa de factores externos a dicho texto. Este punto no sólo ha sido resaltado por la doctrina italiana ya citada, sino también por otro sector de la doctrina alemana sobre interpretación, la cual ha resaltado el hecho que la "objetividad del criterio" pertenece al más distinguido canon de la hermenéutica, de forma que toda interpretación tiene que comenzar con la decisión del intérprete de ajustarse a la obra y no introducir nada en el texto, sino revelar lo que en el texto se contiene, *este canon es, con toda seguridad, el fundamento de la jurisprudencia como ciencia*[85].

Esta misma doctrina destaca que tampoco la más reciente hermenéutica, releva, en absoluto, al intérprete de dicha exigencia. Más bien, se asevera que la tarea primera, constante y última (de la interpretación) es no dejarse imponer nunca, por ocurrencias propias, por conceptos populares, la posición, la previsión y la anticipación, sino asegurar el tema científico, mediante la elaboración de tales elementos (posición previsión y anticipación) *desde las cosas mismas*; por consiguiente, este pre-suponer tiene sólo el carácter de un proyecto de comprensión, de manera que la interpretación preparada por tal comprensión *permite precisamente tomar la palabra, en primer lugar, a aquello mismo que hay que interpretar*. La "precomprensión" tiene, por tanto, solamente el carácter de una anticipación provisional de una expectativa de sentido, que "tiene que poderse rectificar cuando el texto lo exija y que está expuesta a riesgo de fracaso"[86].

---

[84] Robert ALEXI. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Traducción española de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994, p.14.

[85] Claus-Wilhem CANARIS. *Función estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción española de Daniela Brückner y José Luis De Castro. Madrid: Civitas, 1995, pp. 114 y ss.

[86] Claus-Wilhem CANARIS. Op. cit. pp. 114-117.

Resulta muy interesante destacar que esta misma perspectiva es manejada por quienes cultivan el Análisis Económico del Derecho. Efectivamente, un prominente representante de esta corriente de pensamiento ha subrayado el hecho de que bajo ninguna circunstancia el juez debe apartarse de lo expresamente señalado por la ley al momento de aplicarla, aun cuando ello implique consecuencias ineficientes económicamente hablando, ya que de lo contrario el carácter predecible de la ley peligraría, lo que es aún más indeseable que cualquier norma con efectos económicos dañinos[87]. Además, se ha destacado que esta es la perspectiva imperante entre los juristas del *common law*[88]. En esa misma línea, en sede nacional, se afirma: "(...) lo dicho hasta aquí solo serviría para justificar qué sistema debe adoptarse en la legislación. Pero si la ley adopta un criterio diferente, le corresponde al funcionario aplicar la ley y olvidarse de lo que conviene"[89]. En este punto, es oportuno insistir en que una vez que el intérprete haya reconstruido el sentido de la norma y le parezca contrario a ciertas exigencias de justicia u otro orden, pues tendrá que conformarse, ya que no es legislador y siempre estará en relación de subordinación frente a la norma, por lo que no pueden admitirse apreciaciones discrecionales al momento de aplicar la misma[90].

Punto de partida inevitable, entonces, del proceso interpretativo es el empleo del *criterio literal*, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las palabras que la conforman, es decir, al interpretar la ley es necesario atender a las palabras de su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso[91]. Reforzando lo dicho con respecto al segundo canon descrito líneas arriba, se afirma que el atender a la globalidad o integridad del

---

[87] Richard POSNER. *El análisis económico del Derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo*. Traducción española de Enrique Pasquel. En: *Revista de Economía y Derecho*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima: Invierno 2005, p. 14.

[88] Giovanni TARELLO. *L´interpretazione della legge*. Milán: Giuffré, 1980, p. 120.

[89] Alfredo BULLARD GONZALES. *La resolución huachafa, o de cómo usar el legalismo para matar la legalidad*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, Setiembre 2003, p. 46.

[90] Emilio BETTI. op. cit. p. 261.

[91] Massimo BIANCA. *Diritto civile*. T. I. Milán: Giuffré, 1990, p. 101.

discurso no es una regla especial de la interpretación de la ley, sino una regla de interpretación del lenguaje común, que es el medio a través del cual se expresa la ley[92]. De esta manera, se destaca que el resultado final del proceso de interpretación no es producto sólo de la interpretación literal, pero tal resultado en ningún caso puede contradecir el significado literal de la ley porque a través de las palabras la norma es enunciada y comunicada a sus destinatarios[93]. Otra ilustre doctrina resalta que las actividades integradoras y manipuladoras son-dentro de ciertos límites- connaturales al proceso de interpretación y aplicación de las normas, pero ello no debe confundirse nunca con una invasión a la competencia legislativa[94].

c) La inexistencia de laguna normativa en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

En opinión de este Colegiado Supremo, no es posible sostener que la segunda parte del artículo 2022 se traduzca en una laguna, puesto que ello implicaría privar de sentido a la frase "derecho común". La tesis que sostiene que hay una laguna normativa, no parece tener en cuenta que la buena técnica de interpretación aconseja interpretar los textos legales en el sentido que tengan mayor eficacia. No debe olvidarse que la interpretación de las leyes importa respetar el llamado "principio de conservación del derecho", el cual "pretende disipar el mentado *horror vacui* (con él se busca evitar el surgimiento de lagunas o vacíos normativos en el ordenamiento jurídico), preservar la seguridad jurídica y mantener la obra del legislador"[95].

Para sustentar que existe laguna, la doctrina defensora del crédito inscrito ha señalado que el artículo 2022 del Código Civil, en su segunda parte, no remite a ningún lugar o norma puntual que regule este específico conflicto de

---

[92] Massimo BIANCA. Op. cit. p. 101.

[93] Massimo BIANCA. Op. cit. p. 103.

[94] Giovanni TARELLO. op. cit. p. 37.

[95] Giovanni Azael FIGUEROA MEJÍA. *La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano*. En: AAVV. *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*. México D. F.: Universidad Autónoma de México, p. 264.

derechos entre acreedor embargante y tercerista de propiedad con derecho no inscrito. Sin embargo, con este enfoque se "vacía" el sentido normativo que tiene la frase "derecho común". No se hace el esfuerzo de tratar de conservar este acto legislativo, asignándole un sentido, como manda el "principio de conservación del derecho".

Cuando el legislador indica que el conflicto de derechos de distinta naturaleza debe resolverse conforme al "derecho común", se impone la necesidad de captar un sentido, un significado normativo para esta disposición. No puede concluirse, sin más, que la frase "derecho común" nada significa, de modo que se debe recurrir a la analogía irremediablemente. Nótese que la laguna propiamente implica la ausencia de previsión normativa para un caso concreto, de modo que se carece de toda solución normativa para cierto caso[96]. Se tiene laguna, entonces, cuando la solución para un caso determinado es inexistente.Empero, en el caso que ahora nos ocupa, mal puede decirse que no hay solución para el caso en cuestión, puesto que sí hay un texto normativo. Quizá se trate de un texto cuya redacción dista de ser la mejor, pero justamente por ello es tarea del intérprete construir un sentido por medio de las herramientas que proporciona la teoría de la interpretación jurídica.

Por consiguiente, desde que existe un texto normativo que establece una consecuencia jurídica para el supuesto de hecho de conflicto de derechos de distinta naturaleza, no cabe postular la presencia de una laguna jurídica.

VI.3 El sentido de la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil a la luz de una interpretación sistemática: la no aplicación de criterios registrales.

[96] Carlos Santiago NINO. *Introducción al análisis del Derecho*. 2ª edición. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 281.

Se dice esto no en base a la posibilidad de una redundancia, cosa que ya ha sido refutada por la doctrina[97], sino en base a las expresiones empleadas por la ley. Para este Supremo Tribunal, existe una circunstancia que ayuda considerablemente a develar el sentido de los términos "derecho común": la terminología y política legislativa expresada en otras disposiciones legales del propio Código Civil relativas a conflictos de derechos. Es decir, esta Corte Suprema considera que los términos "derecho común" pueden ser entendidos apropiadamente acudiendo a otras normas, pero no para aplicar la integración jurídica, sino la interpretación sistemática, cosa sustancialmente diferente.

