

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**“AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL POR LA
PREVALENCIA DEL DERECHO NO INSCRITO”**

TESIS PARA OBTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR: BACH. Prado Santa Cruz, Erick Bruno Gian Carlo.

ASESOR(A): BACH. Pérez Silva, Rafael Humberto.

Trujillo-Perú

2016

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo realizar un análisis doctrinario, jurisprudencial y legislativo, destinado a identificar si el Séptimo Pleno Casatorio Civil en el cual se debatió si debe prevalecer la propiedad no inscrita sobre el embargo en forma de inscripción, esta problemática que se desarrolla en el proceso de tercería de propiedad, es así que la decisión final optada en el Pleno Casatorio en mención está a favor de la propiedad no inscrita, el enfoque de la investigación se orienta directamente a investigar si esa decisión tomada por los Jueces Supremos afecta al principio de publicidad registral.

La dirección que se está tomando a través del presente trabajo de investigación es un tema novedoso en nuestra sociedad, tanto a nivel doctrinario, legislativo y jurisprudencial; puesto que, se está realizando un enfoque específico sobre la naturaleza misma de los principios de publicidad registral, de inoponibilidad de lo no inscrito y el sistema registral, por lo tanto con la prevalecía a favor de la propiedad no inscrita se quiere demostrar la afectación al principio de publicidad registral.

ABSTRACT

This research aims to make a doctrinal, jurisprudential and legislative analysis, aimed at identifying whether the Seventh Plenum Civil casatorio in which they debated whether to override the property is not registered on the embargo registration form, this problem that is develops in the process of third party property, so that the final decision optada in plenary casatorio in question is in favor of the property is not registered, the research focus is geared directly to investigate whether the decision taken by the Supreme Judges affects the principle of land registration.

The direction being taken through the present research is a new subject in our society, both doctrinaire, legislative and jurisprudential level; since, is being made a specific focus on the nature of the principles of land registration, of unenforceability of the non-registered and the registration system, therefore with the prevalence for non-registered property is to prove the affectation to principle of land registration.

DEDICATORIA

Dedicado a Dios por estar siempre a mi lado en los momentos malos y buenos, pero siempre me brindas las fuerzas suficientes para seguir adelante superando todos los obstáculos que se me presentan, y por darme la gracia de vivir y regalarme una familia maravillosa.

Dedicado mis padres, que siempre están conmigo en todo momento de mi vida. Gracias por su esfuerzo, sacrificio y apoyo incondicional para el logro de mis metas.

Dedicado a mis abuelos, Gerardo Prado Serrano, Carlos Santa Cruz Falla, María Julia Mendoza de Prado, quienes descansan en paz a lado de DIOS, a mi mamá Rosa Mendoza Morales, a mi hermana Karina Melina Prado Santa Cruz, mi hermano Danny Prado Santa Cruz y a mi sobrina Lalesha Prado Orbegoso, por su apoyo continuo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecirme, permitiéndome llegar hasta donde he llegado y por darme todo lo que tengo. De igual modo deseo agradecer a mis padres Juan Prado Mendoza y Haydeé Santa Cruz De Prado, porque sin ellos no hubiera conseguido nada en la vida, son mi motivación día a día, también a mi hermana Karina Prado Santa Cruz quien me ayudado demasiado en la carrera y en la vida, a mi hermano Danny Prado Santa Cruz, por sus consejos, a mi sobrina Laleshca Prado Orbegoso, a mis Abuelos por sus consejos que me van a servir para toda la vida, y a mi asesor Rafael Humberto Pérez Silva por su tiempo y dedicación, apoyándome en este trabajo con sus conocimientos.

PRESENTACIÓN

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

En cumplimiento con las exigencias contenidas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, para obtener el Título profesional de Abogado, pongo a vuestra consideración el trabajo de investigación titulado: AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD REGISTRAL POR LA PREVALENCIA DEL DERECHO NO INSCRITO.

Esperando que al revisar el presente trabajo tengan a bien apreciar el carácter de éste, aprovecho la oportunidad para testimoniar los sentimientos de mi consideración y estima personal.

Bach. Rafael Humberto Pérez Silva
ASESOR TEMÁTICO

Erick Bruno Gian Carlo
Prado Santa Cruz
Bachiller en Derecho y
Ciencias Políticas

Trujillo, 01 de Agosto del 2016

Índice

| | |
|----------------------------------------------------------------------------|----------|
| Resumen | I |
| ABSTRACT | II |
| DEDICATORIA | III |
| AGRADECIMIENTO | IV |
| PRESENTACIÓN | V |
| CAPÍTULO I: EL PROBLEMA | 1 |
| 1. Realidad problemática | 2 |
| 2. Enunciado del problema | 4 |
| 3. Hipótesis | 4 |
| 4. Variables | 4 |
| 4.1. Variable Independiente | 4 |
| 4.2. Variable Dependiente | 4 |
| 5. Objetivos | 4 |
| 5.1. Objetivo General | 4 |
| 5.2. Objetivos Específicos | 5 |
| 6. Justificación del problema | 5 |
| 7. Antecedentes del problema | 5 |
| CAPITULO II: DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN | 8 |
| TÍTULO I: LOS DERECHOS REALES | 9 |
| 1. Relación de hombre-bien | 9 |
| 2. Noción del derecho real | 9 |
| 3. Elementos de la relación del derecho real | 11 |
| 4. Concepto de derechos reales | 11 |
| 5. Características de los derechos reales | 14 |
| 6. Bienes | 17 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 6.1. Concepto | 17 |
| 6.2. Bienes y derechos | 18 |
| 6.3. Bienes y cosas | 19 |
| 6.4. Bienes inmuebles | 20 |
| 6.4.1. Concepto | 20 |
| 6.4.2. Bienes inmuebles por naturaleza..... | 20 |
| 6.4.3. Bienes inmuebles por ficción legal..... | 21 |
| 6.4.4. Bienes inmuebles por analogía. El caso de las concesiones 21 | |
| 6.4.5. Bienes inmuebles por analogía. El caso de los derechos inscribibles sobre inmuebles | 22 |
| 7. Derecho de propiedad | 23 |
| 7.1. Concepto de propiedad..... | 23 |
| 8. Titularidad de los derechos reales | 24 |
| 9. Titular del derecho real como titular del derecho registral | 25 |
| 10. Legitimidad..... | 25 |
| 11. La carga | 28 |
| TÍTULO II: DERECHO DE OBLIGACIONES | 30 |
| 1. Nacimiento y evolución de la obligación | 30 |
| 2. Concepto de obligación..... | 32 |
| 3. Elementos de la obligación | 34 |
| 3.1. Sujetos de la obligación..... | 34 |
| 3.2. Vinculo jurídico..... | 35 |
| 3.3. Objeto de la obligación | 36 |
| 3.3.1. Posibilidad del objeto | 37 |
| 3.3.2. Licitud del objeto | 37 |
| 3.3.3. Determinación o determinabilidad del objeto..... | 38 |
| 3.3.4. Patrimonialidad de la obligación | 38 |

| | | |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.4. | Causa de la obligación | 39 |
| 3.4.1. | Causa eficiente o causa fuente de las obligaciones | 40 |
| 3.4.2. | Causa legal o causa final de las obligaciones | 41 |
| 3.4.3. | Causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico | 42 |
| 4. | Fuentes de las obligaciones | 43 |
| 4.1. | Concepto | 43 |
| 4.2. | La voluntad | 44 |
| 4.3. | La ley | 44 |
| 5. | Las partes de la relación obligatoria | 44 |
| 5.1. | Los sujetos de la obligación: el acreedor y el deudor | 44 |
| 6. | Derecho de crédito | 46 |
| 6.1. | Naturaleza y contenido | 46 |
| 6.2. | Concepto | 47 |
| 6.3. | El núcleo central del derecho de crédito, la facultad de exigir la explicación y el poder de ejecución sobre bienes del deudor | 49 |
| 6.4. | Facultades de disposición sobre el crédito | 50 |
| 6.5. | La evolución social y económica del Derecho de Crédito y la necesidad de una tutela más efectiva | 50 |
| 6.6. | La Tutela Aquiliana del Crédito | 51 |
| 6.7. | Conclusión | 54 |
| TÍTULO III: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO | | 56 |
| 1. | Análisis económico del derecho | 56 |
| 2. | Aspectos formales del análisis económico del derecho | 59 |
| 3. | Supuestos básicos del análisis económico del derecho | 60 |
| 4. | Los conceptos económicos básicos del análisis económico del derecho | 61 |
| 4.1. | La conducta económica racional | 62 |
| 4.2. | La corrección de las imperfecciones del mercado | 64 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.3. El concepto amplio de bienestar social..... | 65 |
| 5. Costos de transacción..... | 66 |
| 6. Los sistemas de transferencia de propiedad..... | 67 |
| 7. Conclusión..... | 68 |
| TÍTULO IV: MEDIDAS CAUTELARES..... | 70 |
| 1. Concepto de medidas cautelares | 70 |
| 2. Presupuesto de las medidas cautelares | 71 |
| 3. Características de las medidas cautelares | 71 |
| a) Instrumentalidad..... | 71 |
| b) Jurisdiccionalidad | 72 |
| c) Provisionalidad | 72 |
| d) Variabilidad..... | 72 |
| e) Revocabilidad..... | 73 |
| f) Discrecionalidad | 73 |
| g) Responsabilidad | 74 |
| h) Caducidad..... | 74 |
| i) Prejuzgamiento | 74 |
| 4. Clasificación de las medidas cautelares para futura ejecución forzada..... | 75 |
| 4.1. El embargo | 75 |
| 4.2. Embargo en forma de deposito | 76 |
| 4.3. Embargo en forma de inscripción..... | 76 |
| 4.4. Embargo en forma de retención..... | 76 |
| 4.5. Embargo en forma de intervención..... | 76 |
| 4.6. Extensión del embargo | 77 |
| 4.7. El Secuestro | 77 |
| 4.8. La anotación de demanda..... | 77 |

| | | |
|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 4.9. | Las medidas temporales sobre el fondo | 77 |
| 4.10. | Medida innovativa | 78 |
| 4.11. | Medida de no innovar..... | 78 |
| 4.12. | Medida cautelar genérica..... | 78 |
| TÍTULO V: TERCERÍA DE PROPIEDAD | | 79 |
| 1. | Concepto de proceso de tercería..... | 79 |
| 2. | Concepto de tercería de propiedad | 79 |
| 3. | Presupuestos de la tercería de propiedad | 80 |
| 3.1. | La tercería debe interponerse a tiempo oportuno | 80 |
| 3.2. | El tercerista realmente debe ser un tercero | 81 |
| 3.3. | El tercerista debe ser propietario antes del embargo | 81 |
| 4. | Los derechos subjetivos en conflicto dentro de la tercería de propiedad contra embargo | 81 |
| 5. | La tercería de propiedad conflicto que se da entre derechos subjetivos, mas no entre un derecho subjetivo y un acto procesal.... | 82 |
| TÍTULO VI: PUBLICIDAD REGISTRAL..... | | 84 |
| 1. | Nociones generales del derecho registral | 84 |
| 1.1. | Definición | 84 |
| 1.2. | Características del derecho registral..... | 85 |
| 1.3. | Elementos configuradores del registro | 87 |
| 2. | Principio de publicidad registral..... | 88 |
| 2.1. | Definición | 88 |
| 2.2. | Características de la publicidad registral..... | 90 |
| 2.3. | Publicidad material..... | 92 |
| 2.4. | Publicidad formal..... | 93 |
| 2.5. | Conclusión | 93 |
| 3. | Principio de inoponibilidad de lo no inscrito..... | 94 |
| 3.1. | Definición | 94 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.2. La función y la importancia del principio de inoponibilidad de lo no inscrito | 94 |
| CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN | 96 |
| 1. Tipo de investigación | 97 |
| 1.1. Razón de sus propósitos | 97 |
| 1.1.1. Investigación teórica..... | 97 |
| 1.2. En razón al nivel de conocimiento que quiere producir:..... | 97 |
| 1.2.1. Investigación Básica-Descriptiva | 97 |
| 2. Material | 97 |
| 3. Métodos..... | 98 |
| 3.1. Métodos lógicos..... | 98 |
| 3.1.1. Métodos científicos | 98 |
| 3.1.2. Método analítico | 98 |
| 3.1.3. Método dogmático..... | 99 |
| 3.1.4. Método exegético | 99 |
| 3.2. Métodos jurídicos | 99 |
| 3.2.1. Método doctrinario | 99 |
| 3.2.2. Método interpretativo..... | 99 |
| 4. Técnicas e instrumentos | 100 |
| 4.1. Técnicas..... | 100 |
| 4.1.1. Fichaje | 100 |
| 4.1.2. Análisis del Contenido..... | 100 |
| 4.2. Instrumentos | 101 |
| 4.2.1. Ficha | 101 |
| 4.2.2. Protocolo de análisis | 101 |
| CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL CONTENIDO | 102 |
| Análisis del Séptimo Pleno Casatorio civil | 103 |

| | |
|---------------------------|-----|
| CONCLUSIONES | 107 |
| BIBLIOGRAFÍA | 110 |
| ANEXOS | 116 |

CAPÍTULO I: **EL PROBLEMA**

1. Realidad problemática

El Registro busca proteger y asegurar los actos de transmisión y adquisición de los predios. Es decir, esta institución se encuentra exactamente en medio del fenómeno económico de circulación de la riqueza, y ha sido creada con el fin que los adquirientes conserven sus derechos basándose en la publicidad de los actos; y sin que alguna circunstancia alguna pueda afectarles. (Gonzales Barron, 2012, pág. 83).

Esta institución nace, para cumplir una evidente necesidad de certeza que, en este caso no resulta satisfecha por la sola actividad de los contratantes, si no viene ayudada por el Estado a través de la organización de un sistema de publicidad. El núcleo de la publicidad es constituir una información pública, y con determinadas garantías, referente a las situaciones jurídicas de carácter inmobiliario o de otras relevantes para el tráfico patrimonial. (Gonzales Barron, 2012, pág. 84).

El Registro nos permite con la publicidad generar una adecuada oponibilidad de derechos y dar a conocer la situación jurídica de los bienes que se encuentran registrados los cual, genera oponibilidad, protección, delimitación de derechos y así seguridad jurídica. (Aliaga Blanco, 2012).

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), creada con la ley N° 26366, publicada el 24 de enero de 1994; es un organismo descentralizado autónomo y ente rector, cuya finalidad es organizar y supervisar la función registral.

Por lo que la SUNARP tiene como función y finalidad publicitar, con el fin de otorgar seguridad jurídica y brindar certidumbre respecto a la titularidad de los diferentes derechos que en él se registren.

Es así que cuando una persona acude a SUNARP a solicitar publicidad sobre los antecedentes de un bien inmueble, esta publicidad se toma como dato exacto, concreto y verdadero.

Un Registro eficiente y bien gestionado favorece a la contratación y al tráfico jurídico de bienes inmuebles. Ello se explica en el hecho que la inscripción registral otorga una especial fuerza y eficacia a los actos y contratos realizados por los particulares. Sin embargo, vemos que en la realidad esto, en algunos casos no se cumple, dejando de lado la seguridad jurídica que tanto se anhela.

Por lo tanto la persona que inscribió su derecho en los Registros Públicos está siendo protegida por el sistema registral.

Los Registros Públicos nos brinda una publicidad verdadera por lo que esto nos conlleva a la legalidad, seguridad y transparencia de los datos brindados por los Registros Públicos. Es por ello que la realidad jurídica a efecto de lograr la seguridad en los actos de transmisión y adquisición de bienes, se logra a través de la publicidad que brinda el Registro.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho se venía debatiendo si prima el embargo inscrito o la propiedad no inscrita. Esta problemática jurídica ya está resuelta por la Corte Suprema en el Séptimo Pleno Casatorio Civil, el cual está a favor de la propiedad no inscrita, esta decisión trae consigo críticas y discrepancias, ya que el Acreedor que inscribió a su favor un embargo se ve perjudicado por la existencia de un tercero que no inscribió su propiedad el cual reclama ser el propietario, ante toda esta situación quien se perjudica es el acreedor que actuó de buena fe, amparado en la información otorgada por Registros Públicos.

Esta decisión tomada por el Séptimo Pleno Casatorio Civil, trae consigo mucha problemática ya que se está dando una solución concreta, ante una realidad que nos demuestra lo contrario que hay mucho por debatir.

Por lo que esta decisión tomada por el Séptimo Pleno Casatorio Civil nos hace creer que la información que publicita los Registros Públicos es inexacta e inútil, por lo que se restaría importancia a la seguridad jurídica brindada por el sistema registral y además también se perjudicaría al tráfico inmobiliario.

Por lo tanto en la problemática donde el acreedor que inscribe un embargo a su favor ante un deudor que figura ante Registros Públicos como el titular registral, el cual se ampara ante la información concreta y exacta que mantiene los Registros Públicos, esta persona actúa de forma diligente y amparado en la buena fe, es quien se puede ver perjudicado por lo resuelto por la Corte Suprema en el Séptimo Pleno Casatorio Civil el cual está a favor de la propiedad no inscrita, ya que se le quitaría importancia al rol que cumple todo el sistema registral peruano por lo que toda esta problemática nos lleva a investigar si se afectará o no al principio de publicidad registral.

2. Enunciado del problema

¿De qué manera la prevalencia del derecho no inscrito sobre el derecho inscrito, afecta el principio de publicidad registral?

3. Hipótesis

La prevalencia del derecho no inscrito sobre el derecho inscrito, sí afecta el principio de publicidad registral, porque le resta eficacia a los derechos inscritos.

4. Variables

4.1. Variable Independiente

La prevalencia del derecho no inscrito sobre el derecho inscrito.

4.2. Variable Dependiente

La afectación al principio de publicidad registral.

5. Objetivos

5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la prevalencia del derecho no inscrito sobre el derecho inscrito afecta el principio de publicidad.

5.2. Objetivos Específicos

- Explicar el Sétimo Pleno Casatorio Civil.
- Explicar el principio de publicidad registral.
- Estudiar la institución de la propiedad.
- Estudiar la institución del derecho de crédito.

6. Justificación del problema

- **Teórica:** Consideramos que nuestra investigación se justifica en el principio de publicidad registral porque a través de ella pretendemos conocer y dar a conocer a los operadores del Derecho, llámese Jueces, Registradores, Vocales, Abogados y Estudiantes de Derecho, que es uno de los principios básico y fundamentales en el Derecho Registral el cual otorga validez a todos los datos publicitado por el registro, además queremos demostrar las deficiencias que la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en el Sétimo pleno casatorio civil el cual está a favor de la propiedad no inscrita el cual está afectando al principio de publicidad registral.
- **Social:** Socialmente la presente investigación será de gran utilidad, pues pretende demostrar que, a través de un sistema registral adecuado se logra otorgar seguridad jurídica plena a las personas que tienen sus derechos inscritos en los Registros Públicos, del mismo modo, esto generará una mejor publicidad registral, haciendo que el tráfico inmobiliario sea más seguro.

