

## VII Pleno Casatorio: ¿embargo vs. tercería?

### Enfoque desde la teoría de la oponibilidad



Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ\*

*El autor propone como mejor solución al conflicto del embargo y la tercería que se aplique la oponibilidad de los derechos, ya que esto permitiría acreditar a través de los Registros Públicos o de otros mecanismos idóneos (como la comunicación expresa al acreedor ejecutante, y algunas veces la posesión de hecho) al verdadero propietario del bien. Considera, por lo mismo, que no podría embargarse bienes inmuebles inscritos que se sabe que no son del deudor. Además, señala que el juez de ejecución tiene cognición solo para definir la “embargabilidad” o “desafectación” de los bienes, por lo que no le corresponde atribuir o negar la condición de propietario en tanto no es proceso plenario.*

Tema relevante

#### MARCO NORMATIVO

- **Constitución:** arts. 2 incs. 16 y 24.e, 70 y 109.
- **Código Civil:** arts. VIII TP, 6, 194, 197, 198, 319, 908, 912, 923, 948, 949, 1125, 1135, 1136, 1215, 1225, 1268, 1286, 1351, 1363, 1372, 1373, 1539, 1542, 1584, 1591, 1640, 1670, 1708 incs. 1 y 2, 2012- 2014 y 2022.
- **Código Procesal Civil:** arts. 123, 400, 533, 611 inc. 1, 624, 637 y 690-D.
- **Código del Comercio:** arts. 2 y 50.
- **Ley General del Sistema Financiero, Ley N° 26702 (9/12/1996):** arts. 4, 276 inc. 1 y 349 inc. 6.

#### I. Justificación del estudio

Un problema recurrente en nuestro sistema jurídico es el enfrentamiento entre los embargos y las tercerías. Ocurre que, de un

lado, se embarga un bien que figura inscrito a nombre del deudor demandado y, de otro lado, alguien que afirma ser el propietario pero que no inscribió su acto de adquisición, plantea una tercería de propiedad para liberar al bien de aquel embargo.

Las decisiones de la Corte Suprema no han sido uniformes, algunas veces han favorecido al embargante y otras al tercerista. Debido a ello, en aplicación del artículo 400 del Código Procesal Civil (“CPC”), se convocó a un Pleno de las Salas Civiles de la Corte Suprema para que debatan una causa específica en donde se ventila dicho problema legal. El propósito final es dictar un “precedente” que establezca una solución que sea uniformemente aplicada por los órganos jurisdiccionales de la República.

\* Profesor de la Academia de la Magistratura. Consejero de Miranda & Amado Abogados.

## Comentario relevante del autor



**El choque entre el derecho de propiedad y el derecho de crédito respecto de un mismo bien, puede ser resuelto usando la teoría de la oponibilidad de los derechos, que hace depender la eficacia de estos en su publicidad y conocimiento por los terceros. Su aplicación no solo tiene sustento en nuestro sistema normativo, sino que es más coherente con la realidad y con criterios de justicia.**

Así, el 17 de julio de 2015, se realizó el VII Pleno Casatorio donde se convocó a las partes de la causa tramitada bajo el Expediente Nº 3671-2014, sobre tercería de propiedad contra embargo.

Además, de los abogados defensores, fueron invitados los especialistas Jack Bigio, Guillermo Lohmann, Walter Gutiérrez, Juan Monroy, Juan Luis Avendaño y Fort Ninamancco, como *Amicus Curie*, para que expongan sus propuestas de solución al problema legal suscitado<sup>1</sup>. Aunque llamó la atención que entre los convocados no estuviera el doctor Gonzales Barrón, un académico bastante prolífico en el análisis de dicha materia<sup>2</sup>.

En las siguientes líneas abordaremos el problema legal descrito y justificaremos por qué la aplicación de la teoría de la oponibilidad de los derechos puede brindarnos una mejor solución y cómo es que debería ser implementada en nuestro sistema.

## II. Presentación de los problemas y de la hipótesis

### 1. Las normas en cuestión

El problema legal donde se enfrenta la propiedad no inscrita y el crédito garantizado con un embargo inscrito surge de la regulación prevista en los siguientes dispositivos legales del Código Civil (“CC”):

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

**Artículo 1373.-** El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

**Artículo 2014.-** 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, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

**Artículo 2022.-** Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre estos, 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.

1 Cfr. RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. “Crónica del Séptimo Pleno Casatorio Civil. En Debate propiedad no registrada y el embargo inscrito”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Nº 561, del 4 de agosto de 2015, pp. 2-3.

2 GONZALES BARRÓN, Gunther. *Embargo, tercería de propiedad y remate judicial de inmuebles*. Jurista editores, Lima, 2014.

Los artículos 949 y 1373 del Código Civil consagran el “consenso traslativo de dominio”, según el cual basta con el acuerdo de voluntades de un contrato para que las partes puedan transferir la propiedad inmueble. De modo que no es necesaria la inscripción en los Registros Públicos para que la transferencia sea efectiva: el registro no constituye derechos, solo publicita los actos que los generan.

Por su parte, los artículos 2014 y 2022 del Código Civil estipulan que el tercero que adquiere un derecho de quien figura como titular en el Registro, mantendrá tal derecho. Lo que significa que si un bien fue transferido pero ese acto no fue inscrito, el tercero que obtuvo un derecho del titular registral lo mantendrá, debido a su buena fe al confiar en el Registro.

Surgen las dudas entonces:

¿Si adquiero una propiedad inmueble (arts. 949 y 1373 del CC) y no la inscribo, el anterior propietario –que sigue figurando en el registro– puede transferir o gravar el bien a un tercero (arts. 2014 y 2022 del CC)? ¿Si la adquisición de la propiedad *solo consensu* es válida, por qué un tercero podría utilizar el registro para quitármela?

¿El propietario es un ingenuo, pero bondadoso hombre, que confía en que si el sistema ya le instituyó con un derecho, este no le puede ser quitado por malhadados hombres? O ¿el tercero es el hombre que actúa con una confianza casi celestial en lo que digan los Registros Públicos, de modo que debe ser protegido contra las fuerzas ocultas de los propietarios no registrados?

Para resolver este embrollo normativo, con matices de inmoralidad, es necesario superar

problemas de interpretación (qué efectos genera la transferencia *solo consensu*, cómo se relacionan la buena fe y la publicidad registral, cuáles son las normas de Derecho común, etc.) y de relevancia normativa (qué opciones interpretativas de las normas son las más aceptables)<sup>3</sup>, que nos acerquen a una solución que evite convalidar los abusos de los propietarios y el fraude de los terceros.

Esos problemas de interpretación y relevancia normativa, pueden ser atendidos en dos escenarios posibles: en la demanda de tercería que formula el propietario no inscrito ante el mismo juez de ejecución (art. 533 del CPC) y/o en el proceso de ejecución, cuando el deudor demandado informa al juez que el bien embargado no es suyo (arts. 624 y 637 del CPC). En ambos casos, se enfrentan el derecho del acreedor que exige mantener el embargo para cobrar y el derecho del propietario que exige excluir el bien de aquel gravamen.

## 2. Hipótesis y enfoque

Buscaremos demostrar que el choque entre el derecho de propiedad y el derecho de crédito respecto de un mismo bien, puede ser resuelto usando la teoría de la oponibilidad de los derechos, que hace depender la eficacia de estos de su publicidad y conocimiento por los terceros. Su aplicación no solo tiene sustento en nuestro sistema normativo, sino que es más coherente con la realidad y con criterios de justicia.

Para ello, será necesario abordar ciertos problemas usuales, como la errada y dogmática identificación entre conocimiento de derechos y publicidad registral, olvidando que el ordenamiento reconoce otros mecanismos válidos de publicidad, los alcances de

3 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Traducción del inglés de Waldéa Barcellos. Martins Fontes editor, São Paulo, 2006, pp. 82-93.

la relatividad de los contratos y su incidencia en la distinción entre derechos reales y derechos personales, o, las situaciones jurídicas adicionales que pueden encerrar un derecho subjetivo.

Veremos que no es posible predecir en abstracto si se debe preferir el derecho de crédito (publicitado con un embargo inscrito) o el derecho de propiedad no inscrito. La opción por uno u otro dependerá de la publicidad o no que tuvo uno u otro derecho en cada caso concreto, publicidad que no puede limitarse al ámbito registral.

### III. El derecho común exige una solución según la oponibilidad

El primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil establece que para “oponer” un derecho real sobre un bien enfrentado con otro, debe aplicarse el principio “primero en el registro, primero en el derecho”. A reglón seguido, contiene una redacción que parece inasible, cuando ese mismo problema (el de la “oposición”) ocurra entre derechos de distinta naturaleza, propiedad vs. crédito, por ejemplo, se deberá resolver según las disposiciones del “Derecho común”.

En las alternativas de interpretación textual, una parece más inaceptable que la otra. Podría pensarse que la norma se refiere a las disposiciones del *common law*, tan ajenas a nuestra tradición codificadora; o, podríamos creer que la norma nos envía al *ius commune* de la Baja Edad Media, elaborado por los glosadores y postglosadores del *corpus iuris civilis* y *canonici*. Dada la tradición normativa romana existente aún en muchas de nuestras instituciones civiles, esta última

opción parece la menos mala, pero aún es impensable su aplicación actual.

Explica Grossi que el *ius commune* no puede entenderse como una simple exégesis de normas romanas, sino que debe pensarse más como *interpretatio*, como actividad de integración, corrección, modificación de un texto para justificar una construcción doctrinal. De hecho, señala, el más grande glosador de la época, Bartolo de Sassoferrato, “construía en primer lugar, su arquitectura jurídica sobre hechos, y posteriormente, pedía a su amigo Tigrino los textos justinianos que podía utilizar para apoyarla”<sup>4</sup>. En ese sentido, concluye Grossi que:

“El derecho común poseía una fuerza expansiva arrolladora, porque era un derecho científico. Era un depósito prácticamente inagotable de análisis y soluciones técnico-jurídicas. Y también de esos conceptos y principios, a la vez abstractos y dúctiles, que la compleja realidad socioeconómica de la Baja Edad Media necesitaba urgentemente. Era un derecho con proyección universal en virtud de la sapiencialidad. Al no estar empobrecido con configuraciones locales (...) todo jurista, teórico o práctico, se reconocía en él y hallaba en su interior los instrumentos y las herramientas adecuados para su propio trabajo creativo”<sup>5</sup>.

Desde esta perspectiva, podría entenderse que la frase “derecho común” usada en el artículo 2022 del CC se refiere a los principios generales o comúnmente aceptados del sistema civil. Ciertamente en la Exposición de Motivos de esta norma se usa como sinónimos las frases “Derecho Civil” y “derecho común” aunque como veremos, es mejor no fiarnos de esta última fuente.

4 GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Traducción del italiano de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 225.

5 GROSSI, Paolo. *Europa y el Derecho*. Traducción del italiano de Luigi Giuliani. Crítica, Barcelona, 2007, p. 55.

En todo caso, lo que sí parece aceptable es sostener que el “derecho común” hace referencia a los principios generales que gobiernan nuestra normativa civil. Esta opción, además, es coherente con lo previsto por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que dispone que ante el defecto, deficiencia o ausencia de la ley se apliquen los principios generales del derecho. Es decir, que todo problema no previsto o regulado defectuosamente, debe ser resuelto según los principios generales del derecho.

O, por último, podríamos considerar que la referencia extremadamente genérica al “derecho común” en el artículo 2022 del Código Civil lo convierte en un texto defectuoso, con lo cual acudiríamos nuevamente al citado artículo VIII y, por ende, a los principios generales del derecho como solución<sup>6</sup>.

La primera interpretación que permite identificar al “derecho común” con los principios generales que gobiernan nuestra normativa civil es apoyada por otras normas de nuestro ordenamiento jurídico que utilizan el término “derecho común” en similar sentido. Nos referimos a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, al artículo 116 de la Ley General de Cooperativas y a los artículos 4, 276 inc. 1 y 349, inc. 6 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

Sea como fuere, es razonable concluir que el artículo 2022 del Código Civil nos remite a una solución en donde la oponibilidad de los derechos de distinta naturaleza sea definida según los principios o postulados generales del Derecho y, en especial, del Derecho Civil. A eso nos avocaremos en las siguientes líneas.