Así, se tiene que resaltar que cada vez que el legislador civil regula conflictos de derechos, si decide dirimir el conflicto en base a criterios registrales, lo hace explícitamente, sin "medias tintas". Si de privilegiar el registro se trata, el Código Civil lo hace de forma expresa y clara, sin fórmulas vagas o un tanto imprecisas. Así se tienen los ya mentados artículos 1135, 1136, 1584, 1708 y 2023 del Código Civil, donde la política legislativa en favor del registro como medio para dirimir conflictos de derechos es patente o manifiesta. Es más, podrían agregarse también los artículos 1591 y 1670, que regulan también conflictos de derechos, estableciendo la solución en base a la inscripción registral.

En un contexto como ese, es evidente que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil "desentona" por completo. Si en otros casos, el legislador civil, sin dudar, establece la primacía del registro, ciertamente en este caso expresa haber tomado una posición diferente. Nótese que este Supremo Tribunal no acude a la exposición de motivos, tampoco al argumento de la redundancia, ambos rebatidos de forma contundente por la doctrina defensora del crédito

[97] "(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022 termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro. *Sic et simpliciter*. La verdadera redundancia normativa se configura cuando se advierten supuestos idénticos con la misma consecuencia jurídica (no se olvide que los supuestos idénticos con diferente consecuencia jurídica, configura la famosa antinomia normativa). Pero cuando supuestos distintos tienen la misma consecuencia, no hay redundancia de ninguna clase" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *Embargo inscrito y tercería de propiedad. cit*, pp. 147 y 148).

inscrito. Se trata, como mandan las premisas interpretativas establecidas, de un análisis del texto de la disposición objeto de interpretación.

La frase "derecho común", consecuentemente, sí posee un sentido, el cual, en virtud de una interpretación sistemática, revela sin lugar a duda razonable, que el legislador civil ha optado por no aplicar el criterio registral en la solución al conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. No se trata, por tanto, de privar de sentido al término "derecho común", puesto que aplicando el "principio de conservación del derecho", es posible arribar a una conclusión: el legislador civil ha dejado de lado el criterio registral en el conflicto normado por la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil. En ese sentido, tenemos como norma aplicable al caso el artículo 949 del Código Civil, el cual regula el sistema de transmisión de la propiedad inmueble, precisando que: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". De acuerdo a esta norma, respecto a la propiedad en nuestro sistema jurídico se puede afirmar que ésta se adquiere por el solo consentimiento de las partes contratantes (adquirente y transferente), y no necesariamente se exige la entrega de posesión del bien, menos aún su inscripción en el Registro Público. Asimismo, es norma aplicable también el artículo 1219 inciso 1° del Código Civil, según el cual: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado", de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares), sobre el patrimonio del deudor, puesto que es el deudor quien debe procurar satisfacer la acreencia, dicho de otro modo, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor.

Si bien esta conclusión se apoya, como se ha visto, en una interpretación sistemática, la misma puede reforzarse tomando en consideración que la primera parte del artículo 2022 claramente opta por una solución registral,

pero en el párrafo siguiente deliberadamente omite la solución registral, reenviándose al "derecho común", de modo que éste debe interpretarse al margen de la regulación registral. Si realmente la voluntad (expresada y objetivada) de la ley fuese aplicar también a estos casos tal regulación, sin duda hubiese existido una remisión directa a la normativa registral, tal como sucede en todos los otros casos de conflictos de derechos regulados por el Código Civil. De igual manera, cabe señalar también que de la interpretación de ambos párrafos del artículo 2022 del Código Civil, se tiene que el primer párrafo regula el conflicto de derechos reales en base a las reglas registrales, el segundo párrafo no lo hace así, por lo que corresponde entender que este segundo párrafo prescinde de las reglas registrales, al remitirse al "derecho común".

En este particular contexto normativo, es válido entender al "derecho común" como aquel derecho no especializado. Una doctrina francesa señala sobre el particular lo siguiente:

"El derecho común es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (...) El campo del derecho civil comprendía originalmente prácticamente todo el derecho privado, pero la especialización en el ejercicio de ciertas actividades o en la propiedad de ciertos bienes ha hecho que nazcan ramas nuevas que se han separado del derecho civil. Sin embargo, eso no significa que las reglas del derecho civil no sean parte del derecho común, sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial lejana al derecho civil o, aún, en ausencia de regla contraria, cuando ellas no contradigan los principios esenciales o el espíritu de una rama especial"[98]

Así las cosas, puede afirmarse que el derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código

[98] Christian LARROUMET. *Derecho Civil. Introducción al estudio del Derecho Privado*. Reimpresión. Bogotá: Legis, 2008, pp. 50-51.

Civil, sino en reglamentos y leyes especiales, motivo por el cual debe entenderse al "derecho común" como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas, son ajenas al derecho común.

En el proceso de interpretación jurídica, debe asumirse que el legislador debe ser coherente. En este contexto, no se encuentra razón de ninguna clase para que, en este específico conflicto de derechos, el legislador haya optado por emplear una terminología radicalmente distinta para hacer primar el criterio registral, pudiendo haberlo hecho de forma nítida como en los otros casos de conflictos de derechos.

Por lo tanto, al aplicarse la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no resulta adecuado interpretar que también aquí existe remisión a la normativa registral, puesto que, como se ha venido diciendo en este apartado, es evidente que el texto de esta normativa indica otra cosa. Por ende, se tiene que aplicar una solución basada en la no aplicación de reglas registrales, dejando así de lado el principio de prioridad registral. De este modo, al no ampararse al criterio registral, no cabe más que concluir que, en el marco del conflicto de derechos que se presenta en los procesos de tercería de propiedad, la posición del acreedor embargante no puede ser amparada, puesto que la misma no encuentra otro sustento que no sea el registro público, esto es la aplicación del principio de prioridad registral.

En efecto, conforme a lo ya expuesto, al prescindirse del registro público como medio de solución del conflicto de derechos, corresponde adoptar el criterio ajeno a la prioridad registral, que hace primar el derecho subjetivo alegado por el tercerista, no pudiendo el acreedor embargante imponer su inscripción, al no ser aplicables las reglas registrales. De este modo, conforme también a la doctrina prevaleciente, al tercerista le corresponde acreditar que su derecho de propiedad data de un momento anterior a la traba del embargo. En ese caso, su pretensión deberá ser amparada.

Consideramos que la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil, el cual sólo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo.

Finalmente, debe señalarse que no se puede avalar la solución brindada por aquél sector doctrinario, sobre la base de imputar "diligencia" o "negligencia" a los sujetos, pues ello significa perder la perspectiva del contexto histórico cultural en el cual nos encontramos; en donde nuestro sistema de transferencia de propiedad es para los especialistas jurídicos, lo suficientemente complicado y difuso como para que podamos afirmar que se trata de una información que es conocida por el promedio de justiciables, esto es, si este sistema de transferencia es complicado de entender para los profesionales del derecho, es de imaginar lo que puede significar para la comunidad en general tener claros temas sobre cómo se perfecciona una transferencia o cuál es la función que cumple el Registro Público respecto de su adquisición, para no citar temas evidentemente técnicos como el de la prelación o la fecha cierta. A lo cual debe agregarse que, la falta de inscripción registral, muchas veces no obedece a la negligencia de los propietarios, sino a un problema estructural del Estado, evidenciado en el complejo y oneroso acceso a la inscripción, que requiere muchas veces actos previos y burocráticos, como regularizaciones municipales y administrativas (licencias, permisos y autorizaciones); registrales, como la inmatriculación, tracto sucesivo; tributarias, como el pago de impuestos; entre otros. Es precisamente debido a la problemática registral expuesta, que en el Perú sólo se han inscrito el 30% de las propiedades inmuebles, porque de acuerdo al artículo 949 del Código Civil, la inscripción no es obligatoria ni constitutiva del derecho real de propiedad; por ende el Código Civil incurriría en una

contradicción si prefiere el embargo inscrito, porque para que se transfiera la propiedad inmueble sólo es necesario el acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador.

VI.4 La inexistencia de lagunas hace inaplicable los criterios de integración que han sido invocados por la doctrina defensora del crédito inscrito.

Al no existir una laguna normativa, no cabe, en consecuencia, aplicar los mecanismos de integración que establece el ordenamiento jurídico. De este modo, el principio de apariencia (invocado por la doctrina defensora del crédito inscrito) no resulta aplicable, ni tampoco las normas que privilegian la inscripción, en base a una analogía.

Cabe recordar que la analogía, más que aplicar normas, en realidad lo que hace es crear una nueva disposición no existente previamente; así lo explica el profesor Marcial Rubio[99], cuando señala que lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del derecho toma una norma con un supuesto elaborado para un situación determinada y la aplica a otra que es distinta, pero semejante a la prevista; estrictamente aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista, es "análoga" a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en "algo" el supuesto. Al existir regulación para el conflicto que ahora nos ocupa, según lo ya explicado, no cabe aplicar analógicamente otras normas que regulen conflictos de derechos.