7. Antecedentes del problema

Respecto al tema de investigación debemos indicar que no se han encontrado tesis internacionales relacionadas este trabajo; sin embargo, cabe resaltar que se han encontrado tesis nacionales relacionadas al derecho de propiedad no inscrito frente al embargo inscrito, entra las que destacan las siguientes:

- a) La tesis titulada “Tratamiento casatorio de la oponibilidad del embargo inscrito frente al derecho de propiedad no inscrito”, cuyo autor es Victor Miguel Araico Chávez, quien realizó dicha tesis en la Universidad Privada Antenor Orrego en el año 2010. Así mismo tiene las siguientes conclusiones: a) la consecuencia de oponer un derecho de propiedad no inscrito frente a un embargo inscrito, es que genera inseguridad jurídica e el tráfico patrimonial y en la satisfacción del crédito, pues las personas no tendrán la suficiente seguridad de saber con quién contratan o a quien demandan, es el verdadero propietario, pues las situaciones generadas extra registralmente pueden ser oponibles a aquellas situaciones debidamente registrada y publicitadas en los registros públicos; b) Las disposiciones del Derecho Registral deben prevalecer sobre las Disposiciones del Derecho común, pues una vez que el inmueble ha sido inmatriculado, este y el titular registral deben regirse por las disposiciones de Derecho Registral con total prevalencia en relación con las disposiciones de derecho común, pues lo que aparece inscrito en el registro es la verdad oficial y afirmar lo contrario significaría que los Registros Públicos no tendrían más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios; c) Desde la perspectiva del Derecho Registral se generaría el desprecio de la titularidad proclamada por el Registro, y no tendría coherencia la finalidad de la anotación del embargo a fin de dar seguridad al tráfico jurídico y consecuente satisfacción del crédito, pues el embargante debe gozar del derecho preferente frente a cualquier posterior inscripción; d) El embargo no es un derecho personal o de crédito, si o que se trata de un mecanismo procesal destinado asegurar el cumplimiento de un derecho personal, el cual tiene su origen en la vía judicial.
- b) Por otro lado, tenemos la tesis cuyo título es “Oponibilidad del derecho real frente al derecho personal: el caso del propietario sin inscripción registral frente al acreedor con medida cautelar de embargo en forma de inscripción”, elaborada por Janet Del Pilar Ventura Chichipe, en el año 2010 en la Universidad Privada Antenor Orrego. Así mismo tiene

las siguientes conclusiones: a) Cuando existe un conflicto de derechos de diferentes naturaleza esto es de un derecho de crédito contra un derecho real, no puede recurrirse al análisis de la propiedad registral para dilucidar la Litis, si no a las normas del Derecho Común, que se impone al derecho al Derecho Registral, de tal modo que ante la concurrencia de un derecho de propiedad con otro de distinta naturaleza prevalecerá el primero con presidencia del tiempo inscripción, en aplicación del artículo 2022 del código civil; b) Se tiene que tener presente que prima en todo caso el derecho de propiedad, cuya inscripción registral no es obligatoria para su validez, bastando el simple consentimiento de las partes expresado en el acto jurídico, ya que si bien es cierto que la inscripción en los Registros Públicos no es constitutiva del derecho de propiedad, si no es meramente declarativa no es un mecanismo para para adquirir el derecho, sino una garantía para evitar que eventuales contradictores a su vez puedan inscribir, y ser preferidos en el conflicto, no obstante es a través de ella que se perfecciona la transferencia de un inmueble; C) La inscripción de un derecho personal en los Registros Públicos no convierte a este en real, si no que conserve su carácter, de tal modo que ante la concurrencia de un derecho real por otro de distinta naturaleza , prevalece el primero con prescindencia del tiempo de inscripción, ello por aplicación del derecho común que por mandato del referido artículo se impone al derecho registral; D) Asimismo se desprende la importancia , siguiendo a cabalidad la interposición doctrinaria que fluye nítidamente del texto de la exposición de motivos oficial del Código Civil, el derecho real de propiedad prevalece sobre el derecho personal de crédito y en tal sentido, el primero puede oponerse con éxito al segundo; y a esto alude la segunda parte del citado artículo, tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de oponibilidad erga omnes que no tiene el derecho personal y además, porque el derecho real goza de lo que se llama energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal.

CAPITULO II:
DESARROLLO
DEL MARCO
TEÓRICO DE LA
INVESTIGACIÓN

TÍTULO I: LOS DERECHOS REALES

1. Relación de hombre-bien

Uno de los comportamientos constantes en la naturaleza humana es el afán de adquirir. Este deseo de adquisición es común en todos los seres vivos, lo que incluye animales y seres humanos, niños o adultos. En sus formas primitivas, este afán de adquisición es una expresión clara del instinto de supervivencia. En sus formas más refinadas constituye un rasgo esencial de la personalidad humana, en el que los logros y las adquisiciones son medios de autorrealización, lo cual a su vez se vincula directamente con la libertad individual (Gonzales Barrón, 2013, pág. 55).

La acción del hombre sobre la naturaleza, transformándolas en bienes que le sirven para atender sus necesidades, origina la relación primaria hombre – bien (Cuadros Villena, 1994, pág. 33).

Es así que los derechos reales vienen a constituir la organización jurídica de las relaciones sociales las cuales se establecen con motivo de la utilización de bienes.

La transformación de los objetos en el mundo exterior, su apoderamiento y utilización, establece no solo relaciones con la naturaleza, sino fundamentalmente relaciones sociales, con sendos intereses, en cada individuo de la comunidad, que no pueden estar librados a la arbitrariedad de cada persona (Cuadros Villena, 1994, pág. 33).

Por lo tanto, es indispensable la organización de esas relaciones por medio del derecho.

2. Noción del derecho real

Los derechos reales en su evolución histórica han demostrado ser partícipes del surgimiento de la propia naturaleza humana del hombre, lo que nos hace recordar que todo lo que es útil o necesario al hombre para sus propios fines de supervivencia, lo encuentran de manera inescindible en la misma naturaleza (tal como nos ofrece o con una o con múltiples

transformaciones), de lo cual es insoluble (González Linares, 2012, pág. 55).

La extraordinaria transcendencia económica y social en los derechos reales en el mundo actual permite afirmar que “el desarrollo de la sociedad y la evolución de su propia organización jurídica, se realiza principalmente en el campo de los derechos reales”. Para los hombres las cosas fueron y seguirán siendo un gran nexo con todo cuanto ofrece la naturaleza, tal cual o ya transformado en una o múltiples formas, que al ser reguladas por el derecho objetivo real adquieren la categoría de los bienes por su contenido de utilidad económica, destinados a satisfacer directamente las necesidades individuales y colectivas de la persona humana, creando de esta manera una gran gama de relaciones jurídicas entre los hombres (González Linares, 2012, pág. 56).

Dentro de las normas estrictamente técnicas de los derechos reales subyace un auténtico estatuto sobre los bienes económicos, lo cual incluye decisiones políticas sobre el tema de apropiación de la riqueza, la gestión individual o colectiva en la explotación de los bienes, o los medios de protección de los titulares (Gonzales Barrón, 2010, págs. 3 - 4).

Como bien sabemos sin la presencia de los derechos reales no se hubiera logrado desarrollar el concepto de pertenencia de un bien (propiedad) o también la significación de utilidad (fines sociales y económicos de los bienes), los cuales son realidad jurídica gracias a los derechos reales.

El hombre mantiene una conducta innata de adquisición, lo cual se trata de una categoría tradicional de los derechos reales, es lógico deducir que la noción de los derechos reales es la organización de las relaciones de propiedad, que sea en sus elementales manifestaciones de apoderamiento, y que se perfeccionen con la inscripción en el registro, por lo tanto con la inscripción en el registro se está publicitando el derecho de propiedad, por lo que hay que tener en cuenta que es importante que la propiedad tiene que ser conocible por aquellos que son precisamente los excluidos.

3. Elementos de la relación del derecho real

Resulta como elementos constitutivos de este derecho ***el hombre y el bien***, pero hombre y bien aislados no determinan derecho real. Es así que el derecho real nace del sometimiento del bien al servicio del hombre, de su señorío sobre la cosa, que se establece por la posesión, que siendo manifestación externa del derecho real, establece la consecuencia jurídica del respeto general.

Asimismo, (Cuadros Villena, 1994, pág. 34), nos dice que “...desprendemos un carácter económico, cual es el aprovechamiento del bien y otro carácter jurídico, cual es, el respeto de esa relación, por los demás, impuesto por la ley”.

Por lo tanto el elemento fundamental en la relación del derecho real es el respeto general al derecho real no se sustenta en el hecho de conocer al propietario de un bien sino en reconocer que dicho bien no me pertenece y, por lo tanto, no estoy habilitado legalmente a ejercer un señorío sobre algo que estoy seguro que no es mío.

4. Concepto de derechos reales

Demolombe, citado por (Cuadros Villena, 1994, pág. 39), definió al derecho real como “el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal modo que no se encuentra más que dos elementos a saber: la persona que es sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto”.

Más amplia encontramos la definición de Rigaud, citado por (Cuadros Villena, 1994, págs. 39-40) que lo define de la siguiente manera: “son aquellos que recaen directa e inmediatamente sobre una cosa individualmente determinada, de la que se permite obtener sin intervención de persona alguna obligada, utilidad legal, total o parcial, y que exige en todos un respeto igual aunque puramente pasivo”.

Los derechos reales son aquellos que establecen una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de ese derecho, por

mucho que se haya criticado que las cosas no pueden establecer relaciones con las personas. Si por relación se entiende al hombre con el mundo exterior, o la vinculación con los hombres de la sociedad, existen indudablemente relaciones con la naturaleza, y en ella, con las cosas de la naturaleza, y relaciones sociales, entre las que están las relaciones jurídicas.

Según, (Díez - Picazo, 2007, pág. 68), "...el concepto de derecho real viene definido por las coordenadas que forman el carácter inmediato y el carácter absoluto de este especial tipo de poder jurídico. Con lo primero-carácter inmediato-se entiende como el poder del titular se realiza y se ejerce de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de una especial colaboración o intermediación de otras personas. Con lo segundo-el carácter absoluto-se suele entender que el titular del derecho hace eficaz éste y satisface su interés, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, si no también frente a terceros, lo que se define unas veces como efectividad del derecho frente a todos (*erga omnes*) y otros con efectividad frente a cualesquiera personas que se puedan encontrar en relación con la cosa objeto del derecho".

Según (Gonzales Barrón, 2015, pág. 23), "el derecho real, pues en él se produce una multiplicidad de relaciones jurídicas con personas indeterminadas, tales como privilegios, pretensiones, potestades o inmunidades, con referencia a un objeto. En buena cuenta se trata solo de variadas relaciones con personas indeterminadas, pues además requiere de normas regulativas y constitutivas que establezcan el ámbito de actuación del titular".

Desde una perspectiva analítica, el derecho real es la atribución destinada a obtener las utilidades directas sobre una cosa material que se ejerce en relación de coexistencia con los terceros, bajo los principios de respeto al individualismo y concordancia con el bien común. En forma más detallada, se trata de un título de protección jurídica a favor de una persona que le permite realizar acciones materiales de uso o disfrute, así como el

aprovechamiento de diversas utilidades, la celebración de actos jurídicos de disposición y, finalmente, otorga un manto de protección para conservar inalterable la posición jurídica; lo que tiene como referencia una cosa, y que se ejerce en relación con los terceros. Por tanto, el titular obtiene libertades o privilegios, poderes jurídicos e inmunidad (Gonzales Barrón, 2015, pág. 24).

Por lo tanto también desde una perspectiva fisiológica, el derecho real es una relación jurídica que se construye sobre la base de las múltiples relaciones con personas indeterminadas, lo que conlleva que sus normas reguladoras se concentran en la conducta del sujeto titular, esto es, en el ámbito de lo permitido o de lo competente (Gonzales Barrón, 2015, págs. 24-25).

El autor Aníbal Torres, define a los derechos reales; “como el poder Jurídico, directo e inmediato, de un sujeto sobre un bien que le pertenece en orden a la satisfacción de un interés económico, poder que se adhiere y sigue al bien por lo que puede oponerse frente a todos (erga omnes)” (Torres Vasquez, 2006, pág. 51).

Asimismo Gatti y Alterini, como se citó en (Torres Vasquez, 2006, pág. 52), “sostienen que el derecho real es un poder jurídico de una persona sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas o alguna de sus utilidades, con la exclusión de las injerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa pudiendo oponerse a cualquier interesado”.

En conclusión entendemos jurídicamente que los derechos reales como ocurre en toda disciplina jurídica material, resultan delicados y también peligrosos, en cuanto podría limitar su propio contenido y desarrollo científico; sin embargo, los derechos reales son aquellos que tiene por objeto cosas consideradas útiles en sí mismas. Son los que se refieren fundamentalmente a la relación de hombre - cosa.

5. Características de los derechos reales

Según (Torres Vasquez, 2006), las características del Derecho Real son las siguientes:

- ✓ La inherencia del poder del titular al bien que es objeto del mismo. Hay derecho real cuando el poder del titular se incorpora o adhiere al bien pasando a formar parte de su naturaleza, pertenece a él, lo persigue jurídicamente, aun cuando no exista contacto físico entre el titular y el bien, como sucede, por ejemplo, con la hipoteca o la servidumbre negativa. De ahí que el derecho real afecta de manera diferente y estable a un bien determinado. El poder del titular se proyecta de una manera directa sobre el bien y no se aparta de este aun cuando este en posesión de tercero. El bien está sometido al poder en que consiste el derecho real.
- ✓ El objeto del derecho real es siempre un bien determinado. No puede constituir objeto del derecho real una actividad ni el resultado de un actividad que no se concrete en un bien corporal e incorporal. El poder del titular no se puede ejercitar sobre un bien de género, sino únicamente sobre un bien concreto e individualizado. En términos jurídicos, la actividad humana, física o intelectual, no es un bien sino un servicio, el cual no es objeto de un derecho real. El servicio o trabajo, es la misma persona humana desplegando una energía material o intelectual, razón por la que no puede ser objeto de derechos reales. Admitir que el servicio es un bien, sería como convertir al ser humano en un objeto del cual, se puede apropiarse otro ser humano.
- ✓ El contenido económico del derecho real los bienes objeto de los derechos reales forman parte del patrimonio de su titular, tienen un valor económico directo e inmediato.
- ✓ El derecho real confiere al titular un poder de intermediación, en virtud del cual, no es necesaria la cooperación de otro sujeto para que el titular ejercite tal poder, es decir, el poder es conferido al titular para

que pueda obrar sobre el bien sin intermediarios. Dentro de los límites de su poder de obrar, el sujeto titular puede, por hecho propio, hacer el bien que le pertenece cuando quiera, con tal que no se perjudique a los demás. El poder de inmediatez, no requiere necesariamente estar asociado a la posesión, sino basta que el poder del titular se realice sin requerirse de la colaboración de un sujeto pasivamente determinado.

- ✓ Al poder del titular corresponde el deber general negativo (llamado también deber general de abstención) de todos los no titulares del derecho real de abstenerse de impedir al titular el ejercicio, por hecho propio, de su poder de obrar sobre el bien que le pertenece. El deber general de abstención está garantizado por las acciones reales con eficacia erga omnes persecutorias del bien, otorgadas por el ordenamiento jurídico al titular del derecho.
- ✓ El derecho real es un poder absoluto, por tanto, oponible y eficaz frente a todos (erga omnes), sin que exista un sujeto determinado del deber, sino que todos están en el deber general de no perturbar al titular en el ejercicio de sus derechos. En opinión de Mackeldey, como se citó en (Torres Vasquez, 2006, pág. 57), el derecho real es absoluto, su titular lo ejerce directamente sobre el bien, contra cualquier otro, erga omnes, y existe sin que una persona determinada esté particularmente obligada. Al derecho real corresponde el valor negativo (deber de abstención de todo sujeto pasivo) de no perturbar en el ejercicio de su derecho a aquel a quien compete.
- ✓ Es un poder persecutorio (ius persequendi) del bien. Una vez constituido el derecho real, el titular puede ejercerlo, sin importar en posesión de quien se encuentre, ni donde se encuentre. Por ejemplo, el propietario puede reivindicar el bien de su propiedad sin importar en manos de quien se encuentre, el acreedor hipotecario puede ejecutar la garantía aun cuando el hipotecante haya enajenado el bien a tercera persona.

- ✓ La concurrencia de derechos diversos y la inconcurrencia de derechos reales iguales sobre un mismo bien. Un mismo bien puede ser objeto de dos o más derechos reales diversos. Por ejemplo, una misma casa puede ser objeto del derecho de propiedad del deudor, el derecho de garantía del acreedor hipotecario, del derecho de uso y disfrute del usufructuario.
- ✓ La perpetuidad del derecho de propiedad y del derecho de servidumbre y la temporalidad de los demás derechos limitados. Se dice que el derecho de propiedad y el de servidumbre son perpetuos por cuando no están sujetos a un plazo de vigencia predeterminado. Pero este carácter admite excepciones, porque existe el derecho de propiedad temporal, la venta con pacto de reserva de propiedad, por el cual el vendedor, se reserva la propiedad del bien hasta que se pague el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador.
- ✓ La preferencia (*ius preferendi*) o prelación del derecho real sobre el derecho personal o de crédito concurrente. En otros términos, el titular del derecho real es preferido al titular del derecho de crédito.
- ✓ La preferencia de determinado derecho real sobre otros derechos reales sobre inmuebles está determinada, de ordinario, por la prioridad de la inscripción o de la adquisición (*prior tempore, potior iure*). En cambio, tratándose de bienes muebles la preferencia lo tiene el adquirente a quien se ha entregado el bien.
- ✓ En algunos caso, el derecho real atribuye a su titular la prelación real sobre otros sujetos, con quienes está en conflicto, para la adquisición del bien que es materia de enajenación.
- ✓ Los derechos reales constituyen un numero cerrado (*numerus clausus*), es decir, los únicos derecho reales existentes son los regulados por ley. El código civil regula los derechos reales siguientes: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación,

superficie, servidumbre, prenda, anticresis, hipoteca, y derecho de retención.

- ✓ El derecho real esta tutelado por la acción real.

6. Bienes

6.1. Concepto

La expresión bien deriva del latín “bonum”, que en su significado semántico es bienestar, felicidad. En el orden jurídico se entiende por bienes, como dice Cuadros Villena, como se citó en (González Linares, 2007, pág. 104); “los objetos materiales (cosas) y los inmateriales (derechos) susceptibles de valor y de relación jurídica”.

Tradicionalmente se ha entendido que el objeto de los derechos reales son los “bienes” (Gonzales Barrón, 2010, pág. 53).

Sin embargo, para precisar el concepto debemos tener en cuenta, primeramente, que los derechos reales tiene un evidente carácter patrimonial, por lo que deberá descartarse dentro de una terminología estricta a los llamados “bienes personales”.

En consecuencia, el objeto de los derechos reales (“bien” en **sentido estricto**) es toda entidad apta para satisfacer un interés económico, que tenga existencia autónoma, y que sea susceptible de vinculación jurídica con un individuo, esto es, que tenga la virtualidad de soportar el exclusivo señorío de un sujeto (apropiabilidad del titular y exclusión hacia los demás) (Gonzales Barrón, 2010, pág. 54).