### Comentario relevante del autor



**En la literatura suelen darse tres argumentos usuales para sostener que el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el derecho de crédito. Uno es más de corte jurídico y tiene que ver con la más amplia estructura y contenido de un derecho frente al otro; el otro de corte fáctico, se relaciona con la mayor facilidad de que los terceros pueda conocer o detectar la existencia de derechos reales; y el último tiene que ver con la jerarquía constitucional de un derecho sobre el otro de rango meramente legal.**

#### IV. La tendencia a hacer prevalecer la propiedad

Como indicamos, la Exposición de Motivos del Código Civil - Libro de los Registros Públicos, utiliza como sinónimo las frases “normas del CC” y “derecho común”. Por lo que propone una solución vacía: **si quieres solucionar el enfrentamiento entre derechos de distinta naturaleza, busca en el CC.** En cuanto al enfrentamiento entre embargo y propiedad no inscrita, la Exposición de Motivos del artículo 2020 del Código Civil propone como solución que prevalezca este último derecho pues, señala, no puede afectarse un bien de quien es ajeno a la deuda. Se olvida aquí que el mismo artículo 2022 del Código Civil establece que el problema se resuelve en términos de oponibilidad y no

<sup>6</sup> Cabe resaltar que, el profesor Juan Espinoza, a la sazón, el más importante estudioso de esta norma, considera que son perfectamente intercambiables la referencia a los principios generales del derecho y al derecho común. De hecho, asume que el artículo VIII del Título Preliminar del CC incorpora una referencia al “Derecho común”. Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 445 y ss.

de titularidad de los derechos<sup>7</sup> ¡Suerte que no es un criterio vinculante!

En la literatura suelen darse tres argumentos usuales para sostener que el derecho de propiedad debe prevalecer sobre el derecho de crédito. Uno es más de corte jurídico y tiene que ver con la más amplia estructura y contenido de un derecho frente al otro; el otro de corte fáctico, y se relaciona con la mayor facilidad de que los terceros pueda conocer o detectar la existencia de derechos reales y, el otro tiene que ver con la jerarquía constitucional de un derecho sobre el otro de rango meramente legal.

Veamos, si se trata de argumentos que pueden usarse en esta discusión.

### 1. El argumento de la estructura distinta entre derechos

Para resolver la cuestión aquí debatida es usual acudir a la diferencia estructural de los derechos. Así, se advierte que la propiedad se caracterizaría por su oponibilidad *erga omnes*, mientras al crédito se le estigmatiza como un derecho de alcance relativo, solo para las partes contratantes<sup>8</sup>. Nosotros no ponemos en duda que existan esas

diferencias estructurales, sino que eso pueda ser una razón válida para resolver este tópicó.

Sobre la diferencia entre derechos reales y personales explica Gonzales Barrón:

“Existen relaciones personales, que vinculan a dos personas determinadas; y relaciones reales, de carácter absoluto, que se constituyen sobre la base de múltiples relaciones con personas indeterminadas. Una no se identifica con la otra. Una situación específica es que A celebra un contrato de compraventa con B por cuya virtud el primero tiene la obligación de entregar la cosa al segundo; y otra distinta es que A sea dueño de un inmueble; por lo que tiene el privilegio o libertad de entrar y permanecer en él; mientras que un grupo amplio de personas indeterminadas carece de tal posibilidad. La relación jurídica es personal cuando se establece entre dos personas claramente definidas. La relación jurídica es real cuando forma parte de un grupo más amplio de relaciones indeterminadas. **En consecuencia, debe reconocerse que existen derechos relativos y absolutos (...)**

7 “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 esté inscrito su derecho con posterioridad.

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

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

Pero el mismo derecho común nos puede dar soluciones exactamente inversas, es decir, la predominancia de un derecho personal sobre un derecho real.

Es el caso del arrendatario que tiene inscrito su derecho –que antes de la recepción del bien (...) que se opone al del nuevo adquirente, titular del derecho real sobre el inmueble, derecho que es adquirido después de la inscripción del contrato de arrendamiento.

Como se trata de un enfrentamiento entre derechos de distinta naturaleza, acudimos al derecho común en busca de la solución y encontramos el artículo 1708, que establece que el propietario titular de un derecho, debe respetar el derecho del arrendatario, titular de un derecho personal”. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Registros Públicos*. En: <<https://es.scribd.com/doc/31707524/Exposicion-de-Motivos-Oficial-del-Codigo-Civil-Registros-Publicos>>, acceso el 17 de setiembre de 2015.

8 Cfr. DELGADO PÉREZ, César. “El principio de inoponibilidad registral y los conflictos entre derechos reales y derechos personales en la jurisprudencia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 122, Lima, 2008, p. 276 y ss. RIOJA BERMUDEZ, Alexander. “En defensa de la propiedad indebidamente embargada”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. Nºs 6-7, 2011, Lima, p. 181 y ss.



El derecho real otorga una tutela frente a todos con carácter primario y esencial, con lo que logra la actuación del derecho mismo. Por el contrario, el derecho de crédito no se actúa por el tercero (¡no es el deudor!) (...)<sup>9</sup>.

El autor advierte un asunto innegable: los derechos reales requieren una estructura que permita excluir a los terceros, mientras que a los derechos personales le basta con un diseño que asegure el vínculo o una relación entre sujetos específicos. Así, el artículo 923 del Código Civil dispone que la propiedad es el poder para usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, lo que, obviamente, se ejerce frente a todos; mientras que el artículo 1351 del Código Civil dispone que el contrato (de donde suelen emanar los créditos) es un acuerdo que genera o extingue relaciones jurídicas entre las partes, es decir, que solo se necesita de las partes para que el derecho de crédito sea realizado.

Algunos autores usan esta regulación para construir un argumento bastante persuasivo pero errado. Y es que se invoca una razón jurídicamente correcta (estructura distinta entre la propiedad y el crédito) para sustentar un argumento con el que no guarda relación (tiene más eficacia y oponibilidad la propiedad que el crédito).

Pongámoslo de la siguiente manera:

Premisa mayor:

La propiedad debe permitir a su titular disfrutar de un bien y excluir a los

terceros que lo perturben; y el crédito debe permitir al titular tomar medidas para asegurarse que un deudor específico cumpla.

Premisa menor:

¿...?

Conclusión:

La propiedad debe prevalecer sobre el derecho de crédito.

No se dan razones que justifiquen la prevalencia de la propiedad sobre el crédito. Aunque el artículo 923 del Código Civil prevé una estructura de la propiedad que asegura la defensa contra terceros, tal diseño está pensado en abstracto, se refiere a los atributos que debería tener ese derecho. Esa construcción se sustenta en un plano ideal, sobre cómo es que de ordinario debería operar. Se toma como base un supuesto ideal donde existe un propietario, **plenamente identificado**, a quien se otorgan los atributos necesarios para mantener el disfrute sobre un bien.

Si el artículo 2022 del Código Civil no estableciera como solución el acudir a la oponibilidad de los derechos, podríamos decir que el artículo 923 del Código Civil es inadecuado para resolver el problema en tanto contiene una laguna axiológica<sup>10</sup>. Y es que no considera aquellas situaciones en donde el propietario es desconocido, lo que constituye una particularidad que permite exceptuar su aplicación. Por ejemplo, puede afirmarse que la regla que reza “prohibido el

9 GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de derechos reales*. Tomo I, 3ª edición, Jurista editores, Lima, p. 102.

10 Señalan Alchourron y Bulygin que eso ocurre “cuando la solución [normativa] es inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debía haber tomado en cuenta (...) El uso del término ‘laguna’ no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad (o situación) en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso de forma genérica, le hubiera dado una solución específica (...)”. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 5ª reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 158. Ruiz Manero resalta que el excepcionar la aplicación de una regla por la existencia de una laguna axiológica y aplicar una solución distinta, de ningún modo constituye un apartamiento del Derecho, sino que constituye la aplicación de un principio jurídico relevante en el sistema pero que no fue tomado en cuenta en la regla. Cfr. RUIZ MANERO, Juan. “Algunas concepciones del derecho y sus lagunas”. En: ATRIA, Fernando y otros. *Lagunas en el Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 123-126.

## Comentario relevante del autor



**Gonzales Barrón advierte un asunto innegable: los derechos reales requieren una estructura que permita excluir a los terceros, mientras que a los derechos personales le basta con un diseño que asegure el vínculo o una relación entre sujetos específicos.**

ingreso de perros al restaurante” no consideró en las propiedades de la conducta regulada los casos de perros lazarillos, de modo que no debe aplicarse a los invidentes que se apoyan en esos canes para movilizarse. O la regla que dice “quienquiera que derramara sangre en las calles deberá ser castigado con la mayor severidad”, no se aplica al cirujano que hubiera cometido ese acto para salvar la vida a alguien<sup>11</sup>.

Ciertamente, durante el diseño de la norma que regula la propiedad no se ha tomado en cuenta cómo debe ser la interacción de ese derecho con otros<sup>12</sup> que le salen al frente (que es distinto al supuesto normativo que está pensado para los casos en donde terceros, sin ningún derecho, perturban la propiedad) o, más importante aún, el diseño de la propiedad no considera cómo debe comportarse cuando el real propietario permanece oculto frente a los terceros. Por tanto, las cualidades de la propiedad no pueden

resolver todos los problemas vinculados con la interacción y la prevalencia frente al derecho de crédito.

En efecto, el que un derecho “exista”, junto con todos sus atributos, no hace que sea oponible frente a los terceros, para que eso ocurra se necesita publicitarlo. Y viceversa, la propiedad y el crédito pueden existir sin publicidad. A lo más podría decirse que interesa más a la propiedad que al crédito ser publicitado, pues en este último el obligado está plenamente identificado, mientras que en el primero la relación es con personas indeterminadas.

Imaginemos que alguien celebra un contrato de compraventa y lo mantiene oculto por años. Nunca posee el inmueble, ni mucho menos registra su adquisición. Si insistimos en que a pesar de esa clandestinidad y, por el mero hecho de ser propiedad, esta deba ser respetado y oponible *erga omnes*, estaríamos asumiendo que los terceros conocen todos los contratos, o al menos, todos aquellos que dan lugar a transferencias de propiedad.

Crearíamos un artificio legal, pues tras ese argumento subyacería una presunción similar a la del conocimiento de las leyes desde su publicación o a la del conocimiento de las inscripciones de los Registros Públicos, presunciones que fueron creadas por normas expresas (arts. 109 de la Constitución y art. 2012 del CC, respectivamente) y no por construcciones dogmáticas.

11 Nuestro TC no es ajeno a esta posibilidad interpretativa. Así, ha tenido opción de señalar que “a pesar de la existencia de prescripción jurídica (...) esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades” o “cuando existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial” (STC Exp. Nº 0024-2003-AI).

12 Jhering fue el primero en advertir que los actos jurídicos y derechos pueden tener efectos reflejos sobre los terceros. Señalaba que “tanto en el mundo del derecho como en el mundo físico y moral, el aislamiento absoluto de las cosas o de los hechos no existe. En el mundo real al contrario, si actúo sobre cada hecho, sobre cada evento, estos a su vez repercuten hacia otros, al exterior. No hay una sola área del derecho privado (...) un solo hecho que no afecte al mismo tiempo a los destinatarios y a terceros (...)”. JHERING, Rudolph von. *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*. Vol. V-IX. Traducción del alemán de O.de Meulenaere. Librería A. Maresq, Paris, 1903, p. 239.



Fort Ninamancco<sup>13</sup> hace suyas las posturas de los profesores Marianella Ledesma y Roger Merino, para resaltar lo que tratamos de sostener:

“(…) no hay nada intrínseco en el derecho de propiedad para que sea reputado superior frente al derecho de crédito. Por ejemplo, si examinamos una mesa y una jarra, podemos constatar que ambas son sustancialmente diferentes, pero de esta mera constatación no es posible, a priori, señalar que un objeto sea más importante que el otro ¿acaso los términos ‘diferencia’ e ‘importancia’ son sinónimos? Claro que no (…).”

Esto es suficiente para demostrar que no basta con que determinemos la existencia o el nacimiento de un derecho para establecer su eficacia, es necesario además apreciarlo en su coexistencia dentro de la sociedad y del ordenamiento jurídico.

## 2. Es más fácil conocer la propiedad que un crédito

El carácter *erga omnes* que suele atribuirse solo a los derechos reales y no a los derechos personales, es inducido en gran medida por el hecho de que es más sencillo publicitar la titularidad sobre un bien corporal (derecho real) que identificar al titular de un derecho sobre un bien inmaterial (créditos, derechos de autor, etc.).

Por ejemplo, la posesión puede ser conocida por terceros y, de hecho, hace presumir la propiedad (art. 912 del CC); en cambio, una comunicación expresa (art. 1215 del CC)

también puede dar a conocer la existencia de derechos personales, pero el hecho de que se dirija a sujetos específicos hace que tengan un radio de publicidad mucho más limitado.