En sintonía con lo anterior, debe recordarse que en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista, según lo estipula el artículo 949 del Código Civil. Por

[99] Marcial RUBIO CORREA. *El Título Preliminar del Código Civil*. 9ª edición. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2008, p. 81.

consiguiente, la transferencia de propiedad no necesita del registro público para ser obtenida. El registro tiene una función referida sólo a la oponibilidad, pero esta no tiene una función "natural", sino una función delineada por la legislación. Y, como ya vimos, no se precisa la inscripción registral para que la propiedad sea oponible a un embargo judicial, según lo preceptúa la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

Se han esbozado planteamientos doctrinales que niegan el carácter consensual de la transferencia de propiedad de bienes inmuebles. Sin embargo, debe resaltarse que tales planteamientos no tienen mayor acogida en nuestra jurisprudencia, tanto la de mérito como la expedida por este Supremo Tribunal, así como que también no ha tenido mayor acogida entre los estudiosos del tema. Y no sólo eso, sino que también se tratan de opiniones que la doctrina mayoritaria ha criticado.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador.

Según lo expuesto, el solo contrato, en principio, puede transferir el derecho de propiedad, mas no la oponibilidad a terceros, cosa que depende de los registros públicos. No es este el caso, en cambio, cuando se trata de oponer la propiedad a un acreedor embargante, donde el legislador, mal que bien, ha optado por dejar de lado la oponibilidad registral.

Y es que, en general, los diversos conflictos de derechos se resuelven en base a las reglas registrales, tal como lo establece nuestro Código Civil en diferentes preceptos. Sobre el particular, se señala que "esta solución incentiva la inscripción de los derechos sobre bienes y transmite un mensaje muy claro: ¡el

título no inscrito se puede perder! Además, protegiendo a los que inscriben se da seguridad y confianza al tráfico de bienes. La reiteración de esta respuesta en el Código Civil y en algunas normas especiales como la Ley de Garantía Mobiliaria, me permite afirmar que existe un *principio* o clara orientación del Derecho peruano a favor del título inscrito. Habría sido óptimo que este principio se replique en el concurso entre el supuesto dueño del bien y el acreedor embargante, pero lamentablemente no ha sido así"[100]. Es menester agregar en este punto, que futuros trabajos de reforma legislativa deberían tener en cuenta esta circunstancia, a efectos de establecer una solución coherente, con el resto de normas del Código Civil, para el conflicto que se presenta entre un embargo (crédito) inscrito y una propiedad no inscrita. La falta de establecimiento del registro público en diferentes lugares del Perú no es, qué duda cabe, un argumento atendible para lograr progresivamente la inscripción de las propiedades. Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados.

VI.5. La aplicación de las facultades generales del Juez para enfrentar las tercerías sustentadas en actos fraudulentos.

Aunque el Código Civil privilegie la propiedad no inscrita del tercerista, al no ser aplicable el principio de prioridad registral, no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores. Tomando en cuenta que basta que el tercerista acredite su derecho de propiedad con un documento privado de fecha cierta, no es difícil que tal documento pueda ser producto de un falsificación o actuar fraudulento.

---

[100]Martín MEJORADA CHAUCA. *Op. cit.* p. 56. En sentido semejante, se afirma que hay una inconsistencia cuando se asume que el título no inscrito debe imponerse a un título inscrito: "preferir la propiedad no inscrita sobre el embargo inscrito no explica satisfactoriamente la política legislativa consagrada en los artículos 1708 y 2023 del Código Civil. ¿Cómo así el derecho de propiedad, tan exaltado, se ve sacrificado ante un arrendatario o ante el titular de un derecho potestativo? ¿En qué se justificaría la excepción, cuáles serían sus razones? Evidentemente no se puede decir que la excepción se basa en la importancia jurídica o económica de la propiedad, porque sí así fuese ¿Cómo se justifica, entonces, la regla general que prefiere a los derechos inscritos, en lugar de la propiedad no inscrita? La regla y la excepción, obviamente, no pueden tener la misma justificación. Patrocinar la idea que defiende la propiedad no inscrita, como se puede apreciar, inyecta una alta dosis de incoherencia en la regulación sobre oponibilidad de derechos" (Fort NINAMANCCO CÓRDOVA. *op. cit.* p. 148).

Para tratar de evitar la situación descrita en el párrafo anterior, cabe invocar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, a efectos de que el Juez realice los actos necesarios al "esclarecimiento de los hechos controvertidos", en caso que los medios probatorios no le causen convicción. Por consiguiente, tomando en cuenta el riesgo de fraude descrito y ante la falta de convencimiento y certeza de la veracidad de los documentos presentados, será necesario que el Juez efectué actos procesales conducentes a la verificación de la regularidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista en su demanda. Fundamentalmente, el Juez deberá comunicarse con el funcionario o notario público que haya emitido la certificación, a efectos de establecer la autenticidad de la misma, si fuera el caso. Si el Juez, a pesar de su actuar de oficio o con la colaboración de las partes, no obtiene la confirmación de la certificación del documento, no deberá estimar la demanda, puesto que sería claro que la certificación adolece de irregularidades que, por razones obvias, no pueden servir de sustento a una demanda de tercería de propiedad. La demanda, en consecuencia, tendría que ser declarada infundada.

VII. JUICIO DE FUNDABILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN.

7.1. Conforme se ha explicado en los antecedentes, el recurso de casación se fundamenta en la infracción y errada interpretación de los artículos 2012, 2013 y 2022 del Código Civil. Invocando el recurrente también que debe imponerse el registro porque de no ser así, se resquebrajaría su propia razón de ser, dándose lugar a las posibilidades de fraudes y quebrantamiento de la fuerza de los mandatos judiciales, en perjuicio de quien quiso cautelar su derecho debidamente.

7.2. La parte recurrente también alega que existe uniformidad en la jurisprudencia nacional respecto a la tercería de propiedad, para lo cual cita un grupo de sentencias en casación que, al resolver procesos de tercería de

propiedad, prefieren al embargo inscrito. Se invoca en respaldo de esta consideración, que en una sentencia en casación, se indicó que la inscripción registral del embargo hacía oponible *erga omnes* el derecho del acreedor embargante, en tanto que el derecho del tercerista, al no hallarse inscrito, no podría ser opuesto a terceros, como lo es el acreedor embargante.

7.3. Al respecto, debe indicarse que no es exacto, como se ha expuesto en los considerandos de la presente sentencia de Pleno Casatorio Civil, que exista jurisprudencia de esta Corte Suprema en un sentido uniforme en favor del crédito (representado por un embargo) inscrito. Si así fuese, ciertamente este Pleno Casatorio no habría sido convocado. En efecto, también hay un importante número de sentencias en casación que patrocina un criterio jurisdiccional opuesto, que defiende la tutela del tercerista con derecho de propiedad no inscrito. Por lo demás, a lo largo de los considerandos de la presente resolución, se han expuesto las razones por las cuales no se comparte el criterio expuesto en las diferentes sentencias en casación que respaldan al acreedor embargante en los procesos de tercería de propiedad.

7.4. De acuerdo a lo ya expuesto, cuando la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil se refiere al "derecho común", expresa una voluntad (objetiva y explicitada) del legislador civil por no adoptar un criterio registral para resolver el conflicto de derechos materia de los procesos de tercería de propiedad sobre bienes inmuebles registrados. Una interpretación sistemática de las normas que regulan conflictos de derechos en nuestro Código Civil, demuestra que cuando el legislador ha preferido un criterio sustentado en la inscripción registral, ha expresado esta preferencia de forma diáfana e indubitable en las normas. En cambio, el texto empleado por el legislador en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil no refleja en modo alguna una opción registral clara y concreta, lo que hace concluir que, en realidad, el legislador ha optado por un criterio distinto, no sustentado en el registro. Caso contrario, no tendría explicación el hecho de que el legislador no haya establecido un criterio registral de forma clara, sino apelado a una formula un

tanto imprecisa como "derecho común". Por consiguiente, el conflicto normado en la segunda parte del citado artículo 2022 no puede resolverse aplicando criterios registrales. No se puede amparar, en consecuencia, la interpretación del artículo 2022, segunda parte, hecha por la parte recurrente, según la cual debe aplicarse un criterio registral para dirimir el conflicto de derechos en cuestión.