Según José Manuel García García, como se citó en (Gonzales Barrón, 2013, pág. 172), definió los bienes como “los derechos reales se refieren a las acciones humanas de permisión, poder o inmunidad cuya referencia objetiva son las realidades del mundo externo que representan una utilidad para el ser humano. Esas realidades específicas son los “bienes”, que comprende a todo

entre propio de la realidad externo, no humano, ósea distinto del sujeto-hombre, apto para satisfacer un interés económico, que tenga existencia autónoma, y que sea susceptible de apropiabilidad del titular y exclusión hacia los demás”.

Según, (Torres Vasquez, 2006, pág. 141), nos define “el bien, como objeto de derecho real, es toda entidad corporal (material) o incorporeal (inmaterial), determinando, susceptible de valor económico, del cual se puede servir el ser humano para la satisfacción de sus múltiples necesidades. El bien es todo objeto corporal o incorporeal, caracterizado de tener relevancia jurídica, valor económico, ser individualizable, útil a la persona y susceptible de apropiación, goce y disposición”.

Así entendemos jurídicamente que los bienes, son los valores materiales e inmateriales que le dan vida a una relación jurídica patrimonial, y que son de utilidad para el bienestar del hombre. Son bienes todas las cosas susceptibles de apropiación y que al proporcionar utilidad económica al hombre, jurídicamente pasan a la categoría de los bienes. Con otras palabras, cuando las cosas son susceptibles de adquirir un contenido económico y de utilidad con la posibilidad de su apropiación y de su titularidad, son bienes.

6.2. Bienes y derechos

Según, (Torres Vasquez, 2006, pág. 188), “Los derechos no entran en el ámbito de los bienes, ni siquiera de los incorporales. Este equívoco nace en el Derecho Romano, más precisamente en las Instituciones de Gayo, cuando el jurista romano enumero entre las “cosas” a las “obligaciones contraídas de cualquier modo”. Pero gayo no tenía en cuenta las precisiones dogmáticas actuales, y su fin era más modesto: hacerse entender entre los peritos y no peritos del derecho, tal como ahora podría hacerlo el legislador, más preocupado de la ordenación jurídica de la vida social que de las construcciones teóricas”.

En verdad, (Torres Vasquez, 2006, pág. 189), “rechazo dicha tesis (la cual está en el párrafo anterior) es muy simple y obedece a cuestiones de pura lógica; si a referencia objetiva es el “termino de referencia” de una tutela jurídica otorgada por un derecho subjetivo, entonces **ese objeto no puede ser a su vez un derecho**, pues en ese caso la conexión entre y otro podría llegar infinitamente hasta el infinito (derechos sobre derechos). A ello debe añadirse que esta postura lleva a las incongruencias insalvables”.

6.3. Bienes y cosas

Es común encontrar en los tratados doctrinales o, incluso, en la misma legislación el uso de los términos “bien y cosa”, sin haberse precisado el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Sobre el tema hemos encontrado dos posturas principales según (Gonzales Barrón, 2010, págs. 60-61):

- a) Se dice que los “bienes” hacen referencia a todas las entidades (corporales o incorpóreas) susceptibles de ser objeto de los derechos reales. En cambio las “cosas” serían exclusivamente las entidades corporales. Por tanto, el término “bien” es el género, mientras que el término “cosa” es la especie.
- b) Por otro lado en un grupo muy importante de autores establecen el siguiente criterio diferencial: la “cosa” es en sí una entidad extrajurídica, incluyendo aquellas entidades inapropiadas, como la luz, el aire y el mar. Pero cuando la “cosa” llega a ser apropiada, se individualiza y, además, cuenta con utilidad económica entonces se convierte en “bien”, y como tal objeto de derechos reales. En consecuencia, el “bien” tendría esa cualidad gracias a la calificación jurídica.

6.4. Bienes inmuebles

6.4.1. Concepto

Según, (Torres Vasquez, 2006, pág. 262), nos brinda el siguiente concepto “en Roma, en base al criterio de la movilidad, se clasificó a los bienes en muebles o inmuebles, según que puedan o no ser desplazados sin daño o menoscabo de su integridad. Los romanos distinguieron entre inmuebles por su naturaleza como los predios, naturalmente inmovilizados, los inmuebles por destinación, originalmente muebles que servían para la explotación del predio, por lo que legalmente se creó la ficción de considerarlos inmuebles y los inmuebles por accesión, también originalmente muebles, que se incorporan materialmente a un predio”.

6.4.2. Bienes inmuebles por naturaleza

La categoría de los “bienes inmuebles” nace como correlato jurídico a la importancia económica del suelo en el desarrollo del ser humano. Por ello, el suelo es el típico inmueble por “naturaleza”, esto es, por sus propias características físicas de inmovilidad (Gonzales Barrón, 2010, pág. 68).

Según, (Gonzales Barrón, 2010, pág. 68), “el artículo 885-1 habla del “suelo, subsuelo y sobresuelo”, en el entendido de que las actividades económicas del hombre no se materializan exclusivamente en la corteza terrestre, esto es, en el suelo, si no que requieren siempre el aprovechamiento de porciones del subsuelo (por ejemplo: las raíces de las plantas en la agricultura, los cimientos de las construcciones, etc.) o del sobresuelo (las plantas o árboles en la agricultura, los edificios o plantas industriales). El código de 1936 no trató del subsuelo, ni del espacio aéreo que corresponde al suelo y debe entenderse que el Código vigente pretende superar esa deficiencia”.

6.4.3. Bienes inmuebles por ficción legal

Según, (Gonzales Barrón, 2010, pág. 70), nos explica que “Desde la Edad Media se reconoce la existencia de bienes naturalmente muebles (ejemplo: naves), pero cuyas características las hacen similares a los predios, por lo que hizo necesario dotarles un régimen jurídico similar o idéntico al contemplado para éstos. En tal sentido, el Derecho germánico medieval se admitió que la prenda de buques podía realizarse a través de la inscripción en el registro municipal, a semejanza de la publicidad registral de los inmuebles. ¿Cuáles eran las características económicas similares entre este tipo de objetos y los predios? Básicamente son tres: la identificabilidad del bien (es decir, su fácil diferenciación entre bienes del mismo género), la muy difícil posibilidad de ocultación del bien y la relevancia económica de éstos”.

6.4.4. Bienes inmuebles por analogía. El caso de las concesiones

El artículo 885 del C.C. enumera los distintos tipos de bienes inmuebles reconocidos por el legislador. La categoría de los “bienes inmuebles” nace como correlato jurídico a la importancia económica del suelo en el desarrollo del ser humano, aun cuando en la actualidad se reconocen otros tipos de inmuebles, algunos vinculados **indirectamente** con el suelo, pero otros totalmente **desvinculados** de él (Gonzales Barrón, 2010, pág. 72).

En tal sentido, si el suelo es típico “inmueble por naturaleza”; en cambio, las concesiones administrativas o mineras son “inmuebles por analogía” (o derechos inmobiliarios) en cuanto es frecuente que éstas requieran algún vínculo con el suelo; por el contrario, las naves y aeronaves son “inmuebles por ficción”, en cuanto carecen de toda relación con alguna parte del espacio físico de la corteza terrestre (Gonzales Barrón, 2010, pág. 72).

El profesor español Alfonso Cossio y Corral, como se citó en (Gonzales Barrón, 2010, pág. 73), “entiende que en estos casos la concesión se sustantiva, viviendo a constituir un bien inmueble “abstracto” o “incorporal” que comprende una serie de elementos materiales y jurídicos, todos los cuales aparecen fundidos en la idea del destino común. La concesión es una entidad compleja, a modo de una res universa, que compone de varios bienes orgánicamente enlazados, y que comprende no solo los terrenos, si no los diferentes elementos necesarios para la explotación. Es un “bien” complejo. Siendo ello así, el legislador le da un tratamiento unitario a la concesión con el fin de garantizarle su tráfico jurídico independiente. De esta forma la concesión puede ser transferida, hipotecada y hasta ejecutada judicialmente o administrativamente”.

6.4.5. Bienes inmuebles por analogía. El caso de los derechos inscribibles sobre inmuebles

También se consideran bienes inmuebles los “derechos sobre los inmuebles inscribibles en el registro” (inc. 10), ya que en estos casos, y en forma mediata, el objeto sobre el cual recae inmediatamente sobre el derecho e usufructo, pero mediatamente sobre el predio (Gonzales Barrón, 2010, pág. 82).

Según esta curiosa, los propios derechos reales (usufructo, superficie, servidumbre, hipoteca) se convierten en un objeto (bien inmueble), sobre el cual podrá constituirse a su vez otro derecho. El sentido que esconde detrás de esta figura, es lograr la “objeción” del derecho real, a fin de que sobre este nuevo objeto se puedan constituirse nuevos derechos reales que sean compatibles con su naturaleza, o en todo caso, de alcance más limitado (Gonzales Barrón, 2010, pág. 83).

7. Derecho de propiedad

7.1. Concepto de propiedad

La “**propiedad**” es definida como un señorío pleno (jurídico) sobre cualquier objeto externo de valor económico y susceptible de dominación. En buena cuenta esta institución responde al natural sentimiento humano de apropiación de los objetos de la naturaleza, lo cual conlleva en el propietario “tener”, pero que simultáneamente se manifiestan un “excluir” a los terceros (Gonzales Barrón, 2010, pág. 270).

Según, (Vásquez Rios, 2003, pág. 46), “la doctrina moderna considera al derecho de propiedad (como a todo derecho subjetivo), como el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o derechos del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad sino que son solo aspectos parciales del señorío total que está es. En este sentido Manuel Albaladejo define a la propiedad como “el máximo poder jurídico pleno sobre una cosa. Poder en cuya virtud está en principio queda sometida directa y totalmente (es decir todos sus aspectos y utilidades que pueda proporcionar) a nuestro señorío exclusivo. De igual manera Wolff dice que la “propiedad es el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa”; y en el rumbo de estas ideas Jorge Eugenio Castañeda define la propiedad como “El poder o señorío que una persona tiene sobre una cosa de modo excluyente y exclusivo”.

Los estudiosos de la materia de manera unánime expresan que la propiedad ostenta la categoría de mayor jerarquía en el mundo de los derechos reales, se le atribuye ser el derecho real príncipe, por cuanto en la propiedad se concentra todo el género de los derechos reales para conceder al titular el más completo de los derechos sobre un bien.

La propiedad crea una relación jurídico-real de profundo contenido económico y de utilidad para su titular y la sociedad, se exterioriza materialmente en la posesión, y es que es la estabilidad jurídica de ésta.

La propiedad en el concepto de poder jurídico, crea una relación jurídico-real con la categoría de derecho-deber, la que a su vez implica que sea ejercida en armonía con el interés social, dentro de los límites que la ley señala. Sin embargo, pese a la abundante doctrina y positividad constitucional y legal, sobre cómo instituir los fundamentos de la propiedad al servicio de todos, hay que seguir buscándolos, si queremos una civilización sin pobres.

8. Titularidad de los derechos reales

Cuando hablamos del titular del derecho real nos referimos siempre a una persona natural o, en su caso, a varias, las cuales nos conllevan a la figura de la cotitularidad. Además el titular del derecho real puede ser una persona natural o una persona jurídica.

Por lo tanto cuando nos referimos a la titularidad de los derechos reales en cuanto a personas naturales (físicas), puede ser cualquiera y de cualquier género, cualquiera sea su estado civil, así como el capaz y el incapaz de obrar, sin perjuicio de que el ejercicio de sus derechos recaiga sobre personas que complementen dicha capacidad o a quien corresponda representarlos legalmente.

Según, (Díez - Picazo, 2007, págs. 140-141), nos dice “Titulares de derechos reales pueden ser el Estado, las corporaciones locales y las corporaciones de derecho público en general. El estado y las corporaciones locales son titulares del llamado dominio público, pero lo son también de bienes y derechos pertenecientes al Patrimonio del Estado a los llamados bienes de propios de las provincias y de los pueblos. Estos últimos se asimilan a los bienes de propiedad privada”.

9. Titular del derecho real como titular del derecho registral

El titular del derecho real se le considera como una figura del mundo jurídico sustantivo.

Según, (Díez - Picazo, 2007, pág. 150), "...el derecho real es algo que está llamado a ingresar en el Registro de Propiedad. En virtud de este ingreso, lo que en el mundo del derecho sustantivo consideramos como titular del derecho, en el mundo formal pasa a ser el titular registral, con sus propios perfiles y con sus propias características. Para publicar una titularidad jurídico-real, la legislación registral, exige unas determinadas condiciones y saca de ello unas determinadas consecuencias...".

Es así que podemos ver que el titular del derecho real debe formalizar su derecho con la inscripción en el registro, el cual le otorgara seguridad, es así que ese derecho será formal y no un derecho sustantivo clandestino, al inscribir la titularidad del derecho real ante los registros, el cual con la formalidad de la inscripción se vuelve titular registral y así el registro le otorga protección a su titularidad.

10. Legitimidad

La legitimidad también llamada "legitimación" y es definida de forma símil por algunos como "{ } la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual se resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular" (Fernández Cruz , 2016, pág. 4).

Según, (Fernández Cruz , 2016, pág. 4), [... son ejemplos de legitimidad la capacidad dispositiva o poder de disposición como expresión de la denominada "titularidad"].

Hay quienes, en cambio, siendo el poder de disposición expresión del concepto de "legitimidad", han considerado mas bien a aquel como la expresión de la propia capacidad jurídica, entendiéndola como una emanación de esta(Fernández Cruz , 2016, pág. 4).

Según, (Fernández Cruz , 2016, pág. 5), nos explica que “como regla general un sujeto tiene poder de disposición cuando es titular del derecho que se pretende disponer, por ello el derecho ha acuñado el aforismo *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede disponer más derecho del que posee)”.

Según Mengoni, citado por (Fernández Cruz , 2016, pág. 5), señala que “desde el punto de vista del ordenamiento jurídico la máxima *nemo plus iuris* tiene valor, no tanto de axioma lógico, sino de principio normativo es una regla jurídica, esto es de naturaleza práctica, recabada por inducción y revestida con la fórmula sugestiva de un principio de necesidad lógica. Bajo este perfil ella significa denegación de eficacia a la enajenación realizada por un no titular, y se identifica con la regla *positiva* de la legitimación para disponer, entendida como límite impuesto a la autonomía privada del enajenante frente a la tutela del tercero titular del derecho”.

Las transmisiones en nuestro ordenamiento se configuran a partir de 3 requisitos: la titularidad, **la legitimación** y el poder de disposición (Mendoza del Maestro, 2013).

La legitimación es la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. Es decir, existe la facultad que se otorga a determinados sujetos para que puedan afectar su esfera jurídica o la esfera jurídica ajena si realmente han sido facultados (Mendoza del Maestro, 2013).

Según, (Mendoza del Maestro, 2013), la legitimación puede ser causal, legitimación formal y legitimación aparente:

- ✓ Por legitimación causal entendemos que existe un título que contiene un negocio jurídico en la cual existe la causa eficiente que genera una situación jurídica legitimante. Dicho título es el fundamento de la legitimación.

- ✓ Tenemos la denominada legitimación formal, la cual no subordina la eficacia legitimadora a una causa jurídica, sino a lo que se expresa formalmente, por ejemplo, en el registro. Este tipo de legitimación lo encontraríamos por ejemplo en el sistema alemán.
- ✓ Y por último tenemos la legitimación aparente, donde en ciertos casos existe un supuesto de hecho de un titular que no es el real, sino que por signos exteriores razonables es “aparente de derecho”, por lo que la norma -en ciertas circunstancias- le otorga, en substitución de la legitimación normal, la eficacia legitimadora.

Por lo tanto también existe una legitimación activa y pasiva del titular registral, el titular registral está legitimado activa y pasivamente, para todo efecto.

La legitimación activa, el titular registral por el hecho de serlo está autorizado para ejercer el derecho del cual es titular sin ninguna limitación. La legitimación pasiva, es la que protege al tercero que no tiene ningún derecho inscrito a su favor, cuando se relaciona con quien si lo tiene (Fuentes Yáñez, 2013).

Así como en la legitimación activa al titular registral se le considera legitimado para actuar en el tráfico y en el proceso como tal, tanto en el ámbito extrajudicial como en el judicial, igual debe ser en la legitimación pasiva y no debe existir una diferenciación, porque si al tercero que no tiene ningún derecho inscrito a su favor se le reconoce como propietario, al propietario que no inscribió su propiedad tiene protección y se le reconoce como titular, pues así como se le reconoce su propiedad lo que viene a ser una legitimación pasiva, no solo se le debe proteger o brindar seguridad, sino también él debe responder ante lo perjudicial que puede traer consigo su propiedad, es decir se le debe aplicar al igual que la legitimación activa del titular registral. Es así que concluimos que la inscripción registral es fundamental los cual brindara legitimidad plena al titular registral.

11. La carga

Según, (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 24), “viene a ser aquella conducta que el sujeto debe observar a modo de pre-requisito para gozar de un derecho o, en general, de una ventaja o beneficio. En efecto, en algunas oportunidades el ordenamiento jurídico va establecer que para obtener un cierto resultado beneficioso, el sujeto tendrá que realizar un determinado comportamiento (sin estar obligado a ello)”.

La carga, entonces, constituye una situación jurídica mixta, en tanto importa la satisfacción de un interés propio (situación de ventaja), pero, al mismo tiempo la necesidad de realizar un comportamiento (situación de desventaja) para la obtención de aquello (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 24).

Según, (Vincenzo Roppo, pág. 10), “La carga es la situación 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 está 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”.

“También la carga, por lo tanto, tiene doble naturaleza. Participa de las situaciones activas, porque el objetivo final es *atribuir alguna utilidad al sujeto*, o en todo caso realizar un interés suyo (en el ejemplo anterior, darle algún remedio contra la adquisición que no fuera conveniente). Pero participa también de las situaciones pasivas, porque consiste un vínculo impuesto para su acción: el comprador debe hacer la denuncia oportunamente, si quiere aquellos remedios. Además, se diferencia claramente del obbligo: si el sujeto no observa la carga (si el comprador no denuncia el defecto de la cosa) no comete un ilícito y no incurre en responsabilidad, como si ocurre, en cambio, a aquel que no observa un obbligo. El primero simplemente renuncia a una ventaja, porque no se

pone en condición de utilizar su propia posición activa (por ejemplo, la de obtener remedios contra aquel que vendió la cosa defectuosa)” (Vincenzo Roppo, págs. 10-11).