Esto se hace más patente si se toma en cuenta que el legislador toma medidas para publicitar actos referidos a derechos reales y solo excepcionalmente publicita actos sobre derechos personales. Basta con notar que existe un registro de propiedad y no un registro de créditos (al menos no uno que genere presunción de conocimiento).

A pesar de eso, las mayores posibilidades de publicidad que, de ordinario, tiene el derecho de propiedad ha sido mermada por nuestro propio sistema, haciendo que en muchos casos sea difícil detectar su existencia. Eso gracias a que el solo acuerdo entre las partes puede transferir la propiedad inmueble (art. 949 del CC), sin necesidad de actos de publicidad adicional (posesión o inscripción). Seguro en este preciso momento se transfieren inmuebles y eso solo lo saben quienes conocen del contrato que, en muchos casos, permanece en la clandestinidad por años, oculto a los terceros.

Ese régimen puede favorecer la fluidez de las operaciones de transferencia, pero reduce significativamente la cognoscibilidad del derecho de propiedad inmueble por parte de los terceros y con ello su afamado carácter *erga omnes*. Por algo el Derecho Romano clásico exigía **título** y **traditio** para transferir la propiedad, esta última buscaba dar publicidad a la transferencia, hacerla oponible a terceros<sup>14</sup>.

13 NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. *Embargo inscrito y tercería de propiedad*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 131.

14 El siguiente pasaje de Gordillo Cañas puede explicar por qué en nuestro sistema –seguidor del sistema francés– no se consagró a la publicidad registral como el **modo** para adquirir la propiedad. “Francia, según vimos, partió de la decisión de respetar el sistema transmisivo consagrado en el *Code*. La transmisión *solo consensu* se entendía ser la moderna conquista del Derecho racional e ilustrado, y, al propio tiempo, la más radical forma de desembarazar el tráfico de bienes y de permitirle agilidad y sencillez que por naturaleza le sería propia. Si la entrega o *traditio*, como **modo** de adquirir añadido al **título**, va a quedar atrás, no se la va a sustituir ahora por un dato de publicidad que venga de nuevo a retardar hasta su práctica la efectividad del momento adquisitivo. La transcripción [inscripción] queda, en principio, fuera de él, y solo llegará a

En todo caso, queda en claro que dicho régimen es el culpable de los problemas que analizamos ahora. En efecto, dado que la propiedad inmueble puede transferirse *solo consensu*, es perfectamente posible que en nuestro sistema coexistan un embargo inscrito y una propiedad que había permanecido oculta.

### 3. ¿Solo la propiedad tiene rango constitucional?

Otro argumento usado para sostener la prevalencia de la propiedad sobre el embargo (y con eso, sobre el crédito) es sosteniendo que el carácter meramente legal de este último hace que no sea suficiente rival para afectar al derecho constitucional de propiedad (art. 2, inc. 16 y art. 70 de la Constitución Política).

Esta es la postura del profesor Gonzales Barrón quien señala que “la grave perturbación que sufre el propietario (embargo indebido) solo podría permitirse excepcionalmente si hubiese algún principio o bien constitucional de tipo contrario, de la misma importancia, que debiera protegerse en el caso concreto (ponderación), pero en este caso ni siquiera existe un valor contrapuesto”<sup>15</sup>.

No obstante, olvida el autor citado que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional (“TC”) ha señalado que el Derecho Constitucional de propiedad se sobrepone

a la clásica división entre derechos reales y personales, de modo que abarca a todo aquello que es apreciable económicamente, como los derechos de crédito (STC Exp. N° 0008-2003-AI, fd. 26.a). Opinión similar expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH”) quien menciona que la propiedad alcanza a todos los bienes corpóreos e incorpóreos susceptibles de valor, como los derechos de crédito<sup>16</sup>.

Entonces, aunque sea jurídicamente correcto afirmar que el Derecho Civil de propiedad tiene, a la vez, rango constitucional, esa no es una razón para hacerlo prevalecer sobre un crédito que tiene igual rango. Esto quiere decir que tras un embargo y una tercería existen derechos igual de valiosos, solo que recaen en cabezas distintas, por lo que la lectura constitucional que propone el autor no es suficiente para establecer que el derecho no inscrito del propietario debe preferirse sobre el derecho de crédito del embargante.

### V. La teoría de la oponibilidad de los derechos

Como vimos, no es posible atribuir en abstracto una prevalencia, por estructura o por constitucionalidad, de la propiedad sobre el crédito. Y es que, en principio, todos los derechos –dada su cualidad jurídica– tienen la virtualidad de ser oponibles con carácter *erga omnes*, sin embargo, pueden darse casos específicos en donde se generen situaciones

interferirlo actuando como elemento de solución en la hipótesis –siempre posible pero más fácil que en ningún otro sistema de transmisión consensual– de la doble venta. Va a nacer así un Registro de publicidad negativa o preclusiva, de organización tan rudimentaria como lo permite la cortadad de su función, y en el que, más que derechos, se publicitan títulos, con el resultado de discernir quién, entre los sucesivos compradores, es el que llega a adquirir la propiedad de la finca por dos o más veces vendida”. GORDILLO CAÑAS, Antonio. “La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 47, N° 21, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 65-66.

15 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* Ob. cit., p. 139.

16 Caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, párrafo 122; Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) y otros c. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 144; Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, sentencia del 15 de junio de 2005, párrafo 137; Caso *Palamara Iribarne c. Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafo 102.

de inoponibilidad del mismo derecho de propiedad o de derechos de crédito.

### 1. ¿Propiedad vs. embargo?, o ¿propiedad vs. crédito?

Como quiera que la oponibilidad es un atributo de los derechos, es necesario primero establecer si efectivamente estamos ante un enfrentamiento de derechos o si estamos ante un desencuentro entre una propiedad no inscrita frente a una medida judicial de embargo.

Gonzales Barrón sostiene que “la doctrina que convalida el embargo sobre el inmueble ajeno se basa en la idea de que este constituye un ‘derecho’ oponible por la inscripción y que se impone a los derechos no inscritos (como la propiedad por contrato que no figura en el registro); empero, la premisa de tal afirmación, es falsa, pues el embargo no es un derecho, ni puede serlo (...)”<sup>17</sup>.

Aunque no lo hace de modo expreso, se entiende que el autor limita la cualificación del embargo a dos opciones: es una medida judicial o es un derecho. Como el embargo es una medida judicial, concluye, no puede ser un derecho. Con eso incurre en una falacia de falso dilema, pues presenta una oposición entre medida judicial y derecho, cuando lo cierto es que tras toda medida judicial existe un derecho o, en otros términos, toda medida judicial sirve a la eficacia de un derecho. La falacia consiste en presentar como opuesto algo que es complementario<sup>18</sup>.

Incluso, puede usarse esa falacia para controvertir la misma postura del autor citado. Así, podríamos afirmar que la tercería de

### Comentario relevante del autor



**El que un derecho “exista”, junto con todos sus atributos, no hace que sea oponible frente a los terceros, para que eso ocurra se necesita publicitarlo. Y viceversa, la propiedad y el crédito pueden existir sin publicidad. A lo más podría decirse que interesa más a la propiedad que al crédito ser publicitado, pues en este último el obligado está plenamente identificado, mientras que en el primero la relación es con personas indeterminadas.**

propiedad es solo un mecanismo procesal y no un derecho, por lo que sería insuficiente para perturbar la realización o ejecución forzosa del derecho de crédito.

Con esto, creemos que queda evidenciado que la discusión no es entre la propiedad no inscrita y el embargo inscrito, sino entre la eficacia de un derecho de crédito y la del derecho de propiedad.

### 2. Relatividad y oponibilidad de los derechos contractuales

Para comprender la idea de la oponibilidad de los derechos es necesario referirnos al aspecto contractual del problema, pues el enfrentamiento entre embargos y tercerías supone un enfrentamiento de derechos surgidos de contratos. De un lado, un derecho real, surgido de una compraventa u otra

17 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* p. 135.

18 Por ejemplo, si se afirma: “Para que la enseñanza sea educativa y provechosa, debe ser práctica, con análisis y debate de casos reales. Por lo que debe excluirse las clases magistrales o meramente expositivas”. Este es un claro supuesto de contradicción inexistente, pues la enseñanza expositiva y práctica no se excluyen, más bien se complementan. Otros variados ejemplos en VAZ FERREIRA, Carlos. *Lógica Viva*. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, Montevideo, 1916, pp. 9-40.

modalidad y, en el otro lado, un derecho de crédito surgido de un mutuo u otro tipo negocial.

El artículo 1363 del Código Civil consagra el principio de relatividad de los contratos: “los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”. Y es que la autonomía de la voluntad solo permite disponer y vincular a las situaciones jurídicas de los contratantes. Los terceros no podrán convertirse en acreedores o deudores por un contrato ajeno<sup>19</sup>.

Sin embargo, el principio de relatividad no significa ausencia de efectos de los contratos hacia los terceros. Para resaltar esos efectos, debe diferenciarse entre la relatividad de los contratos y la oponibilidad. La primera se refiere al negocio y la segunda a los derechos que surgen de él. Si bien el contrato solo genera situaciones jurídicas entre las partes, eso no significa que los derechos allí creados carezcan de efecto frente a los terceros.

En España, Lacruz Berdejo<sup>20</sup> señala que:

“(…) frente a todos ellos (los terceros) rige la regla *res inter alios acta* (cosa entre los que actúan): la vinculación la produce el contrato únicamente para las partes. Esto no quiere decir que los terceros puedan desconocer la realidad del contrato y los efectos que directamente produce en la relación con los contratantes. El efecto vinculante se da entre las partes, pero los terceros no pueden pretender ignorar que ha tenido lugar (...). Decir que el efecto del contrato

## ¿Qué dice Gonzales Barrón?



**La grave perturbación que sufre el propietario (embargo indebido) solo podría permitirse excepcionalmente si hubiese algún principio o bien constitucional de tipo contrario, de la misma importancia, que debiera protegerse en el caso concreto (ponderación), pero en este caso ni siquiera existe un valor contrapuesto.**

es relativo significa que el contrato no puede hacer obligación a cargo o en provecho de una persona extraña a su conclusión; pero eso no suprime el deber de los terceros de respetar las relaciones (los derechos) que la convención ha establecido entre las partes: cuando estas la oponen a terceros, no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellas”.

En Francia, Duclos esquematiza lo dicho así:

“Si la oponibilidad refleja la irradiación indirecta de un elemento jurídico hacia los terceros, la relatividad conserva su eficacia inmediata limitándose solo a los actores directos. Estos dos conceptos de eficacia jurídica son fundamentalmente diferentes en su efecto: la relatividad garantiza a las personas un margen mínimo de libertad, en la medida en que,

19 Roppo señala que ese mandato incorpora tres significados. “El primero es que el contrato no puede imponer obligaciones a los terceros: del contrato entre A y B pueden nacer obligaciones solo a cargo de A y/o B, no a cargo de X (...) El segundo significado es que el contrato no puede sustraer al tercero sus derechos: el contrato entre A y B no puede privar a X de la propiedad de su bien o de la titularidad de su crédito (...) Ulterior significado es que el contrato no puede impedir a un tercero adquirir un derecho: si X adquiere un bien de A, su adquisición no puede ser obstaculizada por el presente contrato entre A y B (...)”. ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción del italiano de Eugenia Ariano Deho. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 528.

20 LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I: Derecho de las obligaciones. 5ª edición, revisada y actualizada por Francisco Rivero Hernández. Dykinson, Madrid, 2011, p. 516.

en principio, solo su acción directa puede obligarles; en cambio, la oponibilidad consagra un derecho en interdependencia con los individuos que es inherente a la vida en sociedad. En este sentido, todos los elementos jurídicos son en principio relativos y oponibles: los terceros solo deberán padecer su efecto indirecto. Cada uno debe reconocer lo que existe además de él, aunque ese deber no lo obliga como un actor directo. El efecto del contrato, por ejemplo, es limitado a las partes y los no contratantes no están obligados a cumplir los compromisos contraídos por estas; sino que únicamente deben tener en cuenta la existencia del convenio<sup>21</sup>.

De acuerdo con eso, podemos mencionar el caso de los créditos que asume el causante y cuya existencia los herederos no podrán desconocer a pesar de generarles un perjuicio económico; o las otras (y legítimas) deudas que asumió alguien, y cuya existencia y cobro no pueden ser negados ni impedidos por los demás acreedores afectados al ver reducido el patrimonio de donde esperan cobrar. A estos solo les queda reconocer los créditos surgidos en otros contratos del que no formaron parte<sup>22</sup>.

Es innegable que, desde un punto de vista estructural, los derechos de crédito permanecen independientes frente a otros derechos

y solo se interesan en las partes del contrato, pero durante su coexistencia jurídica, pueden tener incidencia frente a terceros quienes, conforme a su deber de respetar el derecho de los otros<sup>23</sup>, reconocerán su existencia y eficacia.