7.5. En relación a la presunta infracción de los artículos 2012 y 2013 del Código Civil, debe indicarse que los mismos no tienen por objeto regular conflictos de derechos subjetivos, por lo que su aplicación a esta causa no resulta pertinente. Como también se expuso en los considerandos de esta resolución casatoria, el problema de fondo en los procesos de tercería de propiedad se refiere a la dilucidación de un conflicto de derechos, no a otra clase de problema, motivo por el cual la norma aplicable es la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, no otra, cosa expresamente reconocida por la doctrina en favor de la propiedad no inscrita, como por la doctrina en favor del crédito inscrito. Siendo ello así, no resultan pertinentes las normas que no se refieren a conflictos de derechos subjetivos de naturaleza diversa. Estas, como también se indicó oportunamente, se caracterizan por aludir a por lo menos tres sujetos: los "causahabientes" o "adquirentes" y el "causante" o "transmisor" común. Esta estructura está por completo ausente en los artículos 2012 y 2013 del Código Civil. La primera norma se refiere al principio de publicidad registral, en tanto que la segunda se refiere al principio de legitimación. Ninguno de estos preceptos o principios tiene por objeto dirimir conflictos de derechos de naturaleza diversa. A mayor abundamiento, estos preceptos tampoco resultan pertinentes para resolver dicho conflicto de derechos, puesto que, habiéndose adoptado la interpretación que no considera pertinente la aplicación del criterio registral, el conflicto de derechos materia de análisis no puede resolverse aplicando normativa registral.

7.6. Respecto al carácter *erga omnes* otorgado por la inscripción registral, de igual forma, en los considerandos ya se analizó el argumento normalmente

empleado por la jurisprudencia de mérito para defender la propiedad no inscrita, arribándose a la conclusión de que, tal como lo expusiera la doctrina defensora del crédito inscrito, no resulta adecuado seguir postulando la diferencia entre tutela *erga omnes* (absoluta)y tutela *inter partes* (relativa), puesto que los mal llamados derechos relativos también tienen tutela extracontractual o *erga omnes*, por lo que no cabe amparar un argumento que se construya sobre la base de esa diferenciación. Por lo demás, cabe reiterarlo, según la interpretación adoptada por este Supremo Tribunal, el conflicto de derechos en cuestión no se soluciona, según el legislador civil, en función de un criterio registral, por lo que mal puede invocarse la oponibilidad que confiere la inscripción registral, ya que este es un criterio que no resulta aplicable al caso de autos, según una adecuada interpretación del tantas veces mencionado artículo 2022 del Código Civil, segunda parte.

7.7. Con relación a que la protección de la propiedad no inscrita atenta contra la finalidad de los registros públicos y facilita los actos de fraude, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, que haga primar el registro público. De hecho, este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación. A tenor de lo ya dicho, resulta que la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil consagra una política legislativa que prefiere la aplicación de un criterio no registral, cosa que no puede ser obviada por este Supremo Tribunal. La adecuada interpretación de la ley, y no el criterio personal de la judicatura, es la que el Juez debe aplicar para resolver el caso concreto.

7.8. Por lo tanto, no cabe amparar ninguno de los argumentos expuestos por la parte recurrente en su recurso de casación, al no ser pertinentes las normas

que invoca, ni tampoco plantear una interpretación adecuada para la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

VIII. Decisión

Por las razones expuestas, este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, conformada por los Jueces Supremos integrantes de la Sala Civil Permanente y Sala Civil Transitoria, presentes en la vista de la causa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil:

Primero. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la codemandada Jesús Esther Tambini Miranda y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que resuelve confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 27 de diciembre de 2013 que declara fundada la demanda.

Segundo. Asimismo, declara que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

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

2. El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta

del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada **INFUNDADA**, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.

SE DISPONE LA PUBLICACIÓN de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación. En el proceso de tercería de propiedad, seguido por doña Gloria Esther Hermida Clavijo, en representación de doña Miriam Ivonne Hermida Clavijo, contra doña Jesús Esther Tambini Miranda y Desarrollos Siglo XXI Sociedad Anónima Abierta.

SS.

ENRIQUE JAVIER MENDOZA RAMIREZ

VICENTE RODOLFO WALDE JAUREGUI

EVANGELINA HUAMANI LLAMAS

CARMEN YLEANA MARTINEZ MARAVI

CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA

COLUMBA MARIA DEL SOCORRO

MELANIA DEL CARPIO RODRIGUEZ

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

FIDENCIO FRANCISCO CUNYA CELI

CARLOS ALBERTO CALDERON PUERTAS

JOSE DE LA BARRA BARRERA

SAVIN CAMPAÑA CORDOVA
RELATOR
Relator
Sala Civil Permanente de la Corte Suprema

SE PUBLICO CONFORME A LEY

D. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

18 DIC 2015

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
VII PLENO CASATORIO CIVIL

VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA MAGISTRADA CARMEN YLEANA MARTÍNEZ MARAVÍ

La suscrita comparte los fundamentos y la decisión a que se arriba en la ponencia que antecede; sin embargo, considera necesario realizar algunas precisiones sobre las razones por las que en el conflicto entre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito con posterioridad, ha de prevalecer la primera:

1. Que el conflicto en los procesos de tercería de propiedad, se da cuando un acreedor traba un embargo judicial sobre un bien inmueble que en el registro aparece todavía a nombre de su deudor, pero que extra-registralmente ya fue transferido a un tercero, aunque éste no ha inscrito su derecho en los Registros Públicos. En tal sentido, nos encontramos ante dos posiciones contrapuestas: por un lado, la del acreedor que desea ejecutar el bien, aun cuando la propiedad ya se ha transmitido y él desconoce dicha circunstancia; y por el otro, la del propietario que no inscribió, pero cuenta con un título en documento fehaciente de fecha anterior, por lo que, se niega a perder su derecho a consecuencia de una deuda ajena.

2. Ambos derechos subjetivos, y los intereses que a ellos subyacen, son igualmente dignos de tutela jurídica, empero, al tratarse de derechos excluyentes terminan enfrentándose los intereses. El propietario quiere mantener el bien que ya adquirió, mientras que el acreedor quiere cobrar de cualquier forma, incluso si el bien no es del deudor. En tal sentido, al tratarse de derechos incompatibles o excluyentes - dado que no puede procurarse la satisfacción de uno sin impedir, al mismo tiempo, la satisfacción del otro - que concurren sobre un mismo bien inmueble inscrito, resulta necesario determinar qué derecho subjetivo prevalecerá frente al otro y cuáles serían las razones para afirmar tal preferencia.

3. Como se ha señalado en la Ponencia, la norma jurídica que resulta aplicable para resolver el referido conflicto es la contenida en el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil, según el cual: "Si *[el conflicto] se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*". La disposición de la citada norma resulta evidente si tenemos en cuenta que el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito (entendido este como un mecanismo de

tutela cautelar del derecho de crédito) son derechos de diferente contenido - aunque nuestro legislador prefirió referirse a derechos de diferente naturaleza -, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas: El derecho de propiedad, en tanto derecho real, presenta como contenido la facultad de goce o aprovechamiento del bien y la facultad de realización directa del interés del titular; mientras que el derecho de crédito presenta como contenido la facultad de pretender una cooperación ajena[1]. Por lo tanto, corresponde encontrar el significado del segundo párrafo del Código Civil, es decir, si de acuerdo al mandato contenido en dicha normativa ha de prevalecer el derecho de propiedad no inscrito o el embargo inscrito posteriormente.

4. El texto íntegro del artículo 2022° del Código Civil es como sigue:

   "Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.
   Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

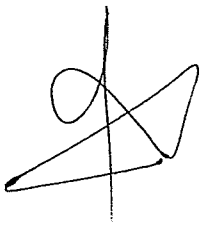
   De lo que se advierte que, en el segundo párrafo de la citada norma, se establece el criterio de solución para el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, no obstante, lejos de señalar con claridad cuál de estos derechos en conflicto deberían prevalecer (como en el primer párrafo), se hace una remisión a "las disposiciones del derecho común", por lo que, toca determinar si tales disposiciones consagran como criterio de solución la inscripción registral (criterio adoptado en el primer párrafo) o un criterio distinto.

5. Al respecto, debemos señalar que antes del Código Civil de 1984, la norma que buscaba solucionar el conflicto entre derechos subjetivos que recaían sobre un mismo bien inmueble inscrito, era el artículo 1050° del Código Civil de 1936 que a la letra decía: *"Para oponer los derechos sobre inmuebles a quienes tienen también derechos sobre los mismos, se precisa que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone".* Nótese que no se hacía ninguna distinción entre los derechos en conflicto, esto es, el conflicto entre derechos reales y el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza, toda vez que, el criterio de solución era el mismo: la inscripción registral, es decir, prevalecía el primero que se inscribía en los Registros Públicos.