Según, **EXP. N. ° 0016-2002-AI/TC** (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003) en sus fundamentos en el numeral 12 nos dice lo siguiente: “Es evidente que aquellos individuos que cuentan con un título de propiedad registrado poseen una especial ventaja frente a aquéllos que no cuentan con la inscripción. Tal ventaja se traduce, especialmente, en facultades de índole económica. Los que ostentan un título inscrito cuentan con un derecho de propiedad oponible *erga omnes*, razón por la cual será más difícil despojarlos injustamente de su propiedad, con el desmedro económico que ello acarrearía, y tienen mayores posibilidades de convertirse en sujetos de crédito, por mencionar sólo algunas de las referidas ventajas. Existiendo, pues, marcadas distancias entre un título registrado y uno que no lo está, y, por ende, entre los que ostentan un derecho de propiedad con las prerrogativas que la Constitución aspira y aquéllos que no, y considerando que parte importante de las razones por las que se suscitan tales distancias se debe a que no todos tienen el poder adquisitivo para acceder al registro, entonces es deber del Estado instaurar las condiciones para despejar los obstáculos que generan tal desigualdad de oportunidades. Tal ha sido el propósito de la disposición cuestionada. En tal sentido, el legislador ha partido de una presunción meridianamente objetiva: mientras mayor sea el precio del inmueble que se busca inscribir, se presume que mayor es el poder adquisitivo de la persona titular del mismo, y viceversa, mientras menor sea el precio, menor será la capacidad adquisitiva de quien se desea inscribir”.

Por lo tanto respecto a lo mencionado en el párrafo anterior, **entendemos jurídicamente que la inscripción registral es la carga adecuada que las personas deben cumplir para adquirir la legitimidad activa y pasiva ante toda sociedad, y oponibilidad plena.**

TÍTULO II: DERECHO DE OBLIGACIONES

1. Nacimiento y evolución de la obligación

Según, (Maradiegue Ríos, 2000, págs. 25-26), “En el oriente, el Código del Manú, en la India, aparte de recursos amistosos, coactivos y judiciales, concedía al acreedor un medio por demás eficaz para apremiar al deudor; situarse ante puerta de su casa y no permitirle la salida, hasta el extremo de causarle así la muerte por hambre, si no cumplía con la obligación. En Persia, de la obligación contraída eran garantes, con el deudor, los miembros de su familia; y de infringir aquella, lo cual se consideraba verdadero crimen, además de conceptuar de ladrón al moroso (ya que no dar equivale a quitar), respondían deudor y parientes con sus cuerpos e incluso con su vida; y por su puesto con esa forma de muerte en vida que era la esclavitud de anteaño. Entre los hebreos fue conocida también la servidumbre del deudor insolvente, extendida a la mujer y a los hijos mismo. En Egipto, el deudor que no cumplía lo prometido era adjudicado al acreedor. En la antigua Atenas, arquetipo de civilización, quien no pagaba era castigado como delincuente; y si se negaba a las seguridades ofrecidas al requerirle, podía sufrir la pena capital”.

Según la doctrina acogida por los romanistas y civilistas, el origen de la obligación moderna se encuentra en la prehistoria de derecho de roma. El derecho romano primitivo no reconocía sino los poderes inmediatos que se ejerce sobre las personas.

La “obligación” sufrió un profundo cambio durante el período que media entre las Doce Tablas y las Institutas de Justiniano. El estudio de las obligaciones reviste particular importancia, pues los ordenamientos jurídicos de raíces occidentales se han inspirado en las sabias construcciones de la jurisprudencia romana clásica, recogida en el “Corpus Iuris Civilis”. Las obligaciones representan uno de los temas que más influencia ha tenido en todas las legislaciones del mundo (Palacios García, 2002, pág. 36).

Con razón se ha sostenido que los juriconsultos romanos llegaron a ser maestros de esta esfera de los derechos patrimoniales, porque supieron crear, al hacer abstracción tanto del objeto particular de cada obligación como de la personalidad de los obligados, una verdadera aritmética del derecho de obligaciones (Palacios García, 2002, pág. 36).

La obligación romana posee un contenido y un carácter personal. Es la persona del deudor, en su entidad física la que resulta vinculada. La acción que se atribuye al acreedor es, precisamente, una "acción in personam" porque se dirige contra la persona misma del deudor. Es una acción in personam, dice Biondi, porque constituye aquella actividad jurídica enderezada a posesionarse de la persona vinculada que no ha cumplido la prestación (Palacios García, 2002, pág. 44).

En el origen de la obligación se encuentra específicamente en el delito, en la responsabilidad penal o delito, además el infractor, al principio fue expuesto a la venganza del lesionado, después surge la pena del talión para llegar a lo compulsivo, voluntaria primero y necesaria con posterioridad, al intervenir el Estado.

El deudor atado por el vínculo, respondía en la forma que hemos apreciado al tratar de la venganza pública o de la venganza privada. Era considerado como un criminal.

Todas estas situaciones surgidas antiguamente, traen consigo hechos cargados de tensión económica y social con luchas entre los diversos conglomerados sociales.

Según, (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 70), "...el sustento esencial del Derecho de Obligaciones lo encontramos en el Derecho Romano, los canonistas de la Edad Media han desempeñado, en esta materia, papel preponderante, destinado a empapar a la norma jurídica de principios éticos y morales, sin olvidar la considerable influencia pandectistas alemanes. A partir de allí fueron los predecesores del Código Napoleón-Dumoulin, D'Argentre, Domat, Pothier- quienes hicieron aportes fundamentales a la materia. Y el desarrollo continúa a

partir del Código de Napoleón, a través de las numerosas legislaciones que se dictan a su amparo, hasta la promulgación del Código Civil Alemán de 1900. Luego la evolución no cesa y a luz de los Códigos Francés y Alemán, se promulga esa gran obra legislativa que es el Código Italiano de 1942, con influencia determinante en todas las legislaciones civiles de las últimas siete décadas”.

2. Concepto de obligación

El profesor Hernández Gil, como se citó en (Palacios García, 2002, pág. 55), define “el concepto de obligación no es estrictamente privativo del Derecho. La obligación, como todas las grandes instituciones jurídicas, muestra una existencia anterior y superior al Derecho mismo. La idea de la obligación no se da, desde luego, en el mundo de la naturaleza, si no en el mundo de la conducta humana; pero el Derecho sólo acota una esfera de esa conducta”.

Por lo tanto la obligación aparece incluida en la categoría jurídica, técnicamente más amplia, del deber jurídico; todas las obligaciones son deberes jurídicos pero sin embargo no todas los deberes jurídicos son obligaciones.

Si el Derecho de obligaciones fuese del Derecho a la exposición de todos los deberes jurídicos, sería “la versión desde el punto de vista del deber, de todo el Derecho Civil”. Los deberes jurídicos conforman un género, y sólo una de sus especies integra la relación de obligación (Palacios García, 2002, págs. 56-57).

Según, (Diez-Picazo, 2007, pág. 48), define que en el “...Derecho Civil obligación y deber jurídico, son conceptos que poseen un distinto alcance y significado. Para comprenderlo basta recordar lo que entendemos por deber jurídico. El deber jurídico puede concebirse como la necesidad, conforme a un ordenamiento jurídico dado, de que un determinado comportamiento se adopte o se realice. En ocasiones, designa también la motivación o la razón de la adopción de ese comportamiento que es considerado como necesario por el ordenamiento jurídico. El deber jurídico aparece así como aquello que hay que hacer y la razón por la cual hay que hacerlo. La “obligación” constituye un fenómeno mucho más amplio que el puro deber jurídico...”.

El concepto de obligación se utiliza, con una precisión mayor, para expresar el enlace entre un derecho y un deber. La obligación es una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho, que pertenece a la categoría

de lo que más arriba hemos llamado derechos personales o de crédito. Es así que en la obligación se permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar a favor de aquél un determinado comportamiento (deber de prestación).

Así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo, perteneciente a la categoría de los derechos personales o de crédito. Si se prefiere, es la correlación entre ambos elementos componentes: un deber y un derecho; el crédito y la deuda (Diez-Picazo, 2007, pág. 49).

SAVYGNI, como se citó en (Maradiegue Ríos, 2000, pág. 35), “llama obligaciones a las relaciones de derecho en virtud de las cuales se tiene que ejercer dominio sobre un acto determinado de otra persona”.

BOFANTE, como se citó en (Núñez Tomás, 1994, pág. 10), nos define que “la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual uno o más sujetos, por un lado tienen el derecho a exigir una determinada prestación, o sea la ejecución de un acto o de una serie de actos a su favor, o en su defecto una congrua satisfacción patrimonial, y otro u otros sujetos, por otro lado, tienen el deber de cumplirla o de responder con el propio patrimonio para su cumplimiento”.

Una de las definiciones clásicas de obligación la podemos encontrar en las instituciones de Justiniano, donde existen elementos esenciales como son el vínculo jurídico y la exigibilidad, que es el constreñimiento por el cual el acreedor puede compeler a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 54).

Para el Derecho de Obligaciones lo importante son las llamadas obligaciones civiles, es decir aquéllas que generan un vínculo requerido para su cumplimiento o ejecución, vínculo que debe existir entre personas determinadas o determinables. Por tanto una obligación civil no es cualquier tipo de deber, ya que este deber corresponde a un vínculo o relación jurídica (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 55).

Según, Eduardo B. Busso, como se citó en (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 57), “expresa que la “obligación” puede definirse como vínculo que une al acreedor y al deudor de manera recíproca y también sirve para designar la deuda a cargo del sujeto pasivo de la relación e inadecuadamente se utiliza el término para referirse al contrato. Obligación y contrato, según Busso, son conceptos vinculados pero totalmente diferentes. El contrato es una de las

fuentes de las obligaciones y jamás puede ser confundido con la obligación misma. Busso también adhiere a la definición de Enneccerus, para quien el crédito es el derecho que compete a una persona (el acreedor) contra otra persona determinada (el deudor), para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero. El citado profesor argentino complementa esta noción señalando la forma cómo el acreedor podrá obtener la satisfacción de ese interés: sea mediante el cumplimiento voluntario o coactivo, de un acto o de una omisión del deudor, se mediante la acción que la ley autoriza ejercer sobre el patrimonio del deudor”.

De acuerdo a todo lo mencionado anteriormente, la variedad de conceptos que nos brindan diversos autores, la definición de obligación es una relación jurídica que relaciona a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, quien es el deudor, debe cumplir con la prestación a favor de la otra, quien es el acreedor, para así poder lograr satisfacer el interés de este último digno de protección; si el deudor no cumple la prestación, o la cumple parcialmente, ya sea tardía o defectuosa, responderá con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón al elemento coercitivo previsto por ley.

3. Elementos de la obligación

Según (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2008, pág. 86 a la 114), hay cuatro elementos de las obligaciones, los cuales son los siguientes:

3.1. Sujetos de la obligación

Según Pothier, no hay obligación sin existencia de dos personas; una es la que contrae la obligación y otra a favor de quien se haya contraído. Aquel en favor quien se ha contraído la obligación se le llama acreedor; y el que la ha contraído se denomina deudor.

Sin embargo, en principio la obligación no se destruye por la muerte de una o de otra, pues se reputa que dicha persona “vive” en la de sus herederos que la suceden en todos sus derechos y obligaciones.

Esta es una ficción asumida por Pothier, en la que una persona fallecida “vive” para los efectos de sus herederos asuma los derechos y obligaciones que contrajo. Pero no siempre se

transmite la obligación los herederos; ello solo ocurre cuando la obligación no es inherente a la persona, o no lo prohíbe la ley o no se ha pactado en contrario (artículo 1218 del Código Civil Peruano de 1984). Y existe adicionalmente la restricción de que el heredero responda de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta (artículo 661 del Código Civil).

Enseña Busso, que por definición todo derecho subjetivo requiere un sujeto. Según el derecho sea concebido como una facultad de actuar o como un interés protegido, el sujeto será la persona cuya voluntad se ampara o cuyo interés se protege.

Hay que tener en cuenta que los sujetos de la obligación deben ser personas distintas la una de la otra, ya que no sería obligación jurídica el compromiso que una persona contrajera consigo misma.

3.2. Vínculo jurídico

El vínculo jurídico (el *iuris vinculum* de la definición de las instituciones), el elemento que revela el carácter personal de la relación crédito-deuda y que explica porque el acreedor tiene el derecho de exigir y el deudor el deber de cumplir.

El vínculo es un elemento inmaterial, es decir, puramente jurídico, en el sentido de que por medio de la norma jurídica se establece un “nexo” entre el acreedor y el deudor, ubicándolos como polos opuestos en una misma relación jurídica. Esta relación se caracteriza y distingue de otras por las particularidades de ese “enlace” que llamamos vínculo.

Debido a este “vínculo jurídico” que la obligación tiene carácter exigible. En caso contrario, si una obligación no es exigible, nos encontramos ante deberes jurídicos o morales, pero no propiamente ante una obligación.

No cabe, pues relación obligacional en que acreedor y deudor, sean antes separados. Ellos necesariamente tienen que estar

atados por un vínculo jurídico y, por tanto, este constituye elemento esencial de toda obligación.

3.3. Objeto de la obligación

Algunos tratadistas distinguen entre “objeto” de la obligación, como las cosas o los servicios y “la prestación”, como la conducta del deudor que proporciona aquellas cosas o servicios.

Otros autores identifican la “prestación” con el contenido de la relación obligatoria.

Algunos otros, en fin, distinguen entre el “objeto” y el “contenido de la obligación”; en tanto el objeto sería “aquello (bien o utilidad) que le procura al acreedor la satisfacción de su interés”, el contenido, que identifican a su turno con la prestación, será “la conducta que debe desplegar el deudor para que el acreedor obtenga el objeto deseado”. Desde esta óptica, constituirían elementos de la obligación tanto el “objeto” como el “contenido”.

Nosotros seguimos en esta materia a Albaladejo, quien sostiene que la prestación es el contenido y objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado.

La conducta, a través de la cual el deudor satisface un interés del acreedor, puede consistir en prestaciones de dar, de hacer o de no hacer.

En efecto, la prestación, en las obligaciones de dar están constituidas por las actividades del deudor destinados a la entrega de un bien y por su propia entrega; en las obligaciones de hacer, por la ejecución de un hecho que puede ser material (pintar un cuadro y luego entregarlo al acreedor) o inmaterial (transportar a una persona de un lugar a otro); y en las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, por las simples abstención del deudor, quien cumple su obligación no haciendo.

El objeto de la obligación exige, a su turno, la concurrencia de cuatro elementos esenciales: posibilidad, licitud, determinación o de terminabilidad, y patrimonialidad. A continuación analizaremos estos conceptos:

3.3.1. Posibilidad del objeto

Según René Demogue, la obligación debe tener un objeto, que por muy material que sea, no solo debe referirse a una cosa o aun derecho existente o que deberían existir, sino que debe presentar una utilidad para el acreedor. Nosotros estamos en aptitud, en este caso, de sustituir palabra “utilidad”, empleada por Demogue, por la palabra “**posibilidad**”, para llegar al mismo fin.

En nuestra opinión, el primer requisito del objeto, la posibilidad, proviene del principio de que “nadie puede estar obligado a lo imposible”, recogido en nuestra legislación por el artículo 140 del Código Civil, el mismo que señala en su inciso 2 que para la validez del acto jurídico se requiere un objeto física y jurídicamente posible.

3.3.2. Licitud del objeto

Señala Manuel Albaladejo que existen dos casos que no es digna de protección la obtención del fin mediante una prestación jurídica obligatoria, a saber: 1) Cuando el fin en sí es jurídicamente rechazable (por ejemplo, asesinar); 2) Cuando no siendo rechazable el fin en sí, es ilícito quedar jurídicamente constreñido a satisfacerlo; se estima, por tanto, que en determinadas materias ha de haber libertad que no debe disminuirse o excluirse, obligándose el deudor a ciertas prestaciones.

En nuestra opinión, el requisito de la licitud se refiere a que la conducta en que consístela prestación no debe estar prohibida por la ley, ni ser contraria a las buenas costumbres o al orden

público. Así por ejemplo, no sería exigible ni jurídicamente tutelada la obligación de dar cien kilogramos de cocaína para su comercialización ilegal, o una obligación consistente en ejecutar un secuestro o un asesinato. Este principio se encuentra regido genéricamente por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, que señala: “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres”. Además, el caso también está previsto por los artículos 140 inciso 3, y 219, inciso 4, del Código Civil.

3.3.3. Determinación o determinabilidad del objeto

Así como los sujetos de la obligación deben ser determinados o determinables, la prestación también tiene que serlo. Si no fuera así, el acreedor podría exigir a su deudor cualquier prestación, y lo mismo podría hacer el deudor al tiempo del cumplimiento, con lo cual la función de satisfacer un interés tutelado sería absolutamente irrelevante.

Existen tres criterios para determinar la prestación. El primero, el más común, consiste en que las partes la pacten de común acuerdo. Otra forma es posible sobre la base de elementos objetivos (por ejemplo, acordar que el precio de un bien se establezca en función al valor en bolsa o al valor en el mercado, en determinado lugar y día, conforme lo prevé el artículo 1545 del Código Civil). Y, finalmente, a partir de elementos subjetivos (por ejemplo, la elección de la prestación, en las obligaciones de dar bienes inciertos, por un tercero ajeno a la relación jurídica, por aplicación de los principios de elección contenidos en el artículo 1143, segundo párrafo, del Código Civil).

3.3.4. Patrimonialidad de la obligación

René Domogue, se pregunta si la obligación tiene necesariamente un contenido de valor económico.

Se dijo, expresa Demogue, que la prestación debía tener siempre un valor pecuniario. Unos vieron esta fórmula absoluta otros en forma atenuada, diciendo que la obligación con fin no económico debe ser cumplimiento de una obligación natural, o admitiendo que el resultado no económico es, no obstante, de naturaleza monetariamente obtenida: como la promesa de un lugar en el teatro, de una lección de artes de adorno, etc.

La patrimonialidad no se define únicamente por una valuación monetaria, o por una contraprestación, o por un correctivo, o por un interés subjetivo, sino por la prestación en sí, objetivamente considerada. Será el orden jurídico y social, de un tiempo y espacio específico, encarnado por los Tribunales de Justicia, que determinará cuándo una conducta se justifica un sacrificio económico para lograr la satisfacción de un interés, que es justamente lo que constituye la patrimonialidad de la prestación.

3.4. Causa de la obligación

Eduardo B. Busso adopta la doctrina que admite dos causas como fuente de la obligación: la ley y los actos jurídicos.

Según Busso, que los hechos jurídicos y otros elementos que figuren como antecedentes de la obligación no pueden constituir "causa", porque la obligación no ha surgido de su virtualidad jurídica.

Además Busso, nos dice que la norma legal que consagra el principio de la autonomía de la voluntad es simplemente de orden permisivo, pero permitir no es crear, ni consentir es determinar. La ley no es fuente de las obligaciones convencionales que los particulares contraigan en el ejercicio de su libertad jurídica, porque ella no aporta ningún elemento activo a la integración de esas

obligaciones. Es un antecedente remoto, indiferente al efectivo nacimiento de cualquier obligación concreta.

Domat, citado por Busso se refería a las causas de las obligaciones diciendo que “la obligación que se forma en las convenciones a título oneroso, a favor de uno de los contratantes, tiene siempre su causa de parte del otro; y la obligación sería nula si en realidad careciese de causa”.