### 3. La oponibilidad de derechos es una exigencia jurídica y social

El deber de respetar todos los derechos (reales o personales) surgidos entre los contratantes es lo que se conoce como oponibilidad de los derechos. No se exige que los terceros respeten un contrato solo porque sea un hecho que no pueden negar, sino, principalmente, porque crea situaciones con respaldo jurídico o, al menos, con apariencia de juridicidad. Si el Derecho se caracteriza por su obligatoriedad, entonces las situaciones creadas al amparo del mismo no pueden ser desconocidas.

Así, no sería oponible a los terceros un “contrato” de venta de retinas, pues esa venta de órganos está proscrita (art. 6 del CC). Solo podrán ser oponibles o irradiar hacia fuera de las relaciones contractuales, aquellas situaciones que tengan precisamente juridicidad. De modo que si el adquirente de las retinas se presenta en una clínica pidiendo que le trasplanten los órganos que adquirió, el “derecho” que ostenta sobre aquellos no tendrá que ser respetado por los miembros de la

21 DUCLOS, José. *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, p. 26.

22 Estos ejemplos son usados por Chiovenda para explicar que las únicas situaciones jurídicas que pueden resolverse y cambiarse de modo inmutable por la cosa juzgada son las que corresponden a las partes de un proceso o a los terceros que intervinieron en este (art. 123 del CPC). Pero añade, aunque los terceros ajenos al proceso no deben ver afectada su esfera jurídica por la sentencia, sí están obligados a respetar las situaciones o derechos creados por la sentencia para las partes. Esas situaciones les son oponibles y no pueden ser desconocidas. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Traducción del italiano de Emilio Gómez Orbaneja. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, p. 475.

23 El deber de respetar los derechos de los demás fue consagrado expresamente en el artículo 72 de la anterior Constitución de 1979 y, de acuerdo al Tribunal Constitucional (“TC”), también es reconocido en el artículo 38 de la actual Constitución de 1993, pues cuando esa norma prevé que “**Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución**, impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública” (STC Exp. N°1489-2004-AA, fd. 2). Sea expreso o implícito, lo cierto es que no es posible hablar de un Estado Constitucional de Derecho allí donde cualquiera pudiera desconocer la existencia y eficacia de los derechos ajenos.

### Comentario relevante del autor



**Para comprender la idea de la oponibilidad de los derechos es necesario referirnos al aspecto contractual del problema, pues el enfrentamiento entre embargos y tercerías supone un enfrentamiento de derechos surgidos de contratos. De un lado, un derecho real, surgido de una compraventa u otra modalidad y, en el otro lado, un derecho de crédito surgido de un mutuo.**

clínica, no les será oponible, por su falta de juridicidad. La clínica deberá actuar como si tal titularidad sobre los órganos no existiera.

Por lo tanto, todo derecho surgido de un contrato, dada su cualidad jurídica, tiene la virtualidad de irradiar más allá de las partes y exige ser respetado por todos. En ese sentido, resalta Duclos<sup>24</sup>, la especial cualidad que adquiere todo acto fundado en el orden jurídico, sumado a la interdependencia de los hombres, es lo que hace necesaria la oponibilidad de los derechos subjetivos.

Si la oponibilidad se debe a la cualidad jurídica de los derechos, es predicable con igual grado en los derechos reales y personales. Demolombe señalaba que:

“A menudo se dice que los derechos reales son absolutos, es decir, existen frente a todos o *erga omnes*; y que los derechos personales son relativos, es decir que existen solo con relación a uno solo o a quienes están obligados personalmente con el acreedor.

Es importante, comprender bien este punto:

¿Cómo entonces hablamos de ese deber general y común que se impone a todos los miembros de la sociedad, de respetar los derechos de los demás?

Bajo esa perspectiva, los derechos personales deben ser tan absolutos como los derechos reales. El poder público, en efecto, garantiza a cada uno sus derechos, personales o de crédito, así como los derechos reales, o de propiedad, y otros<sup>25</sup>.

Asimismo, si la oponibilidad de los derechos (reales o personales) irradia más allá de las partes del contrato, es por su carácter jurídico y porque el titular de los derechos no vive aislado, sino que se relaciona con otros sujetos haciendo uso de tales derechos. Díez-Picazo explica esta dimensión social así:

“(…) el contrato, una vez que ha sido realizado penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instala en él. Como consecuencia (…) acontece que todos los actos que en lo sucesivo se realicen tienen que contar con los negocios ya realizados y fundarse en ellos. Los contratos que se van realizando contemplan necesariamente y se basan en situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. Por ejemplo, si mi deudor me entrega una cosa en garantía de la deuda, no cabe duda de que la eficacia de este negocio depende en buena medida de la eficacia de un contrato anterior, en el cual yo no he sido parte y respecto del cual soy por consiguiente tercero, que determina para mi deudor la adquisición

24 DUCLOS, José. Ob. cit., p. 22.

25 DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des bien*. Tomo IX, Meline Cans et compagnie, París, 1854, p. 339.



de la propiedad de la cosa que ahora da en garantía<sup>26</sup>.

Es claro entonces que la oponibilidad de los derechos reales o personales es exigida por su carácter jurídico y por la innegable interacción de sus titulares.

## VI. El conocimiento como condición de la oponibilidad

### 1. Los tipos de oponibilidad

Como advierte la doctrina<sup>27</sup>, dependiendo del sujeto, la oponibilidad puede ser invocada por una de las partes para oponer el derecho frente a un tercero, o puede ser invocada por un tercero para sustentar una pretensión a su favor.

En este último supuesto no se presentan problemas de conocimiento de los terceros respecto del contrato, sino que los contratos son conocidos y usados por los terceros como instrumentos probatorios de su pretensión.

El ejemplo típico es el pedido de inoponibilidad que hace un acreedor respecto del contrato(s) a título gratuito que celebró su deudor con otro sujeto, y que tiene como propósito fraudulento evitar o dificultar el cobro de su acreencia (art. 195 del CC). En tal supuesto, el acreedor usa el contrato, que le es ajeno, como prueba del fraude, solicitando su inoponibilidad.

Como se habrá notado, aquí nos referimos a los casos donde uno de los contratantes

invoca el derecho que ha obtenido para hacerlo oponible a los terceros. O, en sentido contrario, los casos donde un tercero invoca la ausencia de conocimiento del derecho contractual de un sujeto para solicitar su inoponibilidad.

### 2. El conocimiento como delimitador de las oponibilidades

Nuestro sistema jurídico hace depender la oponibilidad de los derechos de su conocimiento por los terceros. Más allá de que existan normas que respalden esa hipótesis, eso constituye una exigencia de racionalidad del sistema normativo. Y es que sería arbitrario esperar que un tercero cumpla con su deber de respetar el derecho de otros, cuando tal derecho le es desconocido, permanece oculto. En efecto, es fácticamente imposible esperar y exigir que se cumpla un derecho que permanece en la clandestinidad. Por eso, Rodríguez González<sup>28</sup> señala que:

“(…) la protección del tercero que se consigue a través de la inoponibilidad se produce sobre la base del desconocimiento: la Ley protege únicamente al **tercero de buena fe**, desconocedor de esa realidad, por eso en el ámbito de la oponibilidad de los contratos se identifica buena fe con desconocimiento y, a la inversa, mala fe con conocimiento. Si existe conocimiento del tercero, el contrato le será en todo caso oponible sin que pueda beneficiarse de las normas que hacen a la convención inoponible”.

26 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. I, 6ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 527.

27 DUCLOS. Ob. cit., pp. 54-57. LLARROUMET, Christian. *Teoría general del contrato*. Vol. II. Traducción del francés de Jorge Guerrero R. Editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 194-200. GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel. “Notas sobre la oponibilidad de los contratos”. En: Universidad de Zaragoza (coordinador). *Estudios en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*. Vol. II, José María Bosch editor, Barcelona, 1993, pp. 1471-1477. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*. Editorial Colex, Madrid, 2000, pp. 160-166.

28 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ... Ob. cit., p. 166.

Bigliazzi, Breccia, Busnelli y Natoli<sup>29</sup> complementan lo anterior señalando que:

“(…) función normal y, por tanto, primaria de todo mecanismo de publicidad (legal o de hecho) es la de dar noticia a terceros (en sentido lato); o sea, valga repetirlo, de hacer posible a todo el que tenga interés, el conocimiento de un determinado acontecimiento (hecho, acto negocio) y, por ello, de una modificación a la realidad jurídica (efecto), como puede ser el surgimiento, la modificación o extinción de una situación o de una relación jurídica”.

Si del conocimiento dependerá la oponibilidad de los derechos, aquella siempre será virtual pues pueden existir problemas en su publicidad, pues aunque sea un atributo que corresponda a todos los derechos, no siempre será eficaz. Y es que en la práctica pueden darse circunstancias donde la falta de publicidad exige la inoponibilidad del derecho surgido de un contrato, a fin de evitar perjuicios contra terceros que lo desconocían.

Así, podrán existir derechos válidamente adquiridos pero inoponibles a los terceros por problemas en su publicidad. Sin embargo, si no hay terceros que corren algún riesgo o el legislador no toma alguna medida limitativa de la oponibilidad, bastará con que el derecho real o personal sea puesto en conocimiento del tercero involucrado para que le sea oponible sin más<sup>30</sup>.

### 3. El conocimiento como exigencia del “derecho común”

Lo propuesto aquí puede parecer razonable, sin embargo, aún es insuficiente para

concluir que deba ser la manera correcta de entender la oponibilidad de los derechos. Como ya advertimos, es necesario además que determinemos si los criterios teóricos desarrollados se corresponden con los principios o postulados generales de nuestro Derecho Civil.

En esa línea, los siguientes ejemplos pueden servir para confirmar que la oponibilidad de los derechos depende de su conocimiento por los terceros. Al respecto, nuestro ordenamiento recoge los siguientes supuestos:

- La sociedad de gananciales fenece a la muerte de uno de los cónyuges, notificación de demanda de invalidez del matrimonio, divorcio, separación de cuerpo, separación judicial o convencional de bienes, pero los derechos y obligaciones que de allí surjan solo son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro personal (art. 319 del CC).
- La persona a quien se le cedió un derecho de crédito solo podrá oponer su derecho contra el deudor, una vez que le pone en conocimiento sobre la cesión del derecho (art. 1215).
- El acreedor que señala tener derecho a que se le entregue un bien, tendrá un derecho inoponible frente a los otros acreedores que publicitaron ese mismo derecho (sea por posesión o por publicidad registral) o que cuentan con documentos de fecha cierta (arts. 1135 y 1136 del CC).
- En la reserva de propiedad y el pacto de retroventa, estos no serán oponibles al acreedor del titular registral que embargó

29 BIGLIAZZI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI Francesco y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 2. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992, p. 1128-1129.

30 “(…) cualquiera puede hacer valer frente al tercero o frente a las partes un derecho que tenga como presupuesto un determinado contrato. De este hecho es necesario dar prueba, en aplicación del principio según el cual quien quiere hacer valer un derecho debe probar el hecho que constituye su fundamento”. BIANCA, Massimo. *Derecho civil*. 3, el contrato. Traducción del italiano de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 595.

el bien, si tales atributos no fueron publicitados en el registro (arts. 1584 y 1591 del CC).

- Quien decide revocar su donación no podrá oponerla al donatario o a sus herederos si no la comunica luego de sesenta días (art. 1640 del CC).
- Ante la concurrencia de arrendatarios, puede oponer su derecho frente a los otros quien lo inscribió y a falta de eso, quien publicó su derecho mediante la posesión (art. 1670 del CC).
- El arrendatario con derecho inscrito puede oponerle al nuevo propietario. Pero si no lo inscribió, el nuevo propietario puede concluir el arrendamiento que no le es oponible por la ausencia de publicidad registral (art. 1708, inc. 1 y 2 del CC).
- Para los derechos reales, aunque estos fueran válidamente constituidos, no serán oponibles frente al nuevo propietario que antes inscribió en los registros su derecho (art. 2022 del CC)<sup>31</sup>.

Podemos decir entonces que existe un principio general en nuestro sistema civil, o mejor aún, el “derecho común” prevé que la oponibilidad de los derechos se haga depender de su conocimiento por los terceros. Tal saber puede ser acreditado con la inscripción registral y, en algunos casos, con otros medios idóneos<sup>32</sup>.

Aunque la publicidad registral genera una presunción general de conocimiento (art.