---

[1] Ronquillo Pascual, Jimmy. Tercería de Propiedad contra embargo e hipoteca. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 60 y 61.

Sin embargo, el legislador de 1984, al redactar el artículo 2022° del Código Civil, optó por distinguir los supuestos en conflicto: Por un lado, el conflicto entre derechos reales en donde el criterio de solución es - y continúa siendo - la inscripción registral (conflicto regulado en el primer párrafo); y, por el otro lado, el conflicto entre derechos de distinto contenido o naturaleza en donde el criterio de solución se encuentra en "las disposiciones del derecho común". Esto ya nos evidencia que "las disposiciones del derecho común" tienen que consagrar un criterio de solución distinto al de la inscripción registral, pues, si el legislador hubiese querido que el criterio de solución sea el mismo - es decir, la inscripción en el registro - tanto para el caso de conflicto entre derechos reales como para el caso de conflicto entre derechos con distinto contenido o naturaleza, no hubiese sido necesaria la distinción de los supuestos en conflicto; asimismo, no hubiese sido necesaria la redacción de dos párrafos; y por último, no hubiese sido necesaria la modificación del artículo 1050° del Código Civil de 1936, pues esta norma ya consagraba como único criterio de solución - sin importar la clase de conflicto - a la inscripción registral.



6. Un sector de la doctrina ha intentado replicar esta interpretación señalando que: *"el artículo 2022 del CC no es el único caso en el que dentro de una específica norma se ha dado una misma solución para dos supuestos distintos, basta ver, por ejemplo, el artículo 911 del CC, en donde dos supuestos distintos: posesión sin título y posesión con título fenecido, tienen una misma solución: serán posesiones precarias. Lo mismo puede decirse del artículo 161 del CC, en donde supuestos distintos: exceso de representación y defectos de representación, tendrán una misma solución: la ineficacia del negocio jurídico"*[2], y, en el mismo sentido que: *"(...) no existe ningún inconveniente para que una norma jurídica asigne a diferentes supuestos de hecho una misma consecuencia jurídica. (...) Piénsese en el caso del artículo 161° del Código Civil: tres supuestos diferentes del indebido actuar del representante (ausencia, exceso y abuso del poder de representación), tienen la misma consecuencia jurídica: la ineficacia del acto o negocio jurídico. Ahora piénsese en el caso del artículo 219 del Código Civil, ocho supuestos diferentes tienen la misma consecuencia jurídica: la nulidad del acto o negocio jurídico. Recuérdese ahora el artículo 333 del Código Civil, que contempla numerosos supuestos diferentes, que tienen una misma consecuencia jurídica: provocar la separación de cuerpos o el divorcio. (...) Entonces, que el segundo párrafo del artículo 2022 termine privilegiando una solución registral no implica defecto alguno. Se trata simplemente de diferentes supuestos de conflictos de derechos con una misma consecuencia jurídica: la primacía del registro (...)"*[3]; sin embargo, no parece que tal argumento pueda compartirse, puesto que, los artículos 911°, 161°, 219° y 333° del Código Civil - como

---

[2] Ídem, p. 219.

[3] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo inscrito y tercería de propiedad. Su oponibilidad en la jurisprudencia, Gaceta Jurídica, primera edición, 2013, pp. 147y 148.

bien se ha señalado[4] - contienen hipótesis autónomas, no contrarias entre sí, que llevan a la misma consecuencia jurídica, por el contrario, el artículo 2022° del acotado Código contiene hipótesis autónomas, contrarias entre sí, toda vez que, en su segundo párrafo se consagra una oración adversativa, vale decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal[5], por lo que, la referida oración adversativa vendría a ser la afirmación de que el conflicto entre derechos de diferente naturaleza o contenido se resuelve sin tener en cuenta el Registro (segundo párrafo del artículo 2022° del CC), apartándose como se aprecia de lo señalado en la afirmación principal, en la cual se consagra al Registro como criterio de preferencia (primer párrafo del artículo 2022° del CC).

7. Además, el criterio de solución no es la inscripción registral lo que se ve ratificado, si nos atenemos a lo que antiguamente se entendía por *ius comune* que era un Derecho residual que se aplicaba a todas las relaciones, salvo las derogaciones constituidas por un Derecho especial o particular[6], siendo que, en el presente caso, ese Derecho especial o, más específicamente, esas reglas especiales, vendrían a ser las reglas registrales que, evidentemente, priorizan la inscripción, y que quedarían de lado para dar lugar a la aplicación del Derecho residual conformada por reglas generales. Lo afirmado es compatible con lo señalado por un sector de la doctrina cuando indica que: *"(...) Respecto al concepto de 'derecho común', este alude efectivamente al Derecho Civil, pero no a todo él, sino a la parte general de personas, cosas y obligaciones – materia clásica desde el Derecho Romano -, pero con exclusión de las disposiciones o parcelas especiales de la regulación jurídica-privada. Así, por ejemplo, las normas privadas del derecho mercantil, agrario, minero, urbanístico, de propiedad industrial e intelectual, notarial, son en términos generales parte del 'Derecho Civil', pero jamás se considerarían 'derecho común', pues se reputan como especialidades dentro del tronco unitario. El contrato de riesgo compartido, regulado en la legislación minera por ejemplo, está comprendido, sin duda, en el ámbito general del Derecho Civil, pero no en el derecho común. (...) En conclusión, la referencia del artículo 2022°, segundo párrafo, a las normas del derecho común se entienden claramente circunscritas al denominado 'Derecho Civil puro' o 'Derecho Civil general', en la que no juegan las especialidades propias del registro, el cual se considera una especialidad dentro del Derecho Civil"*[7]. De lo expuesto, se advierte que el Derecho Registral y las normas y los principios que lo contiene - regulado en gran parte en el Libro IX del

---

[4] Gonzales Barrón, Gunther. La falsificación: nuevo modo de adquirir la propiedad. Crítica a los tribunales que amparan al tercero que nace del fraude inmobiliario, Gaceta Jurídica, 2015, p. 221.

[5] Gonzales Barrón, Gunther. "¡Lo mío es tuyo! Crítica a la 'doctrina', ilegal e inmoral, por la cual las deudas de unos se pagan con los bienes de otros". En: Actualidad Jurídica, N° 192, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre, 2009, p. 92.

[6] Tarello, Giovanni. Cultura Jurídica y Política del Derecho, primera edición al español, Fondo de Cultura de México, México, 1995, p. 57.

[7] Gonzales Barrón, Gunther. "¡Lo mío es tuyo! ...", op. cit., p. 94.

Código Civil – no corresponden al llamado "derecho común", puesto que, los efectos jurídicos de la inscripción constituyen una excepción o modificación de los principios generales del Derecho Civil puro.

8. Descartada la inscripción registral como criterio de solución para el conflicto entre el derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito con posterioridad, corresponde determinar, entonces, cuál es el criterio de solución que se desprende de las disposiciones del derecho común. Nótese que la expresión "disposiciones" contenida en el segundo párrafo del 2022° del Código Civil se expresa en plural, por lo que, debe existir más de una norma que nos permita encontrar dicho criterio.

9. En nuestra opinión, tales normas del Derecho sustantivo son los artículos 949° y 1219° inciso 1 del Código Civil. Así, el artículo 949° del Código Civil establece que: *"La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario"*; de donde se tiene que nuestro sistema de transferencia de propiedad inmueble es uno consensual, es decir, uno en donde la transferencia de la propiedad inmueble opera por el solo consenso legítimamente manifestado[8], de manera que el derecho de propiedad sobre un inmueble surge a favor del adquirente aun cuando éste no haya inscrito su adquisición, por lo que, el comprador que ya se hizo titular del dominio – aun cuando sea sobre la base de un título no inscrito – puede oponerse a un embargante que pretende afectar un bien de tercero, y no de su deudor.