Por nuestra parte, le otorgamos la palabra causa a res acepciones. Dos corresponden a los elementos de las obligaciones la otra a los contratos:

3.4.1. Causa eficiente o causa fuente de las obligaciones

Antiguamente, en el Derecho Romano y esta concepción es recogida por las legaciones modernas se distinguen cinco fuentes de las obligaciones, esto es los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.

Los contratos eran los acuerdos de voluntad de dos más personas para crear obligaciones. Los cuasicontratos eran aquellos actos que, sin constituir acuerdos de voluntad como en los contratos, generaban efectos similares a éstos. Los delitos se presentaban cuando una persona que actuaba dolosamente causaba un daño a otra. El cuasidelito se configuraba por la producción de un daño originado en el actuar negligente de una persona. La obligación, en fin, también podía emanar de una posibilidad de la ley.

Esta, clasificación en neutro concepto, no debe ser acogida por el derecho moderno. Aquí seguimos casi en forma rigurosa a Planiol. Las únicas “causas eficientes” o “fuentes de las obligaciones”, son la voluntad y la ley.

Son voluntarias aquellas que tienen su origen en la manifestación de voluntad de una persona, pudiendo ser

bilaterales (por ejemplo, los contratos en general) o unilaterales (como sería el caso de una disposición testamentarias, por citar un ejemplo ilustrativo). Son legales aquellas que surgen de un mandato de la ley.

Deben pues descartarse, a nuestro juicio, las antiguas teorías romanas, acogidas por tratadistas modernos, que han dado origen a numerosos Códigos que todavía efectúa enunciados obsoletos de las fuentes de las obligaciones.

3.4.2. Causa legal o causa final de las obligaciones

Pero la causa de las obligaciones no se agota con la denominada “causa eficiente” o “causa fuente”. Existe también como elemento de la relación obligacional, y con la categoría de esencial, la denominada “causa legal” o “causa final”.

La causa responde a la aceptación, a la pregunta ¿por qué se debe?, a diferencia del consentimiento, que responde a la interrogante ¿ha querido deber?, y al objeto, que responde a la pregunta ¿qué se debe?

Vamos a referirnos, en primer término, a la causa de la obligación vinculada al contrato.

Hemos visto que la causa de la obligación es un elemento distinto del consentimiento y del objeto. La causa, en este sentido, es la razón por la cual asume su obligación el contratante. Ella es siempre abstracta, desligada de la personalidad del contratante, idéntica para cada categoría de contratos, se diferencia, desde luego, de la causa del contrato, que es la razón, la finalidad o el móvil que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo.

Donde más claramente se percibe la causa de la obligación es, sin duda, en los contratos de prestación recíprocas, porque ella explica la interdependencia existente, al tiempo de su formación

entre dichas obligaciones. Si en esta clase de contratos las obligaciones no pueden nacer la una de la otra, es decir, si existe interdependencia en el momento de la formación del contrato es porque la causa de la obligación de una de las partes está constituida, justamente, por la obligación.

La causa de la obligación, en suma existe; debe ser lícita, lo que usualmente ocurre por carácter abstracto; y, finalmente, no debe ser falsa.

Se distingue claramente, en consecuencia, la causa legal o final, vale decir, el fin perseguido por las partes al contraer la obligación, de las fuente o causa eficiente generada por la voluntad o por la ley y de la del contrato, que obedece, según se ha expresado, a la razón que decide a cada parte contratar, razón que es personal, ordinariamente reservada y particularmente variable.

Por consiguiente, la denominada “causa legal” o “causa final” constituye, conjuntamente con la denominada “causa eficiente” o fuente de las obligaciones”, elemento esencial de la obligación.

3.4.3. Causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico

La causa tiene una tercera acepción, pero que es ajena al Derecho de Obligaciones. Nos referimos a la causa del contrato, esto es a la denominada “causa ocasional” o “motivo determinante del acto jurídico”.

El motivo para la celebración de un acto jurídico es totalmente irrelevante, pues pertenece al fuero íntimo o personal de quien contrata.

Desde esta óptica el “motivo del acto jurídico” no interesa, pues nadie puede penetrar en las razones que tiene una persona para concretar dicho acto jurídico, si estas no se revelan.

Sin embargo, la razón por la cual puede adquirir singular interés, inclusive para anular el acto jurídico, es cuando ella se revela en forma expresa y, además, resulta ser falsa. Es lo que se denomina error en el motivo, que sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y aceptada por la otra parte (artículo 205 del Código Civil Peruano).

La causa que existe en el acto jurídico, solo adquiere trascendencia cuando se revela en forma expresa y es aceptada por la otra parte, y que se trata de un concepto diferente a los elementos esenciales de la obligación, esto es a la “causa eficiente” o “fuente de las obligaciones” y a la “causa legal” o “causa final”.

4. Fuentes de las obligaciones

4.1. Concepto

Según, (Palacios García, 2002, pág. 145), nos dice que “...Fuente es origen. Serán fuentes de la obligación los hechos jurídicos dotados de virtualidades productoras del nacimiento de la obligación, o también las causas jurídicas a las que el derecho atribuye el efecto de hacer nacer relaciones obligacionales. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que haya producido. Tampoco en el mundo del derecho hay generación espontánea, de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro algo que de razón de la existencia del primero”

Las fuentes voluntarias de las obligaciones son los actos jurídicos, es decir la creación de vínculos jurídicos, mediante el cual alguien denominado deudor debe satisfacer una prestación de dar, hacer y no hacer en favor de otro que se llama acreedor, en suma son los que nacen de un contrato; otra fuente de las obligaciones son aquellas que no nacen de la voluntad de las partes, que no se

origina en un acto jurídico, sino producen obligaciones con independencia de la voluntad de los agentes o sea, son obligaciones que nacen de la vida jurídica en ausencia de cualquier convención: las que nacen por autoridad de la ley y las que se origina en un hecho personal del obligado (Palacios García, 2002, págs. 145-146).

4.2. La voluntad

Así entendemos que la voluntad en sentido jurídico implica la concurrencia de tres requisitos o presupuestos fundamentales: discernimiento, intención y libertad (Maradiegue Ríos, 2000, pág. 40).

Cuando la voluntad se exterioriza produce el nacimiento de un acto jurídico, como sabemos toda relación obligacional es fundamental un negocio jurídico, pues cuando las partes (acreedor y deudor) acuerdan con cumplir en la relación obligacional surgida, pues las partes están manifestando su voluntad.

4.3. La ley

Es la norma jurídica la cual origina derechos y obligaciones que tienen que ser respetadas. Esta fuente de la obligación proviene del legislador que las plasma en las normas jurídicas

Aquellas normas jurídicas, son disposiciones imperativas que imponen obligaciones, donde no existe voluntad de las partes para obligar una con la otra.

5. Las partes de la relación obligatoria

5.1. Los sujetos de la obligación: el acreedor y el deudor

La relación obligatoria, como todas las relaciones jurídicas, precisa la existencia de dos partes o sujetos. Usualmente se les denomina a estos sujetos acreedor y deudor. Es acreedor el titular del derecho de crédito y el deudor la persona sobre quien pesa el deber de prestación (Diez-Picazo, 2007, pág. 157).

Ahora como bien sabemos el acreedor siempre es el sujeto activo de la relación obligacional, es el sujeto de derecho que busca satisfacer alguna necesidad y pacta con el sujeto pasivo (deudor) para que cumpla con dar un bien, prestar un servicio o que se abstenga de algo que hayan pactado. Cuando hablamos del deudor sabemos que es la parte pasiva de la obligación, el deudor es quien va estar obligado a cumplir con la prestación.

Según, (Diez-Picazo, 2007, págs. 157-158), “La caracterización de los sujetos de una relación obligatoria como acreedor y deudor es sin embargo algo que sólo puede hacerse en las relaciones obligatorias simples. En las relaciones obligatorias complejas puede ocurrir que recaiga sobre una misma persona un crédito y una deuda (el vendedor es acreedor del precio pero es deudor de la entrega de la cosa y lo contrario le ocurre al comprador)”.

Como sabemos los sujetos de las relaciones obligatorias pueden ser todas las personas, como son las personas naturales y las personas jurídicas.

Pueden ser sujetos de las relaciones obligatorias las personas cuya capacidad de obrar se encuentra limitada y las que se encuentran incapacitadas, siempre que se trate de obligaciones independientes de la voluntad de los sujetos o que en el acto de constitución de la obligación hayan tenido intervención las personas cuyo concurso debe suplir la limitación o la falta de capacidad. Naturalmente, en todos estos casos el ejercicio de los derechos de crédito y cumplimiento de los deberes de prestación deberá ser llevado a cabo también por las personas a quienes

competa suplir o complementar la capacidad (Diez-Picazo, 2007, pág. 158).

6. Derecho de crédito

6.1. Naturaleza y contenido

Según nos dice, (Diez-Picazo, 2007, págs. 101-102), "...el crédito es el derecho que el acreedor ostenta, para obtener la satisfacción de su propio interés y que se concreta fundamentalmente en la posibilidad de exigir del deudor aquella conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de prestación. El derecho del acreedor ha de encuadrarse dentro de la categoría general del derecho subjetivo. La situación no es una simple expectativa de una conducta futura del deudor, sino un auténtico poder jurídico para exigirla. Tampoco cabe decir que el acreedor no posee un verdadero poder jurídico, sino simplemente una acción, en cuanto que su única posibilidad es la de dirigirse a los órganos del Estado a fin de que estos aseguren y tutelen su interés económico. No puede decirse, finalmente, que el derecho del acreedor sea un derecho sin contenido o que sea un simple poder de agresión sobre los bienes del deudor. En el crédito existe un auténtico y típico derecho subjetivo. Sin embargo, una más precisa puntualización del concepto y una más detenida disección del fenómeno, debe hacer hincapié en algunos extremos que parecen de importancia. El crédito no es tan sólo un derecho subjetivo. Al acreedor no sólo se le atribuyen poderes, si no que se le imponen cargas y deberes. El crédito es una situación jurídica compleja- la situación del crédito o la posición acreedora, donde confluyen facultades, pero donde confluyen también cargas y deberes".

6.2. Concepto

Según, (Diez-Picazo, 2007, pág. 102) “definir al derecho de crédito como “derecho a exigir la prestación debida”, es reducir y estrechar el problema y simplificarlo indebidamente el derecho de crédito es toda la situación de poder – de poder jurídico pero también de poder económico y de poder social- que el ordenamiento concede a la persona del acreedor para la tutela y para el logro de su interés. El derecho de crédito aparece así, antes que nada, como un centro de unificación e imputación de facultades jurídicas. Es una situación de poder, unitaria y objetivada, en la cual confluye un haz de facultades del que es titular el acreedor”.

El derecho de crédito no se agota únicamente en la facultad de exigir al deudor el cumplimiento de la prestación, sino que, cabe destacarlo, el mismo está integrado además por un conjunto de facultades tal como: poder transmitir el crédito a terceros, afectarlo a garantías, renunciar o condonar la deuda, conservar el mismo, resolver el acto negocial ante el incumplimiento del deudor, conservar la solvencia del deudor, etcétera (Calvo Costa, 2005, pág. 267).

Al hablar del derecho de crédito sabemos que estamos hablando de un derecho subjetivo el cual está conformado por el conjunto de poderes y facultades que competen al acreedor, quien busca obtener la satisfacción de su propio interés y que se va concretar cuándo exija al deudor aquella conducta patrimonialmente la cual es la conducta de prestación.

La situación del acreedor en el derecho de crédito no es una simple expectativa futura, sino un auténtico poder jurídico para exigirla. La tutela que le presta el derecho al acreedor, es razón suficiente para que produzca tranquilidad y confianza, que más adelante llegara a satisfacer su interés pendiente.

El derecho de crédito se dirige a la obtención del objeto específicamente debido. En caso de incumplimiento nace una nueva obligación, en virtud de la cual el acreedor puede dirigirse al patrimonio del deudor para tomar de él la indemnización pertinente (Palacios García, 2002, pág. 123).

Según, (Palacios García, 2002, págs. 123-124), “el núcleo central del derecho de crédito lo constituye la facultad de exigir la prestación. Consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción del comportamiento debido. La facultad de exigir la prestación va acompañada, como medida complementaria, del poder de agresión sobre los bienes. La agresión sobre los bienes del deudor se realiza a través de dos etapas: la primera de ella es el embargo y la segunda la ejecución, en que se faculta la realización de los bienes del deudor, se dirige a promover su venta en pública subastada y a destinar el precio obtenido a la realización del interés insatisfecho”.

El derecho de crédito se encuentra conformado por la facultad de pretender, dirigirse a otra persona y exigir o reclamar de ella una acción o una omisión que logre satisfacer su interés (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 61).

En el derecho de crédito el interés se realizara mediante la utilidad esperada por el titular será obtenida por medio de cooperación de otro sujeto, es así que el objeto del derecho de crédito está constituido por la prestación debida que el deudor debe ejecutar para satisfacer al acreedor, además el objeto puede ser determinado y determinable, hay que tener en cuenta que en el derecho de crédito prima la voluntad de los sujetos.

6.3. El núcleo central del derecho de crédito, la facultad de exigir la explicación y el poder de ejecución sobre bienes del deudor

Según (Diez-Picazo, 2007, págs. 102-103), “el núcleo central del derecho de crédito lo constituye la facultad de exigir la prestación. Consiste en la posibilidad de formular una justa pretensión frente al deudor y reclamarle la adopción de comportamiento debido. La facultad de exigir la prestación va acompañada, como medida complementaria, del poder de agresión sobre los bienes... Cuando el crédito no ha sido constituido a través de un título ejecutivo, el acreedor puede convertir su derecho en ejecutivo mediante la obtención de una sentencia condenatoria. Una vez convertido el derecho en ejecutivo, la facultad de exigir la prestación se concreta en una facultad de agresión contra los bienes del deudor. La agresión sobre los bienes del deudor se realiza a través de dos fases o etapas: la primera de ellas es el embargo y la segunda la ejecución en sentido estricto, expropiación o realización del valor de los bienes, el embargo como dice GUASP, es un mecanismo procesal y, más precisamente, un acto de instrucción que se realiza dentro de un proceso de ejecución. Mediante el embargo quedan afectados los bienes sobre los cuales el embargo recae al resultado del proceso. Esta afectación se produce mediante una sujeción directa y personal, que traba el bien cualquiera que sea en el futuro su titular o poseedor. Con el embargo se adquiere la potestad real de actuar jurídicamente sobre los bienes embargados, o como se ha dicho también, un derecho real a recibir satisfacción con el valor de tales bienes tras su realización. La última fase de la ejecución forzosa del crédito consiste en la expropiación de los bienes del deudor para destinar su importe al cobro de lo debido. La última fase de la ejecución forzosa del crédito consiste en la expropiación de los bienes del deudor para destinar su importe al cobro de lo debido. Este poder o facultad de los acreedores, que puede llamarse facultad de realización de los bienes del deudor, se dirige

a promover su venta pública subasta y a destinar el precio obtenido a la realización del interés insatisfecho”.

6.4. Facultades de disposición sobre el crédito

Al tratarse de un derecho subjetivo, entonces en el crédito también del derecho ostenta un poder o facultad de disposición, el cual se basa en la posibilidad de realizar determinados actos jurídicos, los cuales van afectar completamente al derecho.

6.5. La evolución social y económica del Derecho de Crédito y la necesidad de una tutela más efectiva

Según BUSNELLI, citado por (Ronquillo Pascual , 2015, págs. 209-210), nos dice que “...nadie puede negar hoy en día nos desenvolvemos y relacionamos en el marco de una economía dinámica, caracterizada por un acelerado ritmo de los intercambios, que lleva necesariamente a multiplicar la frecuencia de las relaciones obligatorias; situación que empuja reconocer una mayor importancia a los DERECHOS DE CRÉDITO, en oposición a lo que sucedía en una economía estática en donde la mayor importancia recaía sobre los derechos de propiedad”.

Según FERNANDEZ AREVALO, citado por (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 211), nos explica que “el crédito parece no ya únicamente como una posibilidad de obtener la prestación del deudor, sino generador de intereses susceptibles de entrar en un ciclo de negociabilidad en función de estos, de ser cedido obteniendo un beneficio, de ser cedido como garantía de otra obligación; el crédito pasa a formar parte del activo patrimonial, y como tal se computa. Por esa inclusión en el tráfico jurídico, el crédito se cosifica, e incluso para facilitar su movilidad se incorpora a un título, en los supuestos de los títulos valores. La evolución social y económica del crédito: el tránsito de una economía agraria a otra industrial, y la propia dinámica de esta, marcan las

trascendencias de estos derechos y la necesidad de una tutela más efectiva”.

La economía moderna puede ser definida entonces, como crediticia.

Considerar hoy en día al derecho de propiedad como el derecho patrimonial más importante no tiene el asidero en nuestra realidad, estamos seguros que anteaño tal idea pudo resultar irrefutable, tanto que en su momento riqueza era sinónimo de propiedad, empero, el paso de una economía estática a una economía dinámica, a una economía industrial, nos empuja a reconocer un papel trascendental al derecho de crédito, y ello puede constatarse, en primer lugar, del hecho de que es la obligación el instrumento para llevar a cabo la dinámica de la vida económica, es decir, es a través de ella que se cumple una función de intercambio de bienes y de servicios y, en segundo lugar, del hecho de que en los sistemas económicos desarrollados la riqueza consiste más que en cosas, en relaciones, en pretensiones, las mismas que, por lo general, nacen de contratos (Ronquillo Pascual , 2015, págs. 211-212).

En este contexto se entiende jurídicamente que al Derecho le corresponde reconocer el rol que cumple el derecho de crédito en nuestra actualidad, reconocimiento que ha de reflejarse con más mecanismos de tutela de este derecho subjetivo y reforzar los ya existentes.

6.6. La Tutela Aquiliana del Crédito

La doctrina tradicional sostiene que los derechos de crédito solo son eficaces inter partes, esto es, entre acreedor y deudor y, por consiguiente, son imposibles frente a terceros; mientras que los derechos reales cuentan con una eficacia erga omnes, esto es, con oponibilidad frente a terceros. Siguiendo esta premisa, y sin mayor análisis, se ha afirmado que los derechos de crédito no afectan a

los terceros y que, por lo tanto, al serles indiferentes, estos pueden desconocer su existencia ya que no pesa sobre ellos ningún deber negativo de abstención (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 73).

En Italia existió una restrictiva y uniforme tendencia jurisprudencial a la hora de conceder el resarcimiento de los llamados *danni riflessi*- es decir, todos aquellos daños que sufren las personas distintas a la víctimas directa del ilícito, aunque se ha apreciado en los últimos tiempos una cierta inclinación hacia la ampliación de los legitimados para reclamar (Calvo Costa, 2005, pág. 280).

El supuesto de lesión al crédito por parte de un tercero quien viene hacer ajeno a la relación obligacional va constituir un supuesto de esta clase de daño.