### Comentario relevante del autor



**El principio de relatividad no significa ausencia de efectos de los contratos hacia los terceros. Para resaltar esos efectos, debe diferenciarse entre la relatividad de los contratos y la oponibilidad. La primera se refiere al negocio y la segunda a los derechos que surgen de él. Si bien el contrato solo genera situaciones jurídicas entre las partes, eso no significa que los derechos allí creados carezcan de efecto frente a los terceros.**

2012 del CC), su ausencia podrá ser suplida por el conocimiento efectivo mediante otras vías idóneas (posesión de un bien, comunicación expresa, demanda, etc.). Así, quien adquirió un derecho y no lo registró, podrá oponerle frente a quien supo de esa adquisición y, a pesar de eso, adquirió el mismo derecho del titular registral, inscribiéndolo a su favor. Y es que su conocimiento efectivo hizo que actuará con mala fe, pues el nuevo adquirente conocía de la inexactitud del registro (art. 2014 del CC).

No obstante, esta regla se aleja de ese sustrato de justicia y corrección cuando se trata de una contraposición entre derechos reales. Pues en tal caso no entra nunca al juego el conocimiento a través de otros medios, sino

31 También podría decirse que en el ámbito laboral ocurre algo similar. Por ejemplo, en los contratos donde se acuerda que el trabajador no podrá ir después a la competencia (previa compensación por ese impedimento), si se comunicó el acuerdo, el empleador podrá oponer dicha cláusula a su competidor, impidiendo así la contratación de quien fuera su trabajador. Cfr. CASTRO POSADAS, Erick. “Los pactos de no competencia en el derecho laboral peruano”. En: *Ius Et Veritas*. N° 39, Lima, p. 244 y ss.

32 Ronquillo Pascual deduce del sistema normativo civil, y en especial del artículo 2022 del CC, que el principio general para resolver los conflictos entre derechos deba ser el de la publicidad registral. Sin embargo, como hemos visto, hay que dar un paso más atrás, pues las normas consagran como principio la oponibilidad de derechos según su conocimiento, lo que puede darse gracias al Registro a otro mecanismo idóneo de publicidad. Cfr. RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, pp. 219-224.

que solo importa el conocimiento a través de la inscripción registral (art. 2022 del CC). De esta suerte, será oponible el derecho real que se inscribió primero. Eso a pesar de que pudiera demostrarse que quien inscribió primero supo de la existencia de otro derecho real previo que, dada su cualidad jurídica, debía serle oponible.

En todos los demás supuestos (como el que venimos analizando aquí), se aplicarán las reglas de publicidad del artículo 2014 del Código Civil, esto es, que ante la ausencia del registro, el conocimiento podrá acreditarse por otras vías idóneas. Es decir, la falta de publicidad registral no es una razón para rechazar otras vías de conocimiento que puedan hacer oponibles los derechos o situaciones jurídicas. Sin embargo, como veremos, debe ponderarse qué elementos son los que pueden acreditar el conocimiento por otras vías.

#### 4. ¿Dónde se ubica la oponibilidad de los derechos?

Ahora que ya establecimos que el conocimiento juega un rol esencial en la oponibilidad de los derechos subjetivos, es necesario determinar qué lugar ocupa dentro de la estructura de los derechos.

Luego de adquirir su propiedad inmueble, el nuevo titular tiene, de ordinario, el camino libre a los registros públicos para inscribir la transferencia y publicitar su derecho. Eso

no constituye una obligación para adquirir el derecho, pues para que naciera su propiedad no necesitó de la publicidad registral, sino que le bastó con el solo consenso (art. 949 del CC). Pero hemos visto que existe una necesidad de publicidad (no necesariamente registral) para hacer oponibles todo tipo de derechos (propiedad incluida) a los terceros.

No puede decirse entonces que la falta de inscripción o de publicidad constituya un acto ilícito que deba ser sancionado. Sin embargo, sí podemos notar que hay una relación entre el derecho subjetivo de propiedad y la conveniencia de publicitarlo. Y es que, es posible que junto (o, si se quiere, dentro) a un derecho convivan otras situaciones jurídicas<sup>33</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 70 de la Constitución Política que dispone que el derecho de propiedad **debe** ejercerse en armonía con el bien común, es decir, el constituyente reconoce un **poder** de propiedad al que le suma un **deber**<sup>34</sup>.

En ese sentido, debemos enfocarnos en la estructura de los derechos y situaciones jurídicas para identificar el lugar que tiene la oponibilidad o la inoponibilidad de un derecho subjetivo. Nuestra hipótesis es que el derecho de propiedad nace efectivamente con el *solo consensu*, pero a esa situación le acompañará siempre, cual chaperón, otra situación jurídica, una **carga** de publicidad —que es distinto de la **obligación**—, de la que se hace depender la oponibilidad del derecho.

33 Nicolò señala con acierto que todo derecho subjetivo tiene como rasgo esencial otorgar una situación jurídica de **poder**, “pero que tolera múltiples configuraciones de elementos diversos sean de carácter positivo o negativo (por ejemplo, límites, cargas, condiciones, directivas, deberes); así que la posición [del derecho subjetivo que] coloca el poder en un primer plano, a menudo resulta compuesta, y esto siempre con relación a aquellas particulares exigencias de carácter social que son esencialmente apreciadas por el legislador (por ejemplo el derecho de propiedad puede ser variadamente limitado si al poder del propietario se acompañan como elementos constitutivos de la compleja posición de propietario deberes, cargas, entre otros)”. NICOLÒ, Rosario. “Las situaciones jurídicas subjetivas”. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. En: *Revista Advocatus*. Nº 12, 2005, p. 109.

34 El ejemplo cumple fines didácticos, pero debe precisarse que algunos autores estiman que lo mejor es comprender a ese deber como un límite del ejercicio del derecho de propiedad antes que como un deber propiamente dicho. Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. “La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas”. En: Giovanni Priori Posada (editor). *Estudios sobre la propiedad*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 103-104.

Al respecto, Roppo<sup>35</sup> señala que la **carga** “se diferencia claramente de la obligación: si el sujeto no observa la carga (...) **no comete un ilícito ni incurre en responsabilidad**, como si ocurre, en cambio, a aquel que no observa una **obligación**. El primero simplemente renuncia a una ventaja, porque no se pone en condición de utilizar su propia posición activa (...)”. Precisamente, la falta de inscripción o de publicidad no constituye un ilícito, pero sí genera consecuencias desfavorables hacia su titular, como la pérdida de eficacia u oponibilidad del derecho. En ese sentido, Zatti<sup>36</sup> explica que:

“No siempre las normas jurídicas **imponen** un comportamiento (lo califican como debido o prohibido). En algunos casos, la regla se limita a establecer que un cierto resultado puede ser obtenido solo por quien realice (sin estar obligado) un determinado comportamiento: la situación del sujeto se llama, entonces, no deber jurídico, sino carga. Consideramos como ejemplo (...) la carga de la prueba (...) en el proceso civil no es el juez quien debe buscar las pruebas, sino son las partes interesadas quienes deben proveerlas. Entonces, por ejemplo, si **yo quiero** hacer en un juicio mi derecho a la restitución de una suma de dinero que he prestado, **debo** (tengo la carga) de probar que el préstamo ha ocurrido”<sup>37</sup>.

### Comentario relevante del autor



**El deber de respetar todos los derechos (reales o personales) surgidos entre los contratantes es lo que se conoce como oponibilidad de los derechos. No se exige que los terceros respeten un contrato solo porque sea un hecho que no pueden negar, sino, principalmente, porque crea situaciones con respaldo jurídico o, al menos, con apariencia de juridicidad.**

El **poder** propio del derecho subjetivo de propiedad no es suficiente para irradiar hacia los terceros, para que eso ocurra el titular del **poder** tiene, además, que cumplir con la **carga** de realizar conductas que publiciten su titularidad. De igual modo, el **poder** que permite tomar medidas para la ejecución forzosa del crédito también tiene una **carga** de publicidad, pues si no se publicita mediante un embargo, no será oponible frente al propietario no inscrito<sup>38</sup>.

Solo si se cumple con la **carga** de publicidad se logrará que el derecho deje el ámbito de la clandestinidad y pueda interactuar en el mundo real, pueda ser oponible. La inacción

35 ROPPO, Vincenzo. *Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas*. Traducción del italiano de Leysser León Hilario. Jurista editores, Lima, 2007, p. 56.

36 ZATTI, Paolo. “Las situaciones jurídicas”. Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 64, Trujillo, 2005, p. 364.

37 En términos similares se expresa Roppo al señalar que: “La carga es la situación jurídica de **aquel que debe efectuar un determinado comportamiento si quiere tener la posibilidad de utilizar alguna situación activa suya**, porque las normas subordinan dicha posibilidad a la condición de que él realice tal comportamiento. Por ejemplo, quien ha comprado una cosa y luego se da cuenta de que esta tiene un defecto, tiene derechos a hacer valer contra el vendedor; pero para ejercerlos tiene la carga de denunciar el defecto dentro de ocho días a partir del descubrimiento del defecto. Si no lo hace, la ley no le permite ejercer aquellos derechos”. ROPPO, *Situaciones...* Ob. cit., pp. 55-56.

38 O, como dice Irti, “las normas instrumentales atribuyen un **poder** al sujeto, pero enuncian juntas los procedimientos de ejercicio del **poder** conferido (...) El **poder** trae consigo una necesidad de adecuación, que se expresa, justamente, en la categoría de la **carga**” o, con otras palabras, “si quieres B, debes actuar del modo A, donde ‘B’ es el efecto perseguido y ‘A’ es el acto al que la norma liga dicho efecto”. IRTI, Natalino. *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Traducción del italiano de Rómulo Morales Hervias y Leysser León Hilario. Grijley, Lima, 2003, pp. 115 y 116.

de esa **carga**, aparejará una consecuencia desfavorable en su titular: la inoponibilidad de su derecho.

Esta **carga** que acompaña a los derechos, es la que hace posible brindar una adecuada protección a los terceros, pues de no cumplirse no puede exigirse que aquellos respeten derechos que han permanecido ocultos, atentándose contra la predictibilidad de las conductas, contra su seguridad jurídica.

## VII. La oponibilidad definida por el juez de ejecución

### 1. La tesis que cuestiona la cognición del juez

El profesor Gonzales Barrón ha resaltado nuevamente un asunto importante a dilucidar y es que poco o nada se ha dicho de si la cognición del juez de ejecución es o no suficiente para atender una controversia donde se discute la propiedad no inscrita de un tercero sobre el bien embargado.

Al respecto, señala que en el proceso de ejecución “la cognición no existe o está reducida a la mínima expresión, pues se sustenta en el título ejecutivo que presupone certeza, empero, esta se ejerce contra el deudor que es obligado en el título, pero no puede afectar (esa presunción del título) a los terceros no vinculados”<sup>39</sup>. Añade que la ley otorga una fuerza probatoria especial al título de ejecución, lo que hace posible otorgar una cognición limitada al juez. Tal fuerza probatoria no es extensible, añade el autor, a los casos donde se discute un asunto distinto al título de ejecución, como, por ejemplo,

cuando se analiza el embargo de bienes en donde –debido a las limitaciones cognitivas del juez– el análisis es solo superficial y no exhaustivo.

Veremos que ese razonamiento se sustenta en una falacia de composición. Esto porque se afirma que algo es verdadero respecto de todo, solo porque es verdadero respecto de una parte. Así, el hecho de que la cognición del juez respecto del título de ejecución pueda ser limitada<sup>40</sup>, no implica que también lo será cuando analiza el dictado de un embargo con fines de ejecución.

### 2. La cognición en sede civil

La cognición del juez atañe a la capacidad que le asiste para analizar y valorar las alegaciones y las pruebas ofrecidas por las partes, a fin de decidir el asunto de fondo o los tópicos referidos a la regularidad del proceso (cuestiones procesales)<sup>41</sup>. Kazuo Watanabe señala según sus limitaciones procesales, esa capacidad puede ser vista en dos niveles: “En el **plano horizontal**, la cognición tiene por límite los elementos objetivos del proceso (el objeto de lo demandado y los temas procesales vinculados) (...). Aquí la cognición puede ser **plena o limitada** (o parcial) según la extensión permitida. En el **plano vertical**, la cognición puede ser clasificada, según el grado de su profundidad, en **exhaustiva** (completa) y **sumaria** (incompleta)<sup>42</sup>”.

Esta clasificación es útil para comprender las distintas capacidades de conocimiento que puede tener el juez. Así, en el proceso de ejecución, la cognición sobre el mérito será, en el **plano horizontal, limitada**, pues no

39 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* Ob. cit., pp. 135-136.

40 La cognición es limitada porque la ley limita las causales y las pruebas que pueden sustentar la contradicción del título de ejecución. Si el demandado usa otros supuestos, aquellos no serán conocidos o resueltos por el juez, sino que serán descartados de plano.