10. Siendo así, es imperativo invocar una segunda norma que nos permita resolver el conflicto en cuestión, y dicha norma es aquélla que aparece contenida en el inciso 1 del artículo 1219° del Código Civil, según el cual: *"Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1. Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado"*; de donde se desprende que a efectos de satisfacer su acreencia el acreedor solo puede emplear determinadas medidas legales (entre las cuales se encuentran las medidas cautelares) sobre el patrimonio del deudor, puesto que, es el deudor (y no otro) quien (con su patrimonio) debe procurar satisfacer la acreencia de su

[8] La doctrina nacional ha dejado plenamente clara esta cuestión: Forno Flórez, Hugo. *"El contrato con efectos reales"*, En: Ius Et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 7, Lima, 1993, pp. 83 y SS.; Fernández Cruz, Gastón, *"La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú"*, En: Themis, Revista de los estudiantes de la facultad de derecho de la PUCP, N° 30, Lima, 1994, pp. 149 y SS.; Escobar Rozas, Freddy. *"El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el código civil peruano"*, En: Ius et veritas, Revista de los estudiantes de la facultad de Derecho de la PUCP, N° 25, Lima, 2002, pp. 46 y SS.

acreedor, en otras palabras, el acreedor solo puede embargar bienes que son de propiedad de su deudor[9].

11. De lo expuesto, se evidencia que las "disposiciones del derecho común" a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil son las normas del artículo 949° y el artículo 1219° inciso 1 del Código Civil, que consagran, la primera, que un adquirente se hace de la propiedad con el solo consenso y, la segunda, que un acreedor no puede afectar bienes que no son de su deudor.

12. Por otro lado, las normas del derecho sustantivo deben interpretarse también de manera sistemática con las normas del derecho procesal o adjetivo[10], y en lo que respecta al proceso de tercería de dominio, el artículo 642° del Código Procesal Civil, señala que: *"Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado"*. De lo que se advierte que a nivel del derecho procesal civil el argumento de que solamente pueden afectarse los bienes del deudor y no de un tercero extraño a la relación jurídica obligatoria se refuerza, por lo que, no cabe embargos sobre bienes que no pertenezcan al deudor u obligado, siendo ello una consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial[11], que implica que solo el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; máxime si como bien se ha señalado en doctrina: *"la oposición de terceros en la ejecución (como gusta llamarla Montero Aroca) o tercería de 'propiedad' (como la llama hoy nuestro CPC) tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo: solo los bienes del deudor (o de terceros 'responsables') podrán servir de bienes-instrumentos para*

---

[9] Esto ha sido también señalado en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, publicada en el Diario Oficial *"El Peruano"* Lima, 19 de julio de 1987, p. 24: "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 éste 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**". (el resaltado es nuestro).

[10] Pozo Sánchez, Julio Eduardo. "VII Pleno Casatorio Civil. Un análisis diferente desde la óptica del proceso de tercería excluyente de propiedad". En: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 26, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2015, p. 73.

[11] Si bien nuestro Código Civil, no ha regulado expresamente el principio de responsabilidad patrimonial, ello no implica que no se encuentre recogido de manera implícita en nuestro ordenamiento jurídico, tal como se advierte de la regulación de la acción pauliana recogido en el artículo 195° del Código Civil. En consecuencia, los bienes que salen del patrimonio del deudor, después de asumida la obligación pueden estar sujetos a determinados actos conservativos (embargo cautelar, acción pauliana, acción subrogatoria), así como a su posterior ejecución forzada. Lo señalado ya fue advertido con anterioridad por: León Hilario, Leysser. La Responsabilidad Extracontractual. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 74.

la satisfacción del interés del acreedor, mas no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria"[12].

13. En este orden de ideas, es de señalar que de una lectura integral de las normas procesales referentes a la tercería de dominio, como son los artículos 533° y 535° del Código Procesal Civil, se establece que un propietario puede lograr desafectar un embargo con la sola presentación de un documento de fecha cierta que sea anterior a la traba del referido embargo, por lo que, no se requiere que el título de propiedad se encuentre registrado, bastando solo que el propietario no inscrito pruebe su derecho con documento fehaciente para que pueda desvincular su bien de la posible ejecución.

14. Ahora bien, una posición contraria a lo señalado, esto es, de adoptar como criterio de solución del referido conflicto a la inscripción en los Registros Públicos implicaría que la tercería de propiedad pierda funcionalidad y que solo sirva para ventilar conflictos sobre bienes muebles, puesto que, las tercerías sobre bienes inmuebles serían declaradas improcedentes liminarmente, ya que, no habría manera de que el propietario no inscrito pueda vencer al embargante inscrito, a pesar de que el primero muestre algún documento fehaciente de fecha cierta de que ha adquirido la propiedad del bien inmueble materia de litis antes de la traba del embargo.

Es de señalar que esta posición contraria no se condice con los artículos 533° al 536° del Código Procesal Civil que regulan la procedencia del proceso de tercería para levantar embargos sobre "bienes", no discriminando si deben ser muebles o inmuebles[13], por lo que, no se puede distinguir donde la ley no distingue, máxime si no hay razones objetivas para ello.

15. Además, la tercería de propiedad es un mecanismo de tutela contra los embargos indebidos, esto es, aquellos embargos que han sido trabados sobre inmuebles cuya titularidad no es del deudor (como debería corresponder), sino de un tercero extraño a la relación jurídica que subyace entre el acreedor y el deudor, ello

---

[12] Ariano Deho, Eugenia. Embargo, Tercerías y remate judicial en la jurisprudencia civil, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 25.

[13] Gonzales Barrón, Gunther. "La falsificación ...", op. cit., p.252.

se advierte del mismo tenor del artículo 624° del Código Procesal Civil, el cual señala que: "*Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el juez ordenará su desafectación inmediata, incluso, si la medida no se hubiera formalizado*".

16. A lo anterior debe agregarse además, que la posición que adopta por preferir al propietario no inscrito que cuenta con documentación fehaciente de fecha cierta que acredite que su adquisición es anterior a la traba del embargo, no solo es una posición que se ajusta a la legalidad, esto es, que es concordante con nuestra normativa tanto civil como procesal civil; sino también, que guarda una adecuada coherencia con su respectivo mecanismo de sanción y desincentivo como, por ejemplo, ante los supuestos de connivencia entre el tercerista y el demandado deudor, no solo se sancionará con una multa solidaria no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal (URP), más el resarcimiento de daños y perjuicios, y costos y costas que deriven del proceso, sino que además el Juez remitirá al Ministerio Público las copias certificadas de los actuados pertinentes a efectos de que se ejerza la acción penal correspondiente, de conformidad con el artículo 538° del Código Procesal Civil. Asimismo, debe puntualizarse que el acreedor mantiene incólume sus remedios o mecanismos de tutela contra su deudor como es la acción pauliana o la acción de simulación, entre otros, por lo que, no se ajusta a la verdad cuando se sostiene que la preferencia por la propiedad no inscrita desprotegería al acreedor embargante.

17. Son estas las razones por las que se considera que en el conflicto entre derecho de propiedad no inscrito y el embargo inscrito posteriormente, ha de prevalecer el primero.

18. Que, sin perjuicio, de lo expuesto considero también oportuno mencionar que debe tenerse en cuenta que los planteamientos doctrinales en temas como el presente pueden cambiar en el tiempo, así que soy consciente que se pueden formular nuevas reflexiones con respecto a este planteamiento de la oponibilidad de los derechos en

cuestión, por lo que, ninguna cuestión importante en Derecho deja de generar problemáticas[14].

19. Con tales precisiones suscribo el presente voto.

Carmen Yleana Martínez Maraví

MM/ac

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

04 DIC 2015

[14] Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia, traducción de Claudia Ferrari, segunda educción, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 21: "Cuanto más aprendemos sobre el Derecho, más nos convencemos de que nada importante sobre él es del todo indiscutible".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

VII PLENO CASATORIO CIVIL

VOTO SINGULAR DEL SEÑOR CARLOS ALBERTO CALDERÓN PUERTAS

Aunque coincido con el voto de los señores magistrados debo hacer las siguientes precisiones:

1. He sostenido la prevalencia del embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita[1]. Tal tesis ha sido descartada en el Pleno Casatorio Civil desde una visión que considera que la expresión "derecho común", utilizada en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, prescinde del registro público como medio de solución del conflicto de derechos.

2. Estimo que el referido dispositivo permite una lectura distinta a aquella de considerar que la expresión: "*Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*", solo puede aludir a la clasificación de derechos reales y obligacionales, y a una supuesta prioridad del primero. No desconozco la importancia de esa sistematización ni tampoco la diferencia entre ambos derechos. Bastaría solo tener en cuenta el notable texto de Giuseppe Grosso para recordarlo[2]. Lo que he expresado y expreso es que para interpretar la última parte del artículo 2022 del código civil es posible no tenerla en cuenta. Es verdad que se ha señalado que ello no es posible por la voluntad expresa del legislador. Pero ¿cuál es dicha voluntad?, ¿la de todos los legisladores en su conjunto?, ¿la de los que votaron por la promulgación de la norma?, ¿la de algún legislador en especial?, ¿acaso –como se ha dicho- la fijada en la Exposición de Motivos? ¿Es la Exposición de Motivos fuente única, inatacable que debe provocar el letargo interpretativo?