En el Derecho Italiano los casos que fueron de mayor discusión que han sido originados por los perjuicios de un tercero, estos daños han traído consigo causas de muerte como veremos a continuación; la tragedia de Superga, en este caso podemos apreciar como los jueces de ese entonces influenciados, sin lugar a dudas, por la distinción entre derechos absolutos y relativos y por las inferencias lógicas a que dicha distinción conlleva-negaron al acreedor el resarcimiento de los daños sufridos por obra de un tercero. Los hechos fueron los siguientes: el 4 de mayo de 1949, volviendo de un partido de futbol, el avión que transportaba a todo el equipo de la Associazione Calcio Torino, se estrelló con la colina de Superga y, como consecuencia de ello, fallecieron todos los jugadores de dicho equipo. El club en su condición de acreedor de una obligación personalísima, interpone una demanda contra la compañía aérea Societa Ali Riunite (tercero) exigiendo una indemnización por los daños que ocasionó el haber perdido a todos sus jugadores. La Corte Suprema di Cassazione resolvió este caso en 1953 desestimando la demanda, y expresando entre sus fundamentos que “solo existe un hecho ilícito cuando se viola una norma que tutela un derecho subjetivo absoluto, y que los

derechos de crédito, como consecuencia de su carácter relativo, solo pueden ser violados por el deudor (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 74).

Todo este tema apasiona a muchos civilista italianos, es así como en 1953, Luigi Bellini, citado por (Ronquillo Pascual , 2015, págs. 75-76), en su *lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale*, “observaba una similitud entre derecho real y derecho de crédito, similitud que descartaba la diferenciación entre derechos absolutos y relativos. Así, este jurista italiano **hablaba de un aspecto activo y uno pasivo, presentes tanto el derecho real como en el personal**, y explicaba que en el derecho real existe un aspecto activo en el cual el titular no entra en relación con terceros, sino que el derecho se configura como ius in re, es por ello-nos dice-que en este aspecto no puede configurarse un supuesto de violación del derecho real por parte de terceros, esto último solo puede darse en aspectos pasivos, dado el deber de abstención de los terceros. Por su parte, en el derecho personal la faz activa es la que realiza el contenido del derecho y en ella rige el principio de relatividad, ya que el acreedor solo puede dirigirse al deudor para obtener el cumplimiento de la obligación, mientras que en el aspecto pasivo del derecho de crédito vendría a ser eventual y no necesario, puesto que solo vendría a originarse por un hecho que interrumpa la normalidad de la relación jurídica”.

Ahora bien- de acuerdo al citado autor anterior, este hecho puede deberse a dos supuestos según (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 76): el primero se presentará en caso de incumplimiento del deudor, en cuyo caso el acreedor encontrará amparo en las normas de responsabilidad contractual; el segundo supuesto se presentará cuando el acreedor vea frustrado su interés por un hecho no imputable al deudor sino a un tercero, en este caso la tutela contractual no es suficiente ya que el tercero es ajeno al contrato y cabría entonces, recurrir a las normas de

responsabilidad extracontractual, con la cual el crédito recibe tutela erga omnes.

Lo expuesto nos conlleva a concluir que también el derecho de crédito posee un aspecto erga omnes, idea que comparto al igual que Ronquillo Pascual y Bellini, así se demostrara las equivalencias entre derechos reales y personales en cuanto la tutela en la faz pasiva; la diferencia entre ambos-nos dice-se reduce al aspecto activo.

Por lo tanto al hablar del tema de la tutela aquiliana del crédito, se entiende jurídicamente que es fundamental desde la perspectiva que se demuestra, que el derecho de crédito puede ser lesionado no solo por el deudor, sino también por un tercero, es así que el acreedor opone su derecho de crédito no solo al deudor sino también a un tercero, por lo que el derecho de crédito cuenta con eficacia erga omnes.

a) Lesión mediata del derecho de crédito por un tercero

En este tipo de lesión la conducta del tercero va lesionar directamente a un derecho subjetivo del deudor, pero en dicha vulneración involucra también, la lesión del derecho de crédito del acreedor.

b) Lesión inmediata del derecho de crédito por un tercero

Acá se apreciara que la conducta del tercero ocasiona lesión del derecho de crédito pero sin que este llegue a ser consecuencia de la vulneración de algún otro derecho correspondiente al deudor.

6.7. Conclusión

Concluimos que el derecho de crédito es oponible ERGA OMNES, desde el momento que se generan consecuencias jurídicas negativas para aquellos terceros que conociendo la existencia del derecho de crédito, lesionan dicha situación jurídica subjetiva.

Es así como sabemos que el derecho de crédito puede ser lesionado por un sujeto diferente al deudor (por un tercero ajeno a la relación obligatoria), además el deber generalísimo de no dañar a los demás nace a favor del derecho de crédito.

Para terminar comparto esta idea expuesta por, (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 90), **“El derecho de crédito será erga omnes, no porque todos los terceros tengan que cumplirlo ello le corresponde únicamente al deudor- si no porque – tal como sucede con el derecho real-todos tienen el deber de respetarlo”**.

TÍTULO III: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Análisis económico del derecho

Según, (Figuroa Cercedo, 2010, pág. 48), “El Análisis Económico del Derecho es una escuela del pensamiento jurídico, que ha aparecido en los países anglosajones con base en la evolución del pensamiento económico, en especial entre 1930 y 1970. El AED viene siendo tratado en nuestro país recién en la década de los ochenta, centradas básicamente en los trabajos del Instituto Libertad y Democracia (ILD), liderado por Hernando de Soto. El trabajo del ILD se basó inicialmente en un análisis de la informalidad en el Perú, para lo cual tuvieron que hacer evaluaciones sobre los costos de transacción, ya que los costos de la legalidad de todo ese mundo informal fue muy amplio, debido a esa informalidad se creó un propio mercado y sus propias reglas para poder superar los costos de transacción que el sistema legal imponía. Esta década de los ochenta marcó toda una época en la historia de la economía peruana, fue un momento muy oportuno para que el AED ingrese a nuestro país, el cual venía sufriendo de una informalidad terrible, donde quizás no se veía la posibilidad de hacer un análisis costo-beneficio de la informalidad y ver que posible solución se hacía para la legalización de la misma”.

El Análisis Económico del Derecho es una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los años ´60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho (Bullard González, 2006, pág. 41).

El Análisis Económico del Derecho para entenderlo y aplicarlo tenemos que ver la realidad, es así que lo que busca es establecer costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas, viene a ser una técnica de regular conducta y es así que llega a ser aplicado para determinar costos y beneficios de estas conductas.

En el AED se estudia que los sujetos en sus conductas tienden a modificar algo, ya sea riqueza o utilidad, ahora cuando se predicen las

conductas de los sujetos (seres humanos), se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos y que en consecuencia llegan a buscar lo que les favorece y evitan lo que los perjudica, es decir tratan de maximizar beneficios y minimizar costos.

El AED es una metodología de interpretación del derecho que se usa como herramienta principal de análisis a la Economía; esta es una ciencia social que estudia las relaciones sociales que tienen que ver con los procesos de producción, intercambio, distribución y consumo de bienes y servicios, entendidos estos como medios de satisfacción de necesidades humanas (Figuroa Cercedo, 2010, pág. 43).

Según, (Bullard González, 2006, pág. 41), nos dice que “el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la Economía aparece como evidente. Si uno quiere regular conducta, aprender a predecirla es de suma utilidad. Saber el impacto de una ley, de una decisión judicial o de un contrato en la conducta futura permite poner al Derecho en contexto de la realidad”.

El AED sería de mucha ayuda para interpretar un marco normativo, en ver las consecuencias de tal normatividad en las personas y ver si realmente se puede obtener un beneficio de las mismas.

Esto mismo nos señala el Dr. Freddy Escobar, quien es citado por (Figuroa Cercedo, 2010, pág. 46), “hace una explicación muy corta y muy clara sobre el AED y “señala como podría ser de utilidad a la hora de interpretar nuestro derecho positivo, hace tal explicación y lo fundamenta en tres cosas: a) señala que el Derecho positivo no es un cuerpo normativo “coherente” ni “autosuficiente” debido a que su contenido es el resultado sustancialmente amorfo e impreciso del enfrentamiento de fuerzas opuestas en los planos político, económico, social y cultural; b) señala también que el AED representa un mecanismo racional que el operador jurídico puede emplear para superar las contradicciones internas del sistema así como para dotar de contenido a las normas vagamente consensuadas por las fuerzas indicadas; y, c) finalmente

señala que el razonamiento que privilegia el valor eficiencia no desconoce la historia del sistema local ni traiciona sus valores”.

El AED se basa en un análisis costo-beneficio, se tiende mucho a pensar que es un análisis deshumanizante: es convertir en números el Derecho, que tiene que ver con la justicia, con la conducta humana y con los valores. Eso no es lo que persigue el AED. Lo que persigue es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Y, como dice Calabresi, citado por (Bullard González, 2006, pág. 43), “... desperdiciar en una sociedad donde los recursos son escasos, es injusto. Lo que se busca es, por tanto, un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente, es decir un Derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conductas adecuados para lograr sus fines”.

Según, (Bullard González, 2006, pág. 44), “El AED utiliza básicamente herramientas de microeconomía: como la teoría del consumidor, teoría de la empresa, racionalidad individual, etc. El elemento principal es determinar que es eficiente a través análisis costo-beneficio. Lo que se persigue con este análisis es identificar porque los individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van ayudar o no alcanzar la eficiencia. Por ejemplo, las normas legales pueden ser vistas como costos y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja que tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada), bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma”.

Lo interesante del AED es que, contra lo que muchos creen, no es un análisis patrimonial o monetario necesariamente, pues como demuestran los trabajos de Gary Becker, uno puede analizar con el AED casi cualquier conducta (Bullard González, 2006, págs. 45-46).

2. Aspectos formales del análisis económico del derecho

Según, (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 49), “el AED tiene dos aspectos, **un aspecto descriptivo y un aspecto normativo**; en su aspecto descriptivo aplica ese método económico para ver cuáles serían los efectos de las normas jurídicas en el comportamiento de las personas; el otro aspecto que lo conforma es el normativo, el cual se encargara de analizar que normas se pueden preferir sobre otras a la hora de buscar la eficiencia en la aplicación de las mismas”.

Por lo tanto se puede detallar que el AED es una metodología para tratar de predecir el comportamiento de las personas dentro de un sistema legal; sucede que las personas responden a estímulos, lo que les agrada lo repiten y lo que no lo descartan, a través de estímulos se puede lograr la aceptación de ciertos parámetros en la vida personal de alguien; es así que de esa manera que el AED trata de investigar y ver cuál sería el efecto de las normas en el comportamiento de las personas, de allí se verá si serian eficientes las mismas para el objetivo que se desea lograr. Así mismo, se trata de analizar el sistema legal en sí mismo, de tal forma que las leyes que se den generen las consecuencias que se esperan y no otras no deseadas; con este aspecto se desea lograr la efectividad al máximo de las normas, para ello se debe trabajar en concordancia con el aspecto descriptivo también (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 49).

Según (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 50), nos dice que “Hay que tener en cuenta que el AED no sólo abarca con sus dos aspectos la interpretación de normas y el análisis económico en la creación de las mismas; cuando nos referimos a que el AED trata de describir el efecto que las normas provocan en las personas, no sólo abarca el efecto de las normas, sino también a los efectos de las decisiones judiciales, las cuales van a producir incentivos que modifiquen la conducta no sólo de los afectados, sino de las demás personas, ya sea incentivando o desalentando determinada actividad”.

3. Supuestos básicos del análisis económico del derecho

En la doctrina del AED se dice muy frecuentemente que todos los presupuestos sobre lo que se analiza, toman como punto de partida el comportamiento de una persona racional, se dice: “un consumidor racional”, “un comprador racional”, un comportamiento racional”, “un vendedor racional”, etc., el cuestionamiento que nos haríamos sería si es que todos actuamos racionalmente en nuestras vidas, ya que el estudio parte de esa premisa, la cual si está equivocada no va a reflejar lo que es en la realidad. Miremos a continuación lo que nos señala parte de la doctrina del AED (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 51).

El doctor Freddy Escobar, como lo cita en su tesis (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 52), nos señala que “las facetas descriptiva y normativa se basan en ciertas premisas:

- Las personas actúan “racionalmente”, tratando de maximizar sus beneficios (tangibles e intangibles); y,
- El “bienestar social” está determinado por el agregado de los beneficios obtenidos por cada uno de los integrantes de la sociedad.

El AED se basa en esas dos premisas, muchos de sus análisis toman como presupuesto básico el actuar de una persona racional que busca maximizar sus beneficios, para comprender mejor esto deberíamos preguntarnos qué se entiende por racionalidad. La racionalidad es una capacidad humana que permite pensar, evaluar y actuar de acuerdo a ciertos principios de optimidad y consistencia, para satisfacer algún objetivo o finalidad. Usando la razón, las personas intentan tomar sus decisiones para conseguir los mayores beneficios, buscando su mejor economía y con las limitaciones de su entorno y de sus capacidades”.

Uno de los exponentes más destacados del AED, Richard Posner, citado en la tesis de (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 53), también toca el tema de la racionalidad de las personas, nos dice que “la mayor parte del AED consiste en trazar las consecuencias que se derivan de asumir que las personas son más o menos racionales en sus interacciones sociales. Nos

dice también que la racionalidad implica la toma de decisiones y la gente tiene muchas veces que tomar decisiones bajo condiciones de profunda incertidumbre. Esto lo podemos aplicar a ver como son los efectos de la aplicabilidad de las normas en los comportamientos de las personas; definitivamente, como dijimos párrafos atrás, las personas no son nada racionales a la hora de tomar sus decisiones”.

Definitivamente, cuando hablamos de premisas básicas para entender el AED estamos hablando de dos cosas, de personas racionales y que éstas buscan la maximización de sus beneficios, pero esto no es una regla estricta, pueden existir elementos que distorsionen estas premisas. El Dr. Escobar, citado en la tesis de (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 53), nos señala que “dichas premisas pueden ser modificadas en función de la evidencia psicológica o sociológica sobre las tendencias conductuales de las personas; o, en función de la opción política que se adopte en torno a la distribución de la riqueza”.

Como se dijo anteriormente el AED debía analizar las normas y ver los efectos de estas en el comportamiento de las personas, pero que sucede, si al analizar y estudiar el estado psicológico y sociológico de las personas, vemos que puede afectar ese comportamiento, entonces nuestro análisis sobre los efectos de las normas sobre el comportamiento de las personas no va a ser muy certero que digamos; además el AED es quien está llamado a investigar y analizar el efecto que las normas tendrán en las personas, ver las distintas consecuencias que pueden provocar, ver que no todos van a reaccionar igual y entender que no todas las personas actúan racionalmente, pero lo que si entendemos es que todos buscan la maximización de sus beneficios económicos, lo que al final se traducirá, sumando todos esos beneficios, en un bienestar social (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 53).

4. Los conceptos económicos básicos del análisis económico del derecho

Como repetidamente ha quedado dicho, las premisas conceptuales de las que se nutre el AED son aquellas que derivan del modelo neoclásico, y

las categorías de análisis utilizadas para la interpretación económica del mundo jurídico son, en esencia, las mismas que la escuela neoclásica vierte sobre la realidad de los hechos económicos para conocerlos científicamente.

4.1. La conducta económica racional

Según Mishan, citado por (Torres Lopez , 1987, pág. 30), “el primer gran componente del modelo neoclásico es el “individualismo metodológico”. Ahora si el gran problema que se debe hacer frente a la Ciencia Económica es la de la escasez, se analiza exclusivamente en base al comportamiento del individuo. Los grupos o colectivos que forman la dinámica social serán, en todo caso, analizados como resultados del comportamiento de los individuos que lo componen”.

Según, (Torres Lopez , 1987, pág. 30), “el bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus miembros e, incluso, las acciones y decisiones del gobierno o Estado se contemplaran como resultados del comportamiento de los individuos que conforman los diferentes cuerpos burocráticos. De este presupuesto individualista se derivan, por lo demás dos importantes proposiciones: en primer lugar, que los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar y, en el segundo lugar, que sus juicios no dependen del bienestar o de la situación de los demás individuos, es decir, que se excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica”.

Ahora según HIRSHLEIFER, según (Torres Lopez , 1987, pág. 31), existen presupuesto de racionalidad se siguen a su vez, tres importantes corolarios:

- ✓ Todos los bienes son sustituibles, de manera que siempre habrá una combinación de intercambio entre dos bienes que

proporciones idéntica satisfacción, es decir, en tal proporción, sean igualmente preferidos.

- ✓ El individuo siempre llevará a cabo una conducta maximizadora. Preferirá siempre, como suele decirse, lo más o menos y tratará en cualquier situación de maximizar su beneficio o utilidad o minimizar costes o beneficios de sus acciones actuará de forma predecible.
- ✓ No sólo el individuo tratará de que los beneficios superen a los costes sino que para aquellos resulten adecuados a su conducta maximizadora, su nivel de actividad o el límite hasta donde llevará a cabo sus acciones vendrá determinado por la igualdad entre su beneficio y su coste marginal.

Básicamente estos presupuestos conforman el núcleo central del modo neoclásico.

Sobre la base de todos estos criterios y postulados, el modelo neoclásico establece la posibilidad de que sea alcanzado un máximo de utilidad o bienestar individual. Sin embargo, el verdadero problema económico es cómo trasladar el propio concepto de bienestar individual y sus propios condicionantes a escala social, a nivel de toda sociedad, porque, como ha dicho ARROW, citado por (Torres Lopez , 1987, pág. 31), “que afirmó la imposibilidad de encontrar una regla que permita definir una función colectiva del bienestar no impuesto, “si seguimos la tradicional identificación de la racionalidad con alguna forma de maximización..., entonces el problema de alcanzar un máximo social a partir de los deseos individuales es precisamente el problema que ha sido siempre primordial en el campo de la economía del bienestar”.

En conclusión, una causa más inviabilidad del modelo neoclásico tal y como es formulado en su puridad, es la ausencia del supuesto

mismo de competencia perfecta, cuando la existencia de monopolios, oligopolios, diferenciación de productos, etc., impide que los comportamientos de los agentes económicos se ajusten a la ya referida regla de igualdad entre el precio y el coste marginal, pudiéndose dar lugar así a la existencia de beneficios o rentas extraordinarios que distorsionan el comportamiento adecuado que lleva al óptimo grado de eficiencia (Torres Lopez , 1987, pág. 34).

4.2. La corrección de las imperfecciones del mercado

La existencia de una o varias de estas circunstancias obliga a adoptar medidas de correctoras que devuelvan la perfección al mercado o que coadyuven a llevar la eficiencia aun desde afuera del mismo.

Así, la existencia de bienes públicos puede dar lugar al establecimiento de impuestos que compensen la exclusión o los costes de transacción positivos deberán ser corregidos por medio de leyes que simulan las condiciones ideales de los mercados.

Obviamente, sobre el reconocimiento de la necesidad de intervenir de cualquier forma para restablecer las condiciones del mercado, la aceptación de medidas políticas superpuestas a la estructura del mismo conlleva a una diferente concepción sobre los criterios que pueden garantizar el bienestar colectivo, pues, de hecho, no siempre ha sido aceptado que la intervención sea el corolario de la ausencia de alguna de las condiciones que visualizan el mercado de competencia perfecta (Torres Lopez , 1987, págs. 34-35).