41 Cfr. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. 3ª edición, Editora Perfil, São Paulo, 2005, pp. 67, 81 y ss.

42 *Ibidem*, p. 127.



puede conocer todo aquello que se oriente a cuestionar el título de ejecución, sino solo los asuntos previstos en el artículo 690-D CPC. Esa cognición es distinta, por ejemplo, en un proceso de conocimiento de cobro de deuda, donde es **ilimitada**, pues el juez puede conocer todos los elementos vinculados al nacimiento, evolución e incumplimiento de la deuda puesta a cobro.

En el **plano vertical**, el ejemplo típico de cognición **sumaria** es la medida cautelar que se dicta con la sola verosimilitud del derecho invocado (art. 611, inc. 1 del CPC). No se requiere certeza, sino que basta con la fiabilidad probatoria y argumentativa que genera lo ofrecido por el demandante, sin conocimiento ni pruebas de la otra parte (art. 637 del CPC). En el lado contrario estaría la cognición **exhaustiva** o casi completa que debe tener un juez penal para condenar al imputado, pues para superar la presunción de inocencia (art. 2, inc. 24.e de la Constitución Política) se le exige prueba más allá de toda duda razonable (art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal)<sup>43</sup>.

En sede civil no se requiere cognición exhaustiva o certeza, sino que basta con que una de las partes tenga mayor “preponderancia probatoria”, para que su hipótesis sea aceptada. Es decir, que el juez puede tener

por probada una hipótesis si el material de prueba indica que hay más del 50% de probabilidades de que exista, es decir, “que la hipótesis es más probable que su negación”. Explica Michael Pardo<sup>44</sup> que con eso se reducen los errores (pues si la prueba suele acercarse a la verdad, las decisiones con más probabilidad serán las menos erradas) y se distribuye por igual el riesgo de error entre las partes de un litigio civil. Lo que no podría aplicarse en sede penal, donde una condena tiene poco riesgo de error pues se acerca más a la verdad al exigir una “prueba más allá de toda duda razonable”; mientras que una absolución tiene un alto riesgo de error pues el acusado solo debe acreditar una duda razonable para sostener su inocencia<sup>45</sup>.

Esto ocurre en un plano teórico o prescriptivo. En la realidad es usual ver que, por ejemplo, los elementos presentados al proceso permiten justificar una proposición en un grado de probabilidad muchísimo mayor (70% u 80%) al jurídicamente exigido<sup>46</sup>.

### 3. La cognición del juez de ejecución que dictó el embargo

Aplicando los elementos anteriores al caso concreto, podemos decir que Gonzales Barrón comete un error al sostener que la cognición del juez de ejecución “está

43 Watanabe complementa señalando que “si la cognición se establece sobre todas las cuestiones, ella es horizontalmente **ilimitada**, pero si la cognición de esas cuestiones es superficial, ella es **sumaria** en cuanto a su profundidad. Sería, entonces, cognición **amplia** en extensión, pero sumaria en profundidad. Sin embargo, si la cognición está delimitada a ‘un área de todas las cuestiones’, será **limitada** en cuanto a su extensión, pero si en cuanto a la definición del objeto cognoscible por el juez no se sufre limitación, ella será **exhaustiva** en profundidad. En esa hipótesis, la cognición es **limitada** en su extensión y **exhaustiva** en su profundidad”. *Ibidem*, p. 129.

44 PARDO, Michael S. “The Nature and Purpose of Evidence Theory”. En: *Vanderbilt Law Review*. N° 66, 2013, p. 566.

45 Señala Laudan que en la vía civil el riesgo de fallos errados a favor del demandante o del demandado es casi igual, mientras que en la vía penal el riesgo de error es inequitativo, pues es más probable absolver a un acusado que es culpable y menos probable condenar a un inocente. LAUDAN, Larry. *Verdad, Error y Proceso Penal*. Traducción del inglés de Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 21 y ss.

46 Se debe tener cuidado al hablar del estándar de prueba como probabilidad. Simplifica mucho el lenguaje decir que 0 = falta de prueba y 1 = certeza, de modo que si una parte acredita algo con 0.7 de probabilidades, la otra solo tendrá 0.3 como prueba contraria. Pero en la realidad ocurre, por ejemplo, que una parte avala sus hipótesis con un 0.6 (o 60%) de probabilidades y que la otra logre justificar la misma narración con una probabilidad de 0.9 (o 90%). Es inusual apreciar una correspondencia proporcional entre prueba y contraprueba. Esta y otras críticas pueden formularse a esa visión probabilística, pero conviene usar la referencia probabilística para simplificar la explicación. Cfr. ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2ª edición, Cambridge University Press, 2005, p. 47 y ss.

reducida a la mínima expresión<sup>47</sup> o que sustenta en una “evaluación superficial<sup>48</sup>”. Y es que solo en el **plano horizontal** se puede hablar de una cognición reducida o **limitada** en su extensión, pues al resolver el mérito del caso, el juez solo conocerá de los supuestos de contradicción que prevé el artículo 690-D del CPC.

En cambio, en el **plano vertical** la cognición está diseñada para, por lo menos, superar el estándar de preponderancia e incluso puede que en la práctica se acerque a la **exhaustividad** o certeza, pues, de acuerdo a la norma citada, las causales de contradicción pueden ser comprobadas con casi todos los medios de prueba disponibles (la declaración de parte, los documentos y la pericia). De modo que sería incluso ilegal pensar que la cognición del juez de ejecución sobre el mérito es solo superficial o está reducida a su mínima expresión.

Algo similar puede decirse de la cognición que usa el juez al embargar un bien que figura registrado a nombre del demandado. Para decidir recurre al artículo 2012 del CC que establece que se presume que “todos” conocen el contenido del Registro, es decir, que incluso un eventual propietario no inscrito sabe que otro figura como titular. De ahí que no pueda decirse que el juez hizo un análisis superficial al asumir que este último es el propietario. Más aún, cuando el artículo 2013 del CC establece que todos, juez incluido, deben presumir que lo que figura en el registro es cierto, es decir, presumir que quien figura como propietario efectivamente lo es.

Dado que concurren estos elementos, es descabido sostener que el embargo fue dictado con un grado de cognición “superficial”

o “mínimo”, cuando lo cierto es que, en la hipótesis concreta que estudiamos, la decisión de embargo superaría sin problemas el estándar de preponderancia de la prueba.

Por tanto, no solo se comete una falacia al considerar que la limitación de la cognición en el mérito de los procesos de ejecución se extiende a todos los incidentes del proceso, sino que además comete un error conceptual al no identificar adecuadamente qué tipos de cognición existen y cuál es la que se requiere en sede civil (que nunca, o casi nunca, suponen una cognición “superficial” o “mínima”).

#### 4. La cognición para atender la defensa de la propiedad

Pero Gonzales Barrón acierta al señalar que la cognición del juez de ejecución –nosotros añadimos que también la del juez de la tercera– no es suficiente para establecer la titularidad de la propiedad. Lo que no descarta lo sostenido en el punto anterior, pero sí exige justificar qué materia sí puede resolver ese juez.

Gonzales Barrón señala que “el juez de la ejecución, que no hace actividad declarativa de derechos por los estrechos márgenes del proceso de ejecución (cognición limitada), no puede comprobar o declarar con certeza la propiedad de los bienes del deudor al momento de afectarlos, por lo que se limitará a ordenar el embargo mediante una evaluación superficial, basada en meras inferencias, presunciones, suposiciones, pues la dilucidación con certeza del derecho de propiedad no corresponde a este tipo de proceso (ejecutivo), sino a uno plenario (...) (el embargo es) una providencia ejecutiva ordenada en forma superficial por la ausencia de

47 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* Ob. cit., p. 135.

48 *Ibidem*, p. 136.

elementos de juicio suficientes; y en tal contexto, si el embargo se traba sobre la base de una premisa tan débil, entonces ello impide otorgarle el efecto de extinguir o gravar la propiedad de un tercero, ajeno al deudor, pues no puede crear ‘derechos’ (definitivos e irrevocables) (...)”<sup>49</sup>.

En otras palabras, ya sea en el mismo proceso de ejecución o en un proceso de tercería de propiedad, el autor resalta que la cuestión a dilucidarse consiste en definir con certeza la propiedad de los bienes embargados, lo que solo puede ser definido en un proceso plenario. De ahí que sea jurídicamente inconcebible permitir que un “simple” embargo pueda tener o superar una cognición propia de un proceso plenario.

Lo que sostenemos es que el embargo y la tercería no sirven para definir la existencia del derecho de propiedad, sino que, respectivamente, sirven para establecer la “embargabilidad” o la “desafectación” de un bien, materias que deben definirse en términos de “oponibilidad” de derechos.

En efecto, el juez se limitará a analizar si existen suficientes elementos de juicio como para hacer oponible el derecho de crédito frente al deudor ejecutado y frente a quien se dice propietario no inscrito, en cuyo caso decretará la permanencia del embargo. O, por el contrario, si existen pruebas que indican que es oponible frente a las partes del proceso de ejecución, el derecho de propiedad no inscrito, por lo que se decretará la desafectación del bien.

Entonces, coincidimos parcialmente con el autor citado, pues, efectivamente, la cognición de la demanda de tercería de propiedad no alcanza para atribuir la titularidad de propietario a favor del demandante, más aún si se advierte que se trata de un proceso

### Comentario relevante del autor



**Aunque la publicidad registral genera una presunción general de conocimiento (art. 2012 del CC), su ausencia podrá ser suplida por el conocimiento efectivo mediante otras vías idóneas (posesión de un bien, comunicación expresa, demanda, etc.). Así, quien adquirió un derecho y no lo registró, podrá oponerlo frente a quien supo de esa adquisición y, a pesar de eso, adquirió el mismo derecho del titular registral, inscribiéndolo a su favor.**

que tiene un origen incidental respecto de la ejecución.

Eso significa que la ejecución, ni la tercería, generarán cosa juzgada sobre el otorgamiento de la propiedad, sino solo sobre la embargabilidad o la desafectación de un bien frente a un crédito específico.

### 5. Cognición y prueba de la oponibilidad

De acuerdo con lo anterior, la cognición del juez de ejecución (en ese mismo proceso o en la tercería) deberá limitarse a evaluar la publicidad que ha tenido el derecho de propiedad no inscrito. Solo ante la eventualidad que el titular de la propiedad haya recurrido a otras vías idóneas para hacerlo conocido frente a los terceros o frente al acreedor ejecutante, podrá declararlo oponible y dictar la desafectación.

Por ejemplo, si antes del embargo el nuevo propietario informó directamente (carta notarial, demanda u otro documento de fecha

49 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* Ob. cit., pp. 136-137.

cierta) al acreedor de la transferencia de propiedad, esta será una prueba indudable de que ha hecho oponible su propiedad frente a dicha persona. De modo que el acreedor no podrá valerse de la publicidad registral para oponer su crédito, pues sabía de la inexactitud del mismo (art. 2014 del CC).

Para el caso de la posesión, estimamos que la regla deba ser que no es un mecanismo suficiente para sostener la oponibilidad del derecho de propiedad. Primero, porque la posesión también puede permanecer en un espacio cerrado y ajeno al conocimiento de los terceros. No cualquier posesión garantiza su cognoscibilidad por todos. Segundo, porque si el titular de la propiedad tuvo el camino libre a los registros y no inscribió su derecho, deberá padecer la carga de su inoponibilidad. Tercero, porque la posesión de un inmueble puede responder a causas distintas a la propiedad.

Desde luego, pueden existir supuestos excepcionales que deberán verse caso por caso. Pensemos en un predio que es usado desde hace muchos años como un grifo, tiene anuncios y trabajadores con uniformes que indican posesión efectiva. En tal caso, puede afirmarse que los terceros razonablemente han podido conocer que la empresa de combustibles posee el bien. Si el predio es embargado y la empresa formula una tercería señalando ser el propietario no inscrito, el juez podrá tener en cuenta distintos elementos. Por ejemplo, podrá considerar que el acreedor podía razonablemente esperar que la empresa poseía el bien en virtud de un contrato de arrendamiento u otro derecho no inscrito. Más aún si la empresa tuvo el camino libre a los Registros y nunca inscribió su propiedad. O, podrá dar valor al hecho de que

el real propietario no pudo inscribir debido a problemas con el saneamiento municipal.

En fin, el juez deberá definir caso por caso qué elementos han publicitado de manera suficiente la propiedad, a tal punto de hacerlo oponible frente al acreedor embargante. La cognición del juez solo alcanzará para eso.