3. Asimismo, opino que el término "disposiciones del derecho común" nos conduce de manera inevitable a utilizar la vía registral.

---

[1] Casación 5135-2009-Callao.

[2] Grosso, Giuseppe. Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá 2011, pp. 22-24.

4. Dos criterios sirven de base al razonamiento que propongo. En principio, la existencia de un lenguaje polisémico que evita interpretaciones oficiales y explicaciones definitivas del texto jurídico, y que más bien genera multiplicidad de significados. Interpretar –en los términos de Riccardo Guastini[3], pero no solo de él- antes que descubrir un significado existente es asignar un sentido al enunciado normativo: el más apropiado, el que dote a la disposición de mayor eficacia, el que se sujete a un juicio de razonabilidad. El mismo Guastini ha indicado que no cabe confundir enunciado (disposición) con norma (atribución de significado del texto de la fuente), pues: "En Derecho, la interpretación es reformulación de los textos normativos de las fuentes[4]".

5. El segundo criterio tiene como razón de ser el firme convencimiento que las sentencias judiciales cumplen una función que excede el de los problema surgidos entre los litigantes. Las resoluciones judiciales también se proyectan a la comunidad para perseguir un efecto social[5]. Una sentencia responde a un debate concreto que debe resolver, pero también confirma, fortalece, modifica un programa económico y social al precisar las reglas que el legislador ha establecido para regular las relaciones de los individuos entre sí, y de estos con las entidades corporativas. Que la sentencia cumpla esas funciones se hace más evidente cuando el fallo es emitido por la Corte Suprema, pues entonces la entidad que se encuentra en la cúspide (vértice le dice Michele Taruffo) del aparato judicial, lo que quiere es uniformizar la jurisprudencia y ejercer su función nomofiláctica. En el primer caso, para evitar la anarquía jurídica que atente contra la unidad del derecho nacional, de suerte que se respete el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica[6]. En el segundo supuesto, para lograr el "exacto significado de la ley", en un determinado tiempo y lugar (lo que de paso descarta cualquier parálisis interpretativa).

---

[3] Guastini, Riccardo. Disposición vs. Norma. Palestra Editores, Lima 2011, p. 129 y ss.

[4] Ob. cit., p. 137.

[5] "(...) salta a la vista que p. ej. cuando se promulga una ley, el legislador persigue lograr algún efecto social; e independientemente de lo que haya pasado por la cabeza del legislador, el texto mismo lleva ínsito el diseño de los fines que deben conseguirse". Juan Igartua Salaverría. El razonamiento en las resoluciones judiciales. Palestra Editores, Lima 2009, p. 41.

[6] Lo que se quiere es establecer "una línea unitaria de aplicación legal para conseguir un cierto grado de previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales de las controversias". Guzmán Flujá, Vicente C. El Recurso de Casación Civil (control de hecho y de derecho). Tirant lo blanch, Valencia 1996, p. 26

6. El artículo 2022 del código civil dice lo siguiente:

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

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común".

El debate se centra en la segunda parte del dispositivo.

Así se ha señalado que, como el primer párrafo del artículo soluciona el problema desde la óptica registral, al no decirse lo mismo en el segundo párrafo del texto debe desecharse tal respuesta y buscarse una que atienda a la distinción entre derecho real y derecho obligacional, conforme lo ha entendido diversa jurisprudencia, fundamentalmente reiterando la distinción entre los derechos nacidos de una obligación y de carácter relativo (*inter partes*), pues sólo vinculan al acreedor con el deudor, y aquéllos posibles de oponerse a todos (*erga omnes*), de lo que seguiría su supuesta prioridad[7].

7. Discrepo de dicha interpretación, tanto porque la referida calidad *erga omnes* se refiere a un supuesto abstracto, como porque no hay ni legislativa ni conceptualmente razón alguna que permita sostener que uno de los derechos mencionados es superior al otro por su mayor grado de cuidado, no pudiéndose confundir el derecho subjetivo (real o de crédito) con la imposición de deberes a cargo de otros[8]. Esto es, que la protección sea

---

[7] Así parece desprenderse de lo expuesto por Lucrecia Maisch von Humboldt en Los Derechos Reales. Lima, 1984, pp. 11 a 13 y Gustavo Palacios Pimentel. Las Obligaciones en el Derecho Civil Peruano. Lima, 1980, pp. 26 a 27. Más directo es Jack Bigio Chrem: "Pero si se tratara de un enfrentamiento entre un derecho personal y uno real, y a esto alude la segunda parte del artículo (se refiere al 2022 del código civil), 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. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Lima, 1998, p. 224.

[8] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 131. Flaminio Vigo Saldaña ha indicado la caducidad de dicha distinción porque "si se considera que todos los derechos subjetivos no constituyen nada más que medios de realización o satisfacción de intereses, no parece factible admitir que la relevancia de algunos esté limitada por el ámbito de la concreta relación jurídica en la que se desenvuelve". La posición de la jurisprudencia nacional acerca de la prevalencia del derecho personal inscrito sobre el derecho real no inscrito: especial consideración de la seguridad jurídica y la fe pública registral. En: Revista Oficial del Poder Judicial- Año 3, No. 5 / 2009, p. 65. Asimismo, Francisco Avendaño Arana, ha señalado: "El segundo párrafo del artículo 2022 del CC no recoge

general o relativa no origina una preferencia del derecho, más aún si el carácter relativo del derecho de crédito no significa que un tercero pueda lesionarlo y que no haya forma de tutela del afectado[9]. Hay, además, otro punto que me lleva a rechazar el referido planteamiento: no veo ninguna razón por la que se deba concluir que porque no se alude a la inscripción registral en la segunda parte del artículo 2022 del código civil, no pueda, después, utilizarse ésta.

8. En cambio, sostengo que debe asignársele un significado distinto a la expresión "*disposiciones del derecho común*". Afirmo que cuando el enunciado normativo utiliza dicho texto quiere decir que deben aplicarse las disposiciones que el código civil (derecho común) utiliza para resolver casos similares, no refiriéndose en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito[10].

9. En esa perspectiva, se observa que el ordenamiento civil tiene casos similares de conflictos entres derechos. Así, en el artículo 1708 del Código Civil, el legislador prescribe que el derecho de propiedad por enajenación del bien arrendado cede ante el arrendamiento si este estuviese inscrito. En dicho caso "*el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador*"[11]. Asimismo, un artículo posterior al 2022 del Código Civil, que sirve como respaldo a la tesis de prioridad del derecho real sobre el de crédito, desmiente tal hecho, pues indica que: "*Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad*".

---

el principio según el cual el derecho real prevalece sobre el personal. No hay ninguna norma o principio en el Código Civil en ese sentido". Los Derechos Reales en la Jurisprudencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima 2012, p. 28.

[9] Bustamante Salazar, Luis. La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. En: www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/.../2007-6-Bustamante.pdf.

[10] Ninamancco Córdova, Fort. Embargo Inscrito y Tercería de Propiedad. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, 2013, p. 147.

[11] "La naturaleza jurídica en estos casos es intrascendente. La inscripción y la buena fe son pues los parámetros necesarios para determinar quién vence en la controversia entre situaciones jurídicas de ventaja. En efecto, frente al embargo inscrito de buena fe, la inscripción de la propiedad no es lo único que podría oponerse al embargo, sino también la alegación de la mala del acreedor". Ledesma Narváez, Marianella. Comentarios al código procesal civil. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2008, p. 796.

10. Por consiguiente, la tesis que el derecho real debe primar sobre el derecho de crédito no se sostiene: (i) Desde el artículo 2022 del Código Civil porque se trata de norma de remisión cuyo contenido se fija desde las otras formas de solucionar el conflicto fijadas en el código; (ii) Desde la clásica distinción entre derechos reales y obligaciones porque ella forma parte del presupuesto de la primera parte del segundo párrafo del artículo 2002 del Código Civil, pero no de su consecuencia; y (iii) Desde el propio articulado del Código Civil porque en algunos casos (artículos 1708 y 2023) el derecho de propiedad cede al derecho de crédito. En estos casos, la norma similar es perfectamente compatible de utilizar, pues en ambos supuestos hay: i) conflicto de derechos; y, ii) tal conflicto es uno entre derecho real y derecho de crédito, precisamente lo que es materia de este debate. Si el "derecho común" opta por una solución en casos similares ¿por qué en el supuesto del artículo 2022 debe optar por otra?