En todo caso, y pese a que el propio concepto de eficiencia ha requerido ser considerado como un concepto contextual que debe matizarse en cada acción económica tanto su generalización como objetivo superior y la difícil contrastación de alguna de las bases de partida para lograrla han dado lugar a una importante controversia en el análisis económico y que lógicamente se extrapola, tal y como veremos, cuando este aplicado en el derecho. Porque si el

objetivo de eficiencia no es alcanzable siempre y en toda circunstancia, la consecuencia natural es plantearse si es aceptable como objetivo único a alcanzar en todo momento o si no es más consecuente proponerse como tales a otros que vayan más allá de la asignación técnicamente eficiente (Torres Lopez , 1987, pág. 36).

4.3. El concepto amplio de bienestar social

Según J. ROBINSON, citado por (Torres Lopez , 1987, pág. 37), que “no hay fines económicos y es en tal sentido que se puede afirmar que cualquier objetivo que satisfaga los deseos o necesidades de los sujetos económicos por medio de la utilización de recursos escasos es ya u objetivo de lo que en términos generales denominados políticas económicas y se constituye como componente del bienestar social que es perseguido por la acción económica”.

En definitiva, se trata de dilucidar si la Ciencia Económica se constituye sobre la base de asegurar la virtualidad de unos comportamientos que se presumen los más adecuados con arreglo al fin supremo de la eficiencia o sobre la base de proporcionar las claves que permitan orientar e influir sobre las conductas de manera que se alcancen, por el camino más expedito en cada momento, los diversos objetivos que a su vez han sido discrecionalmente han sido fijados por los sujetos económicos, aun cuando de su propia consecución no se siga necesariamente el equilibrio del mercado en las condiciones preestablecidas de competencia perfecta (Torres Vasquez, 2006, pág. 37).

Se trata de dilucidar si las Ciencias Económicas, y por ende sus diversas aplicaciones, como el Análisis Económico del Derecho, deben limitarse a describir la realidad y predecir sobre ella o si, además, debe estar en condiciones de poder modificarla (Torres Lopez , 1987, pág. 37).

5. Costos de transacción

Los costos de transacción fueron la base de estudio del premio Nobel de Economía Ronald Harry Coase, quien es citado por (Figuroa Cercedo, 2010, pág. 57), los cuales se basaron en los siguientes argumentos: ante presencia de determinadas externalidades (que Coase prefiere denominar efectos externos) siempre será posible la consecución de una externalidad óptima (lo cual no implica necesariamente la desaparición total de la misma) y de un máximo nivel de bienestar. Esto se logrará a través de la negociación. Para ello es necesario que los derechos de propiedad de las distintas partes estén bien asignados y puedan defenderse. Otra condición es que el sistema de precios funcione sin costos. En 1960 Ronald Coase propuso una idea llamada "Teorema del Coste Social o Teorema de Coase" que no sólo sirvió para comprender con mayor claridad el problema de los costos externos y sus posibles soluciones, sino que está considerado el origen del moderno Análisis Económico del Derecho y le ha valido la concesión del premio Nóbel de 1991. Para comprenderlo conviene que lo dividamos en dos partes:

- ✓ Si las transacciones pueden realizarse sin ningún costo y los derechos de apropiación están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos se producirá una redistribución cuyo resultado será el de máxima eficiencia.
- ✓ Si las transacciones implican costos que impiden la redistribución de derechos, habrá sólo una asignación inicial de los mismos que permita la máxima eficiencia.

En la búsqueda de la eficiencia mediante acuerdos privados, las partes pueden encontrar una serie de obstáculos que pueden ser denominados costos de transacción. Para MATTHEWS "***son los costes derivados de la suscripción ex ante de un contrato y de su control y cumplimiento ex post, al contrario de los que los costes de producción que son los costes de la ejecución de un contrato***". Pueden considerarse tales: el costo de tomar la iniciativa de negociar con otro, el de identificar a todas las partes involucradas en el conflicto, el de comunicarse con ellos, el de

convencerlos de realizar ofertas, el de alcanzar un acuerdo, el que resulte de la negociación, el de la obtención de información sobre precios y calidad; la información legal; el control del comportamiento de los contratantes (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 58).

Las partes pueden encontrar dificultades para resolver estos problemas o podrán hacerlo a muy alto costo. El derecho privado tiene una relación muy estrecha con este concepto, y se relaciona con el nivel de intervención admisible en el funcionamiento del mercado a fin de despejar o no esos costos de transacción (Figueroa Cercedo, 2010, pág. 58).

6. Los sistemas de transferencia de propiedad

La propiedad es como esas sinfonías que nunca fueron terminadas. Todos reconocen la obra y su importancia, pero al final sabemos que le falta una parte. Nuestros sistemas de propiedad siempre terminan con vacíos que nunca son cubiertos. Pero el AED puede ayudarnos a identificar mejor esos vacíos y saber qué hacer con ellos (Bullard González, 2006, pág. 161).

Hay que comprender que la propiedad es fundamental, nos permite crear incentivos para que el titular de un bien asuma los beneficios y los costos que se derivan del bien.

Según, (Bullard González, 2006, pág. 162), "...el titular tiene un derecho de exclusiva, puede apropiarse de la integridad del beneficio que genera el bien. Al ocurrir ello, tiene el incentivo a realizar las inversiones necesarias para generar el beneficio, con lo cual se incentiva la productividad. Por ello no es inusual que uno comience a construir en un terreno cuando recibe el título de propiedad sobre el mismo. Sino retrasa su inversión".

Una propiedad incompleta, es decir, una propiedad que no cierra el círculo, genera incentivos incompletos y que por lo tanto derivan en una internalización imperfecta de las externalidades. Ello reduce los incentivos para invertir y motivar un uso razonable.

Ahora hablaremos del tema de la exclusión, ¿Cómo se debe excluir a los demás?, según, (Bullard González, 2006, pág. 162), “no es posible entender cómo se debe transferir la propiedad, sin entender la función de la facultad de exclusión”.

Según Furoboth y Pejovich, citados por (Bullard González, 2006, pág. 163), “un punto central es darse cuenta que los derechos de propiedad no son relaciones entre los hombres y las cosas, sino regulaciones de las relaciones de conductas entre los hombres, que aparecen como consecuencia de la existencia de cosas y propiedad, que determinan normas de conducta respecto de las cosas, que todas y cada una de las personas debe respetar en su interacción con inobservancia. Así, que el sistema de propiedad puede ser definido como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto al uso de los bienes escasos”.

Según, (Torres Lopez , 1987, pág. 49), señala tres características que debe cumplir el sistema de derechos de propiedad:

- a) Universalidad: todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo que sean tan abundantes que puedan ser consumidos por cualquiera sin necesidad de excluir a los demás (como sería, por ejemplo, el caso del aire).
- b) Exclusividad: se debe garantizar jurídicamente la posibilidad de excluir a los demás del consumo y usos del bien en cuestión. Así, los derechos de propiedad sólo aparecen cuando los costos de lograr su uso exclusivo resultan compensados por los beneficios que el propio uso exclusivo genera.
- c) Transferibilidad: se requiere que por medio de intercambios voluntarios los recursos pasen de sus usos menos valiosos a los más valiosos.

7. Conclusión

La propiedad es fundamental, cuando hablamos de las transferencias de

propiedad, también hablamos de un tema económico, donde también con esto se busca que haya una seguridad en el tráfico, es así que la transmisión de propiedad tiene que transmitir a la persona que adquiere la propiedad, seguridad, lo cual permitirá _seguridad también en el tráfico y en la circulación económica de los bienes.

La propiedad tiene que exteriorizarse y publicitarse, no se tiene que tener de forma clandestina, a esto quiero llegar que cuando uno es el titular de una propiedad tiene que publicitarlo y así lo hará conocible para los terceros (excluidos). Para que la propiedad sea publicitada y sea formal para el titular, debe estar inscrita en los Registros Públicos, es así como teniendo una propiedad formal, el registro te brinda seguridad y protección, además también brinda seguridad en el tráfico y en la circulación económica de los bienes.

TÍTULO IV: MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto de medidas cautelares

Según, (Monroy Galvez, y otros, 1995, pág. 429), “la medida cautelar, como instrumento legal que permite garantizar la efectividad de una sentencia a dictarse en un proceso de fondo, cumple una función primordial en la defensa de los derechos sustantivos. Mediante ella se pretende establecer la situación de desventaja en las que se pueda encontrar cualquier persona que ve afectados sus derechos y teme que la justicia no se llegue a lograr. La medida cautelar tiene como objetivo lograr la igualdad entre las partes y la celeridad procesal, que son requisitos primordiales para el logro de la justicia, así como la necesidad de un juez honesto y de capacidad comprobada”.

Además según el mismo autor mencionado en el párrafo anterior, precisa que la finalidad concreta de la medida cautelar es asegurar el cumplimiento del fallo definitivo y que la finalidad abstracta consiste en servir de medio a través del cual el órgano jurisdiccional se prestigia, por cuanto la confianza y seguridad de la comunidad del órgano jurisdiccional, depende del grado de cumplimiento o eficacia que logren los fallos judiciales.

La cautela es un instrumento procesal que contribuye a una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando para ello que el proceso concluya con una solución que pueda ser concretada no sólo en el plano jurídico, sino también en el fáctico (Monroy Palacios, 2002, pág. 125).

A finales de la década de los cuarenta, el insigne procesalista italiano Piero Calamanderi, citado por (Salas Ferro , s.f.), señaló que “... la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario...”.

Concluimos con un aporte conceptual sobre las medidas cautelares, son instituciones jurídicas procesales las cuales pueden plantearse a solicitud parte y excepcionalmente de oficio, antes de iniciar un proceso o durante el proceso, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva que recae en el proceso principal o evitando que se produzca un perjuicio irreparable

2. Presupuesto de las medidas cautelares

Para el autor Adolfo Rivas (Armando Rivas, 2005, pág. 81), “las medidas cautelares requieren de ciertos presupuestos; pueden dividirse en presupuestos de procedencia y de efectivización; los primeros no configuran requisitos, como los considera la doctrina son situaciones básicas cuya existencia es imprescindible para que los pedidos puedan ser concedidas. Los presupuestos en cuestión son tres: A) verosimilitud del derecho; B) peligro en la demora; C) otros motivos justificantes”.

3. Características de las medidas cautelares

Según, (Hurtado Reyes, 1998), las características de las medidas cautelares son las siguientes:

a) Instrumentalidad

La instrumentalidad en materia de cautelar fu propuesta por Calamandrei; es una de las características de mayor aceptación en la teoría general de las medidas cautelares. Instrumentalidad significa accesoriedad, en tal sentido se ha indicado repetidas veces en doctrina que las medidas cautelares son instrumentos en razón de que no constituyen un fin en sí mismas, sino que dependen de otro proceso denominado principal, al cual sirven y a la vez aseguran el cumplimiento de la sentencia de mérito en que éste se expedida.

Según Calamandrei es una característica configuradora de las medidas cautelares que las vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado. Ratificando su posición señala que las Resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la

emanación de una ulterior resolución definitiva cuya fructuosidad práctica y aseguran previamente.

b) Jurisdiccionalidad

Se dice que las medidas cautelares son jurisdiccionales en virtud a que su concepción está reservada la decisión de una autoridad judicial. En doctrina se ha tratado de establecer si estas medidas son una manifestación de la Actividad Jurisdiccional del Estado, tomando en cuenta que ellas son establecidas por diversos órganos del poder judicial.

c) Provisionalidad

La idea de tutela cautelar en cuanto trata de evitar perjuicios derivados del proceso, hace que la materia cautelar exista mientras persistan las condiciones que las provocaron. De ello se deriva que la materia cautelar tenga características de provisionalidad con la definición del derecho debatido en el principal.

La provisionalidad es otra característica que orienta a las medidas cautelares. Así las providencias cautelares es decir su vigencia está ligada directamente a la sentencia que se emita en el proceso principal o a otras circunstancias.

d) Variabilidad

Conocida en doctrina como mutabilidad, así una medida cautelar se puede variar cuando llegue al convencimiento que existe otra que puede ser útil y eficaz que la ordenada y por tanto beneficiosa al titular de esta.

La variación de la medida cautelar importa un cambio de fondo o de algunas oportunidades un matiz sólo de forma; así tendremos que se puede variar la medida cautelar en cuanto al monto ordenado, en su forma decretada cambiándola por otra, se puede llegar a establecer una mejora en la cautela lograda o sustituirla.

Para decretar la variación de una medida cautelar es necesario tomar con mucha prudencia la razón que se sustenta, ya que su inobservancia nos puede llevar a excesos no deseados en relación a una afectación indebida y peligrosa de los bienes del deudor; así también considerarla necesidad que tiene el acreedor de contar con la variación propuestas buscando la mejor protección de sus intereses; en suma debe existir equilibrio entre una y otra circunstancia que genere una situación de igualdad procesal entre las partes, evitando excesos y perjuicios innecesarios.

e) Revocabilidad

La revocabilidad es una característica inherente a las medidas cautelares relacionadas íntimamente con su carácter de provisoriedad.

Debemos partir de la premisa que admite la expedición de una medida cautelar cuando cumpla con los presupuestos esenciales exigidos, en mérito a estas premisa debemos señalar que si esta se basa en la apariencia de un derecho invocado y esta apariencia desaparece totalmente durante la transmisión del proceso principal en el cual no se consolida la certeza de este derecho o que por el contrario el peligro de la demora alegado al momento de su concesión no es tal, sin perjuicio de verificar la contracautela ofrecida, el juez que concedió esta medida cautelar tiene expedita la posibilidad de REVOCAR o EXTINGUIR su propia resolución cautelar dictada.

f) Discrecionalidad

Ante la solicitud de una medida cautelar tenemos en claro que existe la posibilidad que esta sea rechazada o admitida, esta característica toma la connotación que pretenden cuando la autoridad jurisdiccional se decide por no admitir lo solicitado por el justificable, emitido entonces un pronunciamiento en contrario a los intereses del peticionante.

Es en ese extremo en el que se reconoce la capacidad discrecional que tienen los jueces para atender o denegar el pedido de la tutela

cautelar o de graduar la precautoria en torno al caso concreto, sobre todo tomando en cuenta la pretensión que se ventila en un proceso principal, se entiende así que el Juez tiene plena libertad para decidirse por una medida cautelar, tomando en cuenta que está guarde estrecha relación con las circunstancias que rodean al proceso.

g) Responsabilidad

Toda medida cautelar importa siempre la responsabilidad en favor de quien la solicita, pero ésta se otorga según Podetti por cuenta y riesgo de quien la pide. Sin embargo esta característica se acerca también a uno de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: la contracautela.

h) Caducidad

La caducidad en las medidas cautelares está ligada a dos temas fundamentales ya tratados: la provisoriedad e instrumentalidad, por un lado, porque siendo estas provisorias tienen un punto de partida (otorgamiento), un tiempo de vigencia (ejecución) y un espacio terminal (caducidad); y por otro lado, porque estas tres etapas mencionadas se encuentran siempre relacionadas al proceso principal.

La caducidad en sede cautelar se traduce en el cese de los efectos y vigencia de la medida cautelar válidamente dictada.

i) Prejuzgamiento

Se refiere a que en una etapa que propiamente no corresponde al juzgamiento se efectúa un análisis respecto a si el derecho corresponde o no al solicitante de la medida. Al respecto cabe precisar que, en rigor, al analizar una petición cautelar no se efectúa ningún prejuzgamiento o juzgamiento previo. Para conceder una medida cautelar lo que realiza el juez, en función de lo expuesto y sobre todo, de la prueba anexada, es determinar la verosimilitud o apariencia del

derecho invocado, más no un juicio anticipado sobre las posturas de las partes contendientes.

4. Clasificación de las medidas cautelares para futura ejecución forzada

4.1. El embargo

Para Juan Monroy Gálvez (Monroy Galvez, y otros, 1995, pág. 430), los define como; “la afectación jurídica de un bien o derecho del demandado, en poder de él o en posesión de terceros. Esta afectación no significa el desapoderamiento del bien, como si fue considerado en el código de procedimientos civiles. El desapoderamiento corresponde al secuestro”.

Para Gunter Gonzales Barrón (Gonzales Barron & Alvarez, 2014, pág. 30), “el embargo judicial, es una actividad procesal, originada en un proceso de ejecución, destinada a individualizar bienes concretos y específicos del deudor con el fin de afectarlos para su realización forzosa y subsiguiente pago de la obligación al acreedor”.

Para el Autor Armando Rivas (Armando Rivas, 2005, pág. 115), “el embargo como figura genérica admite ser dividido en tres especies, a saber: preventivo, ejecutivo, ejecutorio (...) en cuanto a los efectos, lo podemos dividir en generales, en esenciales y derivados. Los primeros, que operan en todo embargo (preventivo, ejecutivo o ejecutorio); consisten en a. Referida afectación del bien, b. Su sujeción a la decisión judicial, c. El poder reipersecutorio del acreedor sobre el bien, y d. La asunción por parte del acreedor de una posición determinada frente a otros acreedores”.

Según Lino Enrique Palacio, citado por (Rodríguez Dominguez , 2005, pág. 426), el embargo es “la afectación por orden del órgano judicial, de uno o varios bienes del deudor, o presunto deudor, para el pago del crédito sobre el cual versa un proceso de ejecución, o

de un crédito que se reclama o ha de ser reclamado en un proceso de conocimiento”.

A nuestro entender jurídico, el embargo es la afectación física o jurídica de un bien mueble o inmueble de propiedad del presunto deudor, ya sea que se encuentre en poder del deudor o en poder de terceras personas.

4.2. Embargo en forma de deposito

El bien se pone a disposición del juez, pero queda en poder del propio demandado, quien asume las responsabilidades del depositario (civil y penal).

4.3. Embargo en forma de inscripción

Se va a afectar el bien inscribiendo el embargo por una cantidad determinada. Afecta a bienes inscritos, no hay desapoderamiento.

El autor Castillo Quispe y otros (Castillo Quispe & Sanchez, 2008, pág. 569), señalan, “tratándose de bienes registrados, la medida (cautelar de embargo en forma de inscripción) puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que este resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo (en forma de inscripción) no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente”.

4.4. Embargo en forma de retención

Afecta bienes de propiedad del demandado, pero que están en poder de terceros, con las obligaciones del tercero de devolver o de pagar. Generalmente se trata de créditos.

Si el tercero hace efectivo el crédito del titular (incumple), deberá pagar también al demandante (doble pago).

4.5. Embargo en forma de intervención

Afecta a bienes constituidos por empresas comerciales o industriales. Cuanta el interés por la función social que cumple el comercio, ya que no se quiere poner en peligro la producción ni la estabilidad de los trabajadores.

4.6. Extensión del embargo

Tal como lo precisan Castillo Quispe y otros (Castillo Quispe & Sanchez, 2008, pág. 584); "...el embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos. Así lo establece el artículo 645 del Código Procesal Civil".

Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación solo alcanza a la cuota del obligado (artículo 646 del CPC).