## 6. La publicidad de los registros públicos puede justificar la oponibilidad de la acreencia

Nuevamente tomaremos el análisis del profesor Gonzales Barrón para justificar un punto esencial de nuestra postura. Y es que este autor plantea que los acreedores no pueden valerse de la publicidad registral y, con ello, añadiríamos nosotros, no podrían hacer oponible frente al propietario no inscrito, su derecho de crédito publicitado a través del embargo inscrito en los Registros.

Justo es decir que hace este planteamiento para cuestionar la teoría de la apariencia que invocan algunos autores, pero sus afirmaciones subyacen un razonamiento que puede traer por tierra nuestra postura, de modo que es necesario que lo evaluemos. El mencionado autor plantea que:

- “Si el acreedor otorgó un préstamo al deudor, sin utilizar el registro, ni interesarle bien alguno que estuviese inscrito a su nombre, entonces no puede ampararse en principio registral alguno”<sup>50</sup>.
- “Al acreedor no le importó el registro pues dio un crédito personal sin vincularlo a un bien específico, por tanto, el acreedor que no utiliza el registro para adquirir un derecho –pudiéndolo hacer– entonces no puede ampararse en ese mismo registro”<sup>51</sup>.

50 GONZALES BARRÓN. *Embargo...* Ob. cit., p. 158.

51 *Ibidem*, p. 159.

- “El acreedor, y luego embargante, adquirió su derecho sin tener en cuenta el registro, sin tomarlo en consideración, pues crédito se otorgó con independencia de aquel, entonces no puede acudirse a sus normas protectoras”<sup>52</sup>.
- “(...) (la doctrina del) extremismo sostiene que el acreedor personal, sin garantías (reales e inscritas), igual debe ser protegido por la apariencia del registro (...) a pesar que el crédito no estuvo vinculado con bien alguno”<sup>53</sup>.
- “(...) la hipoteca asegura el crédito desde su concesión a través de la garantía del registro, mientras el embargo constituye un acto judicial de agresión de bienes del deudor, pero que no se sustenta en la garantía del registro pues el crédito se otorgó sin relación ni vínculo con bien alguno”<sup>54</sup>.

Estimamos que estas afirmaciones descansan en una falacia que se conoce como sustitución ilícita de idénticos. Esta consiste en sustituir al sujeto o predicado de un texto por otro elemento que parece equivalente, pero que cambia el significado de la afirmación.

Bordes Solanas<sup>55</sup> lo explica señalando como ejemplo el caso del político que plantea que el consumo de la coca debe ser condenado como delito, afirmación que luego usan sus opositores para imputarle un hecho falso, pues sostienen que aquel político pretende

### Comentario relevante del autor



**Solo si se cumple con la carga de publicidad se logrará que el derecho deje el ámbito de la clandestinidad y pueda interactuar en el mundo real, pueda ser oponible. La inacción de esa carga, aparejará una consecuencia desfavorable en su titular: la inoponibilidad de su derecho.**

condenar a todos aquellos que usan la “hoja de coca” con fines medicinales. Es claro que el político se refería al alcaloide que usa coca y no a la coca en sus versiones medicinales<sup>56</sup>.

De acuerdo con eso, podemos advertir que las citas transcritas apenas contienen dos falacias de sustitución. Una de ellas puede esquematizarse así:

Afirmación 1 : El acreedor quirografario suscribió un contrato sin una garantía real registrada.

Afirmación 2 : El registro brinda publicidad.

Sustitución : El acreedor quirografario tiene un contrato que no puede beneficiarse con publicidad registral.

52 Ibídem, pp. 161-162.

53 Ibídem, p. 160.

54 Ibídem, p. 164.

55 BORDES SOLANAS, Montserrat. *Las trampas de circe. Falacias lógicas y argumentación informal*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2011, pp. 160-161.

56 O, podemos recurrir a uno de los ejemplos más usados para explicar esta falacia:

“Edipo quiere casarse con Yocasta.

Yocasta es su madre.

Edipo quiere casarse con su madre”.

Sabemos que en la afamada tragedia de Sófocles, Edipo desconocía que Yocasta era su madre, de modo que no puede atribuírsele que tenía la voluntad de casarse con su madre, lo que evidencia que la sustitución del término “madre de Edipo” por “Yocasta” lleva a una conclusión errada.

Esta sustitución genera un razonamiento errado. Es cierto que cuando el acreedor suscribió el contrato no obtuvo una garantía real que asegurara su crédito y que pudiera publicitarlo. Pero la realidad no se congeló allí. Luego, ante el incumplimiento de su deudor, sí inscribió un gravamen que garantiza su crédito y que, al estar en registrado, merece los beneficios que otorga la publicidad registral.

La sustitución aquí es indebida porque se usa una afirmación válida al momento de la contratación, pero inválida al momento de la ejecución. Aquí el acreedor ya cuenta con un nuevo elemento (embargo) que garantiza y publicita su crédito. Por lo que durante el cobro de su deuda no puede seguirse atribuyendo que su situación carece de publicidad registral.

Algo similar ocurre con la siguiente falacia de sustitución:

Afirmación 1 : Las garantías reales están protegidas por las normas protectoras de los registros.

Afirmación 2 : El acreedor quirografario no tiene una garantía real registrada.

Sustitución : El embargo que protege al acreedor, no está protegido por el registro.

Es cierto que al surgir el vínculo contractual el acreedor no garantizó su préstamo con una garantía real registrada, pero eso no es lo mismo que decir que está impedido de beneficiarse de la publicidad que dan los registros una vez que inscribe allí un embargo a su favor. Esa indebida sustitución de términos

llevaría a consecuencias tan absurdas como sostener que un embargo inscrito en los registros públicos no goza de publicidad registral.

Esto nos permite resaltar que aunque el embargo garantice un simple crédito quirografario, basta con la inscripción de aquel para que ese derecho goce de los atributos de la publicidad que otorgan los registros públicos y, por ende, para que sea oponible frente a todos.

## VIII. La indebida invocación de la teoría de la apariencia

### 1. El uso de la teoría de la apariencia

Fort Ninamancco<sup>57</sup> plantea que una postura económico-filosófica para sostener que lo que más conviene a la fluidez y seguridad de las relaciones sociales es brindar protección al tercero que actuó según las apariencias. Sin embargo, su postura se limita a hacer un análisis doctrinal de lo planteado por Angelo Falza y Ronquillo, obviando toda referencia normativa. Por lo que parecen atendibles sus razones, pero no se expone su vinculación con nuestro sistema normativo.

En cambio, Ronquillo Pascual<sup>58</sup> postula de manera más directa que en el enfrentamiento la propiedad no inscrita y el embargo en forma de inscripción debe prevalecer este último debido a que la teoría de la apariencia hace que se deba preferir la protección de quien actuó confiando en el Registro. Así señala:

“Es así que el Derecho no puede desproteger aquellas conductas que se fundan en situaciones de hecho revestidas de una apariencia de solidez y rectitud, pues

57 NINAMANCCO. *Embargo...* Ob. cit., pp. 106-109.

58 Ciertamente este autor, parece haber abandonado este argumento, pues en su reciente libro sobre la materia no hace mención a la teoría de la apariencia. Cfr. RONQUILLO. *Tercera de...* Ob. cit., pp. 203-241.



de hacerlo se ocasionarían efectos perjudiciales para el desenvolvimiento de las relaciones socioeconómicas. Por lo tanto, el Derecho no puede desconocer la fuerza de la apariencia y, efectivamente, no lo hace, conforme puede apreciarse de la lectura de los artículos 194, 197, 908, 948, 1225, 1268, 1372, 1539, 1542, 2014, etc., del Código Civil. En el conflicto entre dos adquirentes de un mismo bien, el aforismo jurídico (...) **nadie puede transmitir más derecho que el que tiene**, sucumbe ante el principio de tutela a los terceros adquirentes de buena fe, o más en general, ante el principio de fuerza legitimadora de la apariencia (...) es que la seguridad jurídica no debe estar dada solo respecto a los derechos reales, sino también respecto a los derechos de crédito, pues no se halla motivo atendible que justifique una ambivalencia como la de dar seguridad a los primeros mas no a los segundos (...) En todo caso, la regla a la que hemos hecho mención podría ser reformulada –para el caso que nos ocupa– en el siguiente sentido: No puedo embargar bienes inmuebles inscritos que sé que no son de mi deudor<sup>59</sup>.

Lo primero que queremos resaltar es que la regla final propuesta por Ronquillo Pascual es la misma que sustenta nuestra postura: “No puedo embargar bienes inmuebles inscritos que sé que no son de mi deudor”. Que sea sencilla o difícil la manera de probar ese conocimiento **extra registro**, es una cuestión aparte.

Este autor resalta que nuestro sistema civil protege las adquisiciones de derechos de los titulares aparentes (arts. 194, 198, 1539, 1542 y 2014 del CC), se permite también adquirir

### Comentario relevante del autor



**Ya sea en el mismo proceso de ejecución o en un proceso de tercería de propiedad, Gonzales Barrón resalta que la cuestión a dilucidarse consiste en definir con certeza la propiedad de los bienes embargados, lo que solo puede ser definido en un proceso plenario. De ahí que sea jurídicamente inconcebible permitir que un “simple” embargo pueda tener o superar una cognición propia de un proceso plenario.**

derechos por actuar de buena fe (art. 908 del CC) o, por último, se pueden extinguir derechos cuando se paga al titular aparente (art. 1125 del CC) o extinguir garantías cuando existe la apariencia de pago de la deuda (art. 1286 del CC). A partir de estos datos normativos, concluye que se debe proteger también al acreedor embargante quien actuó confiando en las apariencias del Registro.

No obstante, las normas que cita el autor tienen como nota común el hecho de que permiten convalidar la generación de “derechos” irregulares o permiten convalidar actos irregulares para extinguir derechos. Tales argumentos no pueden ser trasladados al tópico que analizamos, pues en ese conflicto los que juegan no son derechos aparentes, sino derechos que efectivamente existen.

En efecto, de un lado, tenemos un crédito publicitado y, de otro, una propiedad que supuestamente había permanecido oculta pero que salta a la palestra judicial para

59 RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. “Una vez más sobre la tercería de propiedad contra embargo. A propósito de un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*. N° 18, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 126-127.

defenderse. Nuestra lectura es que durante la ejecución el acreedor no pretende que el titular registral sea reconocido como propietario aparente (de hecho, no tiene legitimidad para pedir que se cambie la situación jurídica de otro sujeto), sino que lo que sostiene es que no le es oponible un derecho de propiedad que había permanecido oculto.

La oponibilidad (cuya aplicación es exigida en estos, según el art. 2022 del CC) no permite adquirir o “regularizar” derechos (ciertamente, se busca hacer oponibles derechos previamente existentes), sino que sirve para establecer la preponderancia de un derecho frente a otro que parece apuntar en sentido contrario. La oponibilidad se mueve en el ámbito de la eficacia o ineficacia de los derechos y no en el de su generación.

Otro argumento relevante para desestimar la aplicación de la teoría de la apariencia es resaltado por Gonzales Barrón —a la sazón, su más fuerte crítico—, pues las normas que cita Ronquillo Pascual hacen referencia a la adquisición de derechos, cosa que no ocurre durante la ejecución de un crédito<sup>60</sup>. Aquí el acreedor no pretende que se convalide un derecho adicional a su favor, ni, como vimos, tampoco puede pretender que su deudor (el titular registral) vuelva a

adquirir la propiedad debido a las apariencias registrales.

Nos parece, pues, acertada la conclusión de Gonzales Barrón, ya que la teoría de la apariencia no es pertinente para justificar la prevalencia del embargo sobre la propiedad. Y es que ese instituto está efectivamente pensado para los contratos que, fundados en apariencias, incentivaron y permitieron un acuerdo. Como los derechos de crédito no surgen de contratos que se sustenten en la apariencia sobre un bien específico, el acreedor luego no podrá invocar a su favor la apariencia de titularidad sobre dicho bien<sup>61</sup>.

Por último, conviene tener en cuenta, que puede ser usual confundir entre apariencia y oponibilidad, esto debido a que la aplicación de la primera se sustenta —en parte— en la inoponibilidad. Y es que si bien la apariencia permite el surgimiento de nuevos derechos (o su regularización), para que eso ocurra primero se debe hacer inoponible al tercero de buena fe, la situación o el contrato real que había permanecido oculto a sus ojos, evento imputable a una negligencia del titular real. Es luego de esa inoponibilidad y gracias a que otro sujeto actuó confiando en las apariencias, que puede regularizarse un nuevo derecho en cabeza de ese tercero de buena fe<sup>62</sup>.