11. Tal interpretación, como se observa, encuentra sustento en el propio enunciado normativo, pero además atiende a la mayor eficacia de la norma y a los objetivos funcionales que debe cumplir. ¿Favoreciendo a la tercería de propiedad se logra esa eficacia? Considero que no; por el contrario, por una parte, el mensaje que se ofrece al propietario es que su propiedad puede permanecer en la informalidad; de otro lado, lo que se le dice al ciudadano es que la información que el Estado le brinda en el sistema registral no le sirve de auxilio para la tutela de sus derechos, a pesar que la ley le impone la presunción de conocimiento absoluto y que lo allí expuesto solo debe descartarse en los supuestos de mala fe.

12. Hay que reparar que el legislador quiere otorgar seguridad jurídica y fomentar la circulación de los bienes[12], de manera que los actos jurídicos celebrados no puedan después ser cuestionados y, en su caso, invalidados.

---

[12] Ello se aprecia con claridad en el caso del artículo 1135 del código civil, en la que prefiere –en la concurrencia de acreedores sobre un mismo bien- a quien inscribió primero el inmueble de buena fe, sin importar que la fecha haya sido posterior a una primera transferencia. Se apuesta aquí por la seguridad jurídica y no por la idea de un derecho real oponible *erga* omnes que hace propietario al acreedor por la sola obligación de enajenar (artículo 949 del código civil) .

13. Por consiguiente, cuando se susciten controversias como las aquí presentadas, la solución la debe otorgar los datos que brindan los Registros Públicos; de no ser así se resquebrajaría la propia razón de ser de esta institución, los mandatos judiciales podrían ser enervados fácilmente y se propiciaría el fraude procesal en detrimento de quien quiso cautelar su derecho debidamente. Son, por lo tanto, los principios de publicidad material (mediante el cual se presume que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones), de legitimación (por el cual el contenido de la inscripción se presume cierto) y de prioridad registral (mediante el cual la preferencia de los derechos lo otorga el registro) a los que hay que acudir para remediar estos conflictos.

14. En ese orden de ideas, cuando el embargo se encuentre inscrito, no tiene por qué perjudicarse al diligente que se vale de los principios de publicidad y legitimación registrales para cautelar su acreencia, esto es, la parte que es acuciosa en el cobro de su crédito y se asiste de los datos que le proporcionan los Registros Públicos no puede ser preterida para favorecer al negligente titular de un derecho real que no supo cautelarlo; ni mucho menos pueden desdeñarse las inscripciones registrales que han sido establecidas precisamente para asegurar el tráfico económico, invocando una presunta prioridad de un derecho real que no se encuentra protegido por la publicidad que los registros le otorgan. En suma el derecho real, oculto o clandestino, no puede ser opuesto al legitimado registral aunque su derecho sea uno obligacional. Para utilizar una frase de uno de los amigos de la curia: "La propiedad se reconoce cuando se conoce[13]".

15. Lo expuesto en nada contradice que la transferencia de inmuebles opera bajo la simple consensualidad, conforme lo señala el artículo 949 del Código Civil, haciéndose la precisión que dicha norma regula una manera de transmitir la propiedad y no resulta útil para resolver los conflictos que pudieran suscitarse cuando se opone un embargo al referido derecho real. Tampoco supone rechazo del derecho de propiedad; por el contrario: la propiedad se

[13] Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. Informe oral. Vista de causa para el Pleno Casatorio.

fortalece cuando se formaliza, cuando se le otorga los cuidados necesarios para que no se vea afectada, cuando se la incorpora al mundo de las relaciones económicas. Una interpretación como la expuesta permitiría que las sentencias judiciales vayan moldeando un mundo económico que favorezca a todos, que estimule a la ciudadanía a la inscripción registral y que proteja debidamente a quien tiene el título de propietario evitando no solo litigios como el aquí debatido, sino también los derivados del mejor derecho de propiedad, reivindicaciones, nulidad de acto jurídico y otros.

16. Hay, sin duda, un activismo judicial en mi propuesta. Empero, la amenaza de un exceso judicial se ataja desde una interpretación posible del enunciado normativo; razonamiento que además parte desde la restricción literal de lo consignado en el artículo 2022 del código civil[14]. Para utilizar una figura retórica de Pasco Arauco[15], estoy en contra de la "dictadura del crédito" pero también de la "prepotencia de la propiedad"; no creo tampoco en la santidad del dato registral, pues este siempre puede ser derrotado acreditándose la mala fe y así debe continuar. Pero es la buena fe la que se presume, tanto más que el embargo deriva de una decisión judicial y se impone para cautelar la ejecución respectiva; en buena cuenta, dicho mandato es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que supone se otorgue una respuesta debida para satisfacer las pretensiones de quien cauteló su derecho.

17. A pesar de las expresiones que he señalado, considero que debo suscribir el presente voto, pues las decisiones de un Tribunal y la de un Pleno deben atender a ideas de consenso. Es evidente que la tesis que planteo no es la que aceptan mis colegas, pero también queda claro -de las fundamentaciones que respaldan la decisión- que se ha advertido las limitaciones de una doctrina y de una práctica a favor de la propiedad.

---

[14] Siguiendo las reglas que Umberto Eco ha señalado en "Los límites de la interpretación". Editorial Lumen, Barcelona 1992, p. 14.

[15] Pasco Arauco, Alan. VII Pleno Casatorio: Entre la dictadura del crédito y la prepotencia de la propiedad. www.ius360.com. 09 de octubre del 2015.

18. Que el artículo 2022 del código civil genera problemas interpretativos, que la tercería de propiedad ha promovido maniobras fraudulentas, que el estado de la cuestión no es pacífico, que existen resoluciones judiciales que amparan una u otra pretensión ha sido precisado en esta sentencia plenaria[16], que recoge tanto los debates académicos como las resoluciones discordantes y las propias expresiones de los amigos de la curia. Esta polémica hacía indispensable la realización de un Pleno Casatorio en el que pudiera optarse por la solución más saludable posible, lejos de cualquier unilateralismo conceptual o verticalismo doctrinario existente.

19. Convengo, por tanto, con la sentencia emitida por este Pleno Casatorio; hago mío los fundamentos por las que se recusa las unilaterales tesis a favor de la tercería de propiedad y aprecio que, un paso adelante, la sentencia recomiende actuar prueba que excluya la posibilidad de fraude y, otro paso más, señale que "futuros trabajos de reforma legislativa" deberán tener en cuenta que otras normas del código civil responden a este tipo de conflictos a favor del título inscrito[17].

20. Por ello, en consonancia con lo prescrito en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me aparto del criterio que expresé en la Casación 5135-2009-Callao y suscribo el presente voto.

S.

CALDERÓN PUERTAS

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

04 DIC 2015

[16] Sobre los problemas interpretativos y maniobras fraudulentas ver el capítulo II del fallo. Sobre el diferente contenido de las resoluciones judiciales, consultar: Casaciones 3262-2001-Lima, 2472-2001-Lima, 1253-2002-Ica, 3149-2002-Arequipa, 2103-2006-Lima, 909-2008-Arequipa, 3687-2009-Cusco, 5232-2009-Lambayeque, 720-2011-Lima. Hay, también, casaciones que otorgan esa preferencia al embargo registral, tales como las recaídas en los expedientes 2807-1999-Callao, 1417-2000-Lambayeque, 2429-2000-Lima, 403-2001-Piura, 2683-2001-Lima, 333-2003-Lambayeque y 4448-2010-Arequipa. Sobre las posiciones encontradas dieron cuenta los propios informes de los *amicus curiae* (Fort Ninamancco Córdova y Lohmann Luca Tena a favor del embargo; Monroy Gálvez en tesis ecléctica y Gutiérrez Camacho, Bigio Chrem y Avendaño Flores a favor de la tercería. Esas discusiones se han extendido al campo académico: Pozo Sánchez, Lama More y Gonzales Barrón son partidarios de la tercería de propiedad; Ronquillo Pascual, Pasco Arauco están a favor del embargo; Mejorada Chauca, en cambio, aunque considera que debería primar el embargo estima que la interpretación adecuada del artículo 2022 del código civil no lo permite.

[17] Fundamento VI.4 último párrafo.