60 Gonzales Barrón advierte que “cuando se celebra el contrato de crédito, el acreedor no toma en cuenta ningún bien específico... [por lo que] no puede convertirse por arte de magia en ‘tercer adquirente de un bien’, cuando es evidente que el otorgamiento del crédito no trajo aparejado la afectación de bien alguno del obligado (...) si el acreedor otorgó un préstamo al deudor, sin utilizar el registro, ni interesarle bien alguno que estuviese inscrito a su nombre, entonces no puede ampararse en principio registral alguno”. GONZALES BARRÓN. *Embargo...* pp. 157-158.

61 Es preciso que hagamos una breve precisión. El artículo 2014 del CC convalida aquellas adquisiciones de derechos que se obtuvieron de sujetos que no eran los titulares, pero que aparentaban serlo por la publicidad registral, salvo que se logre demostrar que el adquirente conoció por otras vías que el titular era otro. Hemos invocado esta norma como criterio que convalida el conocimiento de derechos a través de mecanismos de publicidad distintos a los Registros. Pero estimamos que no es pertinente para resolver el enfrentamiento entre la propiedad y el crédito. Esto por la sencilla razón de que existe otra norma específica que regula ese conflicto: el artículo 2022 del CC. Si bien su redacción puede ser confusa al remitirnos al “derecho común”, la dificultad interpretativa no justifica su inaplicación.

62 No obstante, Álvarez Vigaray hace la siguiente precisión: “la inoponibilidad respecto al [nuevo] titular inscrito de los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, no inscritos anteriormente, más que una sanción a la no inscripción es una protección y premio a la buena fe del tercero, ya que, si se prueba su mala fe, es decir, que conocía, al hacer su inscripción, la existencia de aquellos títulos o derechos, la inoponibilidad de los mismos no se produce”. De hecho, añadiríamos, en tal hipótesis no se necesitaría acreditar la negligencia del titular que no inscribió su derecho. ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael. “Introducción al estudio de la inoponibilidad”. En: Consejo General del Notariado (editor). *Homenaje a Juan BerchmansVallet de Goytisolo*. Vol. I, Madrid, 1988, p. 97.

En todo caso, queda claro que el problema aquí no es de existencias o de apariencias de derechos, sino de su oponibilidad o no ante otro que le sale al frente. Lamentablemente, la doctrina aún no dedica mucha atención a este punto que nos parece es la punta de la madeja.

## 2. ¿Es inmoral aplicar la teoría de la apariencia?

Además de los argumentos citados, Gonzales Barrón cuestiona la aplicación de la teoría de la apariencia por considerarla inmoral.

Señala el profesor que: “el acreedor embargante (...) asumió desde un inicio mayor riesgo, pues dejó al deudor en la libertad de decidir y actuar sobre su patrimonio; y eso fue compensado con una tasa de interés más elevada. En cambio, el crédito con garantía real tiene una tasa de interés sustancialmente menor, pues su exposición al riesgo es reducida, en tanto el acreedor cuenta con la garantía específica del bien gravado (...) Esta es una realidad económica obvia: a mayor riesgo, más intereses; a menor riesgo, menos intereses<sup>63</sup>”, y añade: “si los acreedores embargantes fuesen coherentes entonces deberían devolver la mayor tasa de interés que le cobraron al deudor por un crédito personal<sup>64</sup>”.

Aquí el profesor Gunther Gonzales comete una falacia de afirmación del consecuente, pues asume que como algunas veces una premisa da lugar a cierta consecuencia, eso significaría que esa consecuencia se dará siempre con la premisa<sup>65</sup>. Nos explicamos con el siguiente ejemplo: **Si alguien toma cianuro, se morirá. La abuela ha fallecido. Entonces, ha tomado cianuro.** Es claro que la consecuencia (fallecimiento) puede darse por

### Comentario relevante del autor



**La cognición del juez de ejecución (en ese mismo proceso o en la tercería) deberá limitarse a evaluar la publicidad que ha tenido el derecho de propiedad no inscrito. Solo ante la eventualidad que el titular de la propiedad haya recurrido a otras vías idóneas para hacerlo conocido frente a los terceros o frente al acreedor ejecutante, podrá declararlo oponible y dictar la desafectación.**

otras causas o premisas y no solo cuando se bebe cianuro. De manera que es errado considerar que la consecuencia “muerte” es atribuible siempre a la misma premisa: “tomar cianuro”.

En este caso, el hecho de que en algunas ocasiones la suscripción de un crédito quirografario dé lugar a una mayor tasa de interés, no significa que siempre existirá esa tasa favorable con todos los créditos. Puede ser que, por distintas razones, la tasa sea menor o inexistente a la que usualmente corresponde a los créditos con garantía real.

Más adelante, el autor insiste en la invocación de la inmoralidad, señalando:

“(…) es usual achacar negligencia al propietario que no inscribe, pero también debe considerarse que el acreedor embargante es negligente, pues no pidió en su oportunidad la constitución de una garantía real para convertirse en ‘tercer adquirente’, y se conformó con un crédito

63 GONZALES BARRÓN, *Embargo...* Ob. cit., p. 165.

64 *Ibidem*, p. 166.

65 BORDES SOLANAS. Ob. cit., pp. 164-166.

simple o quirografario, es decir, permitió que el deudor tenga libre gestión y disponibilidad de su patrimonio. Un acreedor no puede dejar de inscribir su crédito con garantía real y luego imputarle su propio vicio al otro por no inscribir. Es inmoral ver la paja en el ojo ajeno pero no la viga en el propio. En tal sentido, es inviable castigar al propietario por una culpa que también la tiene el acreedor (...)<sup>66</sup>.

Para Gonzales Barrón, tanto el acreedor que no pidió una garantía real (y que por eso debió de asegurar su crédito con un embargo) como el propietario que no inscribió su derecho cometen una injusticia, de modo que se cometen mutuas injusticias que no pueden justificar la defensa del crédito.

El autor invoca un argumento de reciprocidad, pues señala que dos situaciones son igualmente inmorales, de modo que no se puede condenar una, sin condenar también a la otra. Dice que tan inmoral como el propietario que no inscribe, es el acreedor que no aseguró su derecho con una garantía real<sup>67</sup>. O, usando otras palabras, señala que propietario no inscrito y acreedor son igual de culpables, pues uno no inscribió su derecho y el otro no aseguró su crédito con una garantía real.

Pero, como advierte Perelman, esos argumentos solo pueden ser invocados cuando precisamente existe simetría entre los dos puntos que se compara, cosa que no ocurre aquí. En efecto, la constitución de un

### Comentario relevante del autor



**Durante la ejecución el acreedor no pretende que el titular registral sea reconocido como propietario aparente (de hecho, no tiene legitimidad para pedir que se cambie la situación jurídica de otro sujeto), sino que lo que sostiene es que no le es oponible un derecho de propiedad que había permanecido oculto.**

crédito con garantía real no solo depende de la voluntad o arbitrio del acreedor, sino que necesita de la aceptación del deudor. En cambio, la inscripción de un derecho de propiedad depende por entero de la voluntad del titular (al menos en los supuestos típicos que aquí analizamos).

En este enfoque, hay inmoralidad o culpa allí donde se tiene libertad para realizar la conducta correcta y no se hace; y no habrá inmoralidad o culpa cuando el sujeto por sí solo no puede desarrollar la conducta moral o diligente que se le exige. Lo primero ocurre con el propietario que no inscribe y lo segundo con el acreedor quirografario. Dado que no hay simetría entre los supuestos, es errado el argumento de reciprocidad que pretende levantar el profesor Gonzales Barrón.

66 Ibidem, p. 166. El argumento se reitera en la p. 182.

67 El argumento que usa el autor (“es inmoral ver la paja en el ojo ajeno pero no la viga en el propio”) es analizado como un argumento de reciprocidad por Perelman quien advierte que “algunas reglas morales se establecen con arreglo a la simetría, Sócrates alababa a los atenienses porque (...) consideraban que debían tener hacia sus inferiores la misma consideraciones que ellos tenían a sus superiores (...)”. Los preceptos de moral humanista, ya se trate de enunciados judeocristianos (“No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti”) o del imperativo categórico de Kant (“obra de tal suerte que la máxima de tu voluntad pueda al mismo tiempo valer siempre como principio de una legislación universal”), suponen que ni el individuo ni sus reglas de acción pueden aspirar a una situación privilegiada, que, por el contrario, lo rige un principio de reciprocidad, el cual parece racional, en tanto cuasi lógico”. PERELMAN, Chaïm. *Tratado de la argumentación*. 3ª reimpresión. Traducción del francés de Julia Sevilla Muñoz. Gredos, Madrid, 1989, p. 345.

De inicio ya sonaba disparatado que el acreedor que no pactó una garantía real sea calificado de inmoral o de culposo. Se hace una indebida invocación de simetría de situaciones.

Y es que como indica Perelman, “uno puede darse perfecta cuenta de la transgresión (de la simetría) cuando el uso de dicho argumento produce un efecto cómico” así, sigue Perelman, puede recordarse la argumentación cómica que usa Laurence Sterne en su *Tristram Shandy*, donde uno de los personajes grita y pregunta a sus hijos a quién se le ocurrió la idea de acostarse con la abuela, ante lo que recibe la siguiente respuesta y justificación de uno de sus hijos: “Vos señor, os acostéis con mi madre; ¿por qué no habría yo de hacer lo propio con la vuestra”<sup>68</sup>.

En todo caso, también debe tomarse en cuenta que un crédito sin garantías reales no puede ser calificado de inmoral, en la medida en que se sustenta en la “confianza de la palabra otorgada”, supuesto típico de una conducta moral.

## IX. Resumen y notas conclusivas

Las ideas propuestas y desarrolladas permiten resolver el conflicto interpretativo y de relevancia normativo que advertimos al inicio de estas líneas. De acuerdo con eso, el análisis realizado aquí nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

- Los artículos 949 y 1373 del Código Civil se limitan a regular el surgimiento del derecho de propiedad inmueble (*solo consensu*). No imponen ninguna exigencia de publicidad para la existencia de ese derecho.
- Los artículos 319, 1215, 1135, 1136, 1584, 1591, 1640, 1670 y 2022 del Código Civil indican que no basta con la existencia de los derechos para que sean eficaces u oponibles frente a los terceros, es necesario además que sean publicitados.
- El artículo 2014 del Código Civil permite publicitar la titularidad de derechos por otras vías además del Registro. Aunque el primer párrafo del artículo 2022 de Código Civil establece que cuando el enfrentamiento es entre derechos reales, solo se admite la publicidad registral.
- El artículo 2022 del Código Civil establece que el enfrentamiento entre derechos de distinta naturaleza debe ser resuelto en términos de oponibilidad, según lo prevé el “derecho común”. Y este término es usado en el Código de Comercio, la Ley General de Cooperativas y la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, como una referencia a los principios generales del derecho.
- La existencia y estructura de los derechos reales y personales no determina la prevalencia de uno sobre el otro, ni su mayor o menor oponibilidad, pues decir que son diferentes no es lo mismo que decir que uno es más importante.
- Debe diferenciarse entre la relatividad de los contratos y su oponibilidad. El contrato vincula solo a las partes, pero los derechos que crea, dada su cualidad jurídica e interdependencia de las personas, puede llegar a generar efectos sobre terceros que deberán respetar los derechos creados entre los contratantes.

<sup>68</sup> PERELMAN. Ob. cit., pp. 350-351.

- La racionalidad de nuestro sistema normativo civil indica que el principio general que gobierna la oponibilidad de los derechos es su conocimiento por los terceros, de modo que esta se vuelve en su condición de eficacia.
- La oponibilidad opera como una situación jurídica de **carga** que surge junto con el **poder** propio del derecho subjetivo de propiedad. De esta suerte, la no realización de la carga de publicidad generará como efecto la inoponibilidad del derecho.
- El juez de ejecución tiene cognición solo para definir la “embargabilidad” o “desafectación” de los bienes, no atribuye o niega la condición de propietario en tanto no es proceso plenario. Aquella labor supone un trabajo destinado a determinar la oponibilidad o inoponibilidad de los derechos. Pero, si bien el juez de ejecución tiene una cognición limitada, se maneja según el estándar de preponderancia de la prueba.
- Nuestro sistema permite acreditar la oponibilidad de los derechos a través de los Registros Públicos o de otros mecanismos idóneos como la comunicación expresa al acreedor ejecutante. La “posesión manifiesta” también puede cumplir una función de publicidad, pero de una manera muy excepcional, lo que se debe determinar caso por caso.
- La teoría de la apariencia es inadecuada para resolver el enfrentamiento entre propiedad no inscrita y embargo, pero no llega a ser inmoral. Pues no tiene igual nivel de negligencia quien omite inscribir su propiedad, con quien confiado en la palabra de su deudor no requiere de garantías reales.