4.7. El Secuestro

El desapoderamiento de un bien de propiedad del demandado. El bien es gravado por suma determinada. El auxiliar ingresa al lugar donde se encuentra el bien y lo entrega a un custodio.

- ✓ Secuestro Judicial: cuando el bien a afectarse es materia del litigio.
- ✓ Secuestro Conservativo: Afecta a cualquier bien de propiedad de demandado. Se da cuando se despacha mandato ejecutivo o cuando el afectado no quiere ser depositario en un embargo.

4.8. La anotación de demanda

Se afecta el bien en razón de que se discute el derecho inscrito sobre ese bien.

4.9. Las medidas temporales sobre el fondo

El juez adelanta uno o todos los efectos de la sentencia a dictarse, adelanta la ejecución de la sentencia.

4.10. Medida innovativa

Está dirigida a modificar la situación de hecho o de derecho que motivo la demanda, reponiendo el estado anterior, para evitar un perjuicio irreparable. Esta medida va dirigida contra el comportamiento de un funcionario. Es excepcional.

4.11. Medida de no innovar

Conservar la situación de hecho o de derecho existente al momento de la admisión de la demanda, hasta que el juez decide en el proceso principal lo que corresponde. Es excepcional.

4.12. Medida cautelar genérica

El juez no considera idónea la aplicación de una medida cautelar típica para un caso, puede crear una medida específica para ese caso.

TÍTULO V: TERCERÍA DE PROPIEDAD

1. Concepto de proceso de tercería

El proceso de tercería es una pretensión procesal formulada por un tercero afectado alegando propiedad sobre el bien afectado por una medida cautela o de ejecución, o pretendiendo que su crédito se pague preferentemente con el importe del remate y la adjudicación de los bienes de ejecución.

En la doctrina y el derecho comparado la tercería de pago puede ser de derecho preferente y de igual derecho llamado también concurrente; además se restringe su campo de acción al denominársele tercería preferente de pago, ya que al denominarla tercería de pago, su campo de acción abarca tanto a la que persigue el acreedor que aduce preferencia en el pago de su crédito frente al del ejecutante, como a la del acreedor que persigue que su crédito sea pagado en concurrencia con el del ejecutante (Obando Blanco , 2003, pág. 129).

2. Concepto de tercería de propiedad

La tercería se entiende con el demandante y demandado y solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución; o en el derecho preferente a ser pagado con el precio de tales bienes.

Otorga una legitimación ad causam plenaria y da al interviniente el carácter de sujeto procesal primario. Se da cuando existe una relación de hecho provocada por un proceso suscitado entre otras personas y el derecho del tercerista; a tercería de propiedad es aquella acción por la cual el propietario de un bien, afectado equivocadamente por una medida cautelar o de ejecución dictada en otro proceso para hacer efectiva una obligación ajena y en el cual no es parte, recurre ante el órgano jurisdiccional alegando que tiene la propiedad de los bienes embargados a fin de lograr la desafectación del bien (Rioja Bermudez , 2011).

Es aquella que se sustenta en la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución, con la finalidad de evitar su ejecución mediante remate o adjudicación (Obando Blanco , 2003, pág. 130).

El proceso ejecutivo habilita al acreedor para satisfacer su crédito mediante actos procesales que se materializan en la actividad de sujetar bienes (embargo) para la enajenación (remate) y el consiguiente cumplimiento del mandato (pago). En efecto, la acción del deudor, no cumplida, es sustituida por la actividad del juez para llevar a cabo el mismo propósito.

En tal contexto, el objeto de la ejecución es la realización efectiva de la pretensión, pero para lograrlo necesita especialmente, cuando existe resistencia del obligado, de medidas de ejecución, especialmente el embargo, que pueda definirse como: “aquella actividad compleja llevada a cabo en el proceso de ejecución, enderezada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad meramente procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados, y sin que se limite jurídicamente ni se expropie la facultad de disposición del ejecutado sobre dichos bienes” (González Barrón & Álvarez Caperochipi, 2014, pág. 73).

3. Presupuestos de la tercería de propiedad

3.1. La tercería debe interponerse a tiempo oportuno

La tercería presupone un proceso de ejecución en el cual se han afectados bienes que supuestamente pertenecen al deudor luego de una evaluación superficial del juez basado en meras apariencias (González Barrón & Álvarez Caperochipi, 2014, pág. 85).

Si se interpone luego del remate, la demanda será improcedente si es que finalmente el bien es adjudicado, empero si el remate se anula pro vicio procesal, o se frustra por falta de pago del adjudicatario, entonces la demanda de tercería debería admitirse (González Barrón & Álvarez Caperochipi, 2014, pág. 86).

Hay que tener en cuenta que luego del remate, ya no cabe la tercería pues la finalidad de la ejecución se ha consumado mediante la liquidación de los bienes embargados.

3.2. El tercerista realmente debe ser un tercero

El propietario afectado con un embargo trabado en un proceso de ejecución, a pesar de que no es deudor, puede interponer la tercería de propiedad, pero debe tratarse realmente de un “tercero”, y no ser el sucesor de la obligación, pues en dicho caso este asume la deuda (González Barrón & Álvarez Caperochipi, 2014, pág. 88).

3.3. El tercerista debe ser propietario antes del embargo

La tercería solo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados a un tercero por una medida cautelar o de ejecución que se dirige a una persona distinta.

Por lo tanto el tercerista debe ser propietario del inmueble antes de la práctica del embargo, pues si lo adquiere después entonces debe sufrir la traba de gravamen. Además la propiedad del tercerista no solo va constatar de palabra, debe constar en instrumento público o privado de fecha cierta.

4. Los derechos subjetivos en conflicto dentro de la tercería de propiedad contra embargo

Según, (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 179), nos explica que “En la tercería de propiedad contra embargo, los derechos en conflicto son derechos de contenido diverso- aunque nuestro legislador prefirió hablar de derechos de diferente naturaleza, es decir, derechos cuyas facultades de actuación son distintas. En efecto, los derechos reales (entre los cuales se encuentra la propiedad), presentan como como contenido común a la facultad de goce o aprovechamiento del bien, que viabiliza la posibilidad de extraer una determinada utilidad del bien, y facultad de realización directa del interés del titular, lo que significa que el titular de un derecho real ostentará un poder que le permitirá obtener una utilidad del bien ejercitando sobre estas actividades indispensables al efecto sin que para la obtención de tal utilidad sea necesaria la cooperación de otro sujeto. Mientras que el contenido del derecho de crédito se encuentra

conformado por la facultad de comprender, lo que significa que el titular de este derecho tiene un poder que le permite dirigirse a otra persona y exigir o reclamar de ella una acción o una omisión que permita la satisfacción de su interés”.

5. La tercería de propiedad conflicto que se da entre derechos subjetivos, mas no entre un derecho subjetivo y un acto procesal

En la tercería de propiedad contra embargo inscrito lo que colisiona con el derecho de propiedad (no inscrito) no es el acto procesal en que consiste el embargo, sino con el derecho de crédito que siempre estará detrás.

Los derechos subjetivos (derecho de propiedad y derecho de crédito) que representan los intereses de los sujetos que constituyen la parte de la Litis, los que entran en conflicto, mas no un derecho subjetivo (propiedad) con un acto procesal (embargo), ni tampoco los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos en cuestión: la tercería de propiedad (mecanismos de tutela de la propiedad no inscrita) y el embargo (mecanismo de tutela del derecho de crédito).

Según, (Ronquillo Pascual , 2015, págs. 203-204), nos dice que “Que conveniente decir que estos casos colisiona un derecho subjetivo (la propiedad no inscrita) con un mero acto procesal (el embargo), y sobre la base de ello elucubrar un argumento a favor del primero. Un discurso así podría considerarse ilógico (en el tanto enfrenta un derecho subjetivo con un mecanismo de tutela y no con el otro derecho subjetivo que está detrás), incoherente (en tanto para un derecho subjetivo toma el mecanismo de tutela {embargo} y para el otro toma el derecho subjetivo mismo {propiedad}), obviando que la tercería de propiedad es también un mecanismo de tutela pero de este último derecho) e inconsecuente (pues, cuando se trata de analizar la tercería de propiedad contra hipoteca, si se acepta que el conflicto es entre derechos subjetivos: la propiedad no inscrita de un lado, y la hipoteca, del otro, ¿Por qué aquí no se dice que la propiedad colisiona con el auto de ejecución que también es un acto procesal?), motivos hartos suficientes para no compartirlo. Del mismo

modo, en la tercería de propiedad contra garantía real, los que colisionan son el derecho de propiedad no inscrito con el derecho real de garantía inscrito”.

TÍTULO VI: PUBLICIDAD REGISTRAL

1. Nociones generales del derecho registral

1.1. Definición

El autor (Rimascca Huarancca, 2015, pág. 17), lo define como; “disciplina jurídica constituida por un conjunto de principios, normas y reglamentos de carácter especial, que regulan y desarrollan la titula de ciertas situaciones jurídicas a través del sistema de Publicidad Jurídico Legal, y que producen determinados efectos jurídicos sustantivos en el Derecho Privado, tales como el nacimiento, preferencia y Oponibilidad, con la finalidad de dotar de seguridad al trafico jurídico de intereses económicos”.

Amaros Guardiola, citado por (Guevara Manrique & Guevara Bringas, 1999, pág. 13), nos dice que “es el Derecho que regula de un modo inmediato y primario el nacimiento, modificación, extinción y eficacia de las relaciones jurídicas registrales, y de un modo general la organización y funcionamiento del Registro de propiedad”.

Falbo, citado por (Guevara Manrique & Guevara Bringas, 1999, pág. 13), nos dice que “es una disciplina jurídica que trata los derechos reales en su aspecto dinámico, procurando dar seguridad a los adquirentes de los bienes inmuebles o a quienes constituyan derechos reales sobre los mismos”.

El derecho registral es el conjunto de normas jurídicas y principio registrales que regulan la organización y funcionamiento de los registros públicos jurídicos que incorporan derechos, actos, contratos y demás, específicamente señalados por la ley, en los diversos registros, en relación con terceros (Guevara Manrique & Guevara Bringas, 1999, pág. 15).

Por lo tanto con los conceptos anteriormente mencionados podemos decir que, el registro nace con la finalidad de evitar el riesgo de la transferencia o cargas ocultas que podrían afectar a

los terceros adquirentes, pues ello simplemente paralizaría el comercio y la circulación de la riqueza territorial, a causa de la falta de certeza respecto a la situación jurídica de los bienes inmuebles (determinación del propietario y de las cargas); **por lo que la trascendencia del Derecho Registral se encuentra en otorgar publicidad** de determinados actos o negocios que son relevantes para la vida y el tráfico económico de una sociedad, y eso debe ser catalogado como materia del Derecho Privado, pues se trata de situaciones de la vida civil de cualquier ciudadano tales como la adquisición de un inmueble, la constitución una sociedad mercantil, el otorgamiento de un acto de apoderamiento, entre otros.

Por lo tanto el registro es un instrumento de publicidad con fines de garantía que protege a los terceros en el momento decisivo de circulación de la riqueza, pero fundamentalmente al propietario en la conservación de su derecho.

Es así que se define al Derecho Registral como, “el conjunto de principios y normas que regula la tutela de ciertas situaciones jurídicas subjetivas a través de un recurso de técnica jurídica consistente en la publicidad, organizada por una institución pública, que produce diversos y determinados efectos jurídicos sustantivos de Derecho Privado (tales como el nacimiento, preferencia y oponibilidad de dichas situaciones jurídicas), y cuya finalidad dotar seguridad y justicia al tráfico de bienes económicos (Gonzales Barrón, 2015, pág. 277).

1.2. Características del derecho registral

Según, (Salgado Padilla , 2014, págs. 24-25), tiene las siguientes características:

- ✓ Derecho mixto o heterogéneo: Porque las normas que rigen a los registros públicos son de derecho público interno o imperativas, pero la protección que da el registro está vinculada a un interés privado. Los registros están

organizados en función de un interés particular y su eficacia se extiende al derecho subjetivo privado; por tanto la publicidad del nacimiento, modificación, oponibilidad y la extinción de los derechos, actos y contratos inscritos protegen a los terceros. En suma tiene normas de Derecho Público y también de normas de Derecho Privado.

- ✓ Derecho autónomo: Tiene ese carácter, porque está constituido por normas y principios que le son propios, y tiene una sistematización lógica es inconfundible. Afirman, además, que tiene autonomía pedagógica, normativa y doctrinal, opinión a la que nos adherimos.
- ✓ Derecho formalista: Porque las formalidades y requisitos previstos en la ley y en los reglamentos para la inscripción de los derechos, actos y contratos deben observarse y cumplirse rigurosamente.

Además, las inscripciones se hacen en virtud de un título que conste en un instrumento público sea éste notarial, judicial o administrativo, salvo disposición contraria de la ley, tal como en documento privado, siempre que la ley lo permita.

Es pues un derecho eminentemente formal, tanto en cuanto a la forma exigible al título o documento para acceder al Registro, como la formalidad que debe observarse al hacer la inscripción, las que están precisadas en las leyes y en los reglamentos respectivos.

- ✓ Derecho limitativo: Debido a que sólo se inscriben los derechos, actos, bienes, contratos y resoluciones que señala la ley, fundamentalmente, los referidos a los derechos reales, personales y societarios. Solo se inscriben el derecho, acto, contrato, y los bienes que la ley permite y obliga.

- ✓ Derecho adjetivo: Porque no crea derechos y obligaciones entre las partes, sino que da efecto jurídico a un acto ya celebrado y formalizado por el notario, u otro funcionario o autoridad competente o autorizada.

1.3. Elementos configuradores del registro

El registro busca proteger los derechos y asegurar las adquisiciones, basándose en la publicidad de los actos; por lo tanto, la seguridad jurídica es una sola, incardinada con el valor justicia, por lo que comprende tanto al aspecto dinámico como el estático (Gonzales Barrón, 2015, pág. 278).

Según, (Gonzales Barrón, 2015, pág. 279), el registro, para ser tal se compone de tres elementos esenciales:

- ✓ Archivo de actos y contratos referido a un sujeto o bien específico, que se utiliza como criterio ordenador para agrupar las inscripciones.
- ✓ Archivo público que permite el acceso de todos aquellos que tienen interés en conocer la información que contiene.
- ✓ Archivo que otorga efectos jurídicos de Derecho Privado, por lo cual se pone en situación de venta al sujeto que inscribe su derecho; y se perjudica a quien no lo hace. Este es el caso, por ejemplo, de los principios de inscripción declarativa (art. 2022 del C.C.), fe pública registral (art. 2014 del C.C.) y prioridad (art. 2016 del C.C.).

Esta institución nace para cumplir una evidente necesidad de certeza que, en este caso, no resulta satisfecha por la actividad de los contratantes, pues viene auxiliada por el Estado a través de la organización de un sistema de publicidad. El núcleo de la publicidad es constituir un sistema de información pública, con determinadas garantías, que se refieran a situaciones jurídicas relevantes para el tráfico patrimonial.

La publicidad es el acto de incorporación de ciertos derechos en un libro o título formal, cuyas ventajas son las mismas que cualquier otro formalismo, esto es, la certeza y seguridad de los derechos, la limitación de los conflictos y la movilidad del tráfico mercantil. El elevado valor de los inmuebles, y algunos muebles, hace necesariamente una especial seguridad en su protección y circulación; para lo cual se utiliza el medio de la publicidad.

2. Principio de publicidad registral

2.1. Definición

Primero para empezar hablaremos de la publicidad que significa hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica.

La publicidad registral se puede definir como el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. Esta publicidad es un servicio del Estado, pues se trata de una función pública ejercida en interés de los particulares (Gonzales Barrón, 2015, pág. 280).

El fenómeno publicitario se lleva a cabo a través de la **Oficina del Registro**, entendido como entidad pública en donde se reciben los datos (o derecho) de interés general, y a donde igualmente se puede acudir para conceder la existencia y alcance de dichos datos (González Barrón, DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL tomo I, 2012, pág. 123).

Según Francisco Hernández Gil, citado por (Salgado Padilla, 2014, pág. 57), en su obra **“Introducción al Derecho Hipotecario”**, afirma, con acierto, que se trata de una publicidad legal y que es un servicio del Estado, una función pública ejercida en interés de los particulares. Agrega que se trata de **“cognoscibilidad o posibilidad de conocer, y no de conocimiento”**.

Según José Manuel García García, citado por (Salgado Padilla , 2014, pág. 57), dice **“Publicidad Registral es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognosibilidad general “Orga Omnes” y ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada”**.

Según Luis Moisset de Espanés, citado por (Salgado Padilla , 2014, pág. 57), afirma que **“en alguna oportunidad hemos dicho que la publicidad en sentido lato, es una actividad dirigida hacer notorio un hecho, una situación o relación jurídica, y agregábamos refiriéndonos específicamente a los derechos reales es la actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real, y persigue como finalidad primordial la protección del crédito y la seguridad del tráfico. Hemos puntualizado también que en algunos si temas a los efectos ya mencionados, se suma la constitutividad, es decir que el negocio jurídico se integra con el registro publicitario, produciéndose por esa vía transmisión de la titularidad”**.

Según Américo Atilio Cornejo, citado por (Salgado Padilla , 2014, pág. 58), nos dice en su libro “Derecho Registral”, **“Concepto Jurídico.- para caracterizar a la publicidad jurídica se debe apuntar a lo que se publica, y también a sus efectos. Lo que se da a conocer en la llamada publicidad jurídica, son hechos jurídicos y su finalidad es la producción de efectos jurídicos. La producción de estos puede variar desde una simple noticia hasta la conexión de la existencia misma del derecho, que es la esencia dela publicidad jurídica. No hay publicidad jurídica si no hay efectos derivados de esa publicidad”**.

Podemos conceptualizar diciendo que la publicidad registral consiste en la exteriorización organizada, permanentemente y cognoscible de una determinada situación o relación jurídica existente en los Registros Públicos, al alcance de cualquier

persona, para la seguridad de los derechos y del tráfico jurídico de los mismos.

Es decir, la publicidad registral es la información, continúa y organizada, de determinada situación existente en los registros públicos, que se presume que todos conocen; y cuya manifestación o certificación puede solicitarse, sin expresión de causa y sin acreditar interés alguno (Salgado Padilla , 2014, pág. 58).

La publicidad registral convertirá a la propiedad en absoluta al otorgarle seguridad jurídica, la protección que se le otorga no solo es para el titular registral, sino también ampara a los terceros, es decir aquellos que también adquieren un derecho amparados en la publicidad registral.

2.2. Características de la publicidad registral

Según (Gonzales Barrón, 2015, págs. 280-282), nos comparte las siguientes características:

- ✓ Institucional, pues la publicidad se lleva a cabo mediante una “institución”, entendida como conjunto de reglas y funciones ordenadas u organizadas e forma racional bajo una dirección, para cumplir un fin determinado, y regulada por el Derecho.
- ✓ Exteriorización continuada y organizada de ciertos hechos o datos, y en este sentido, es una forma de “publicación”. Sin embargo no se puede confundir la publicidad del registro con otros tipos de publicación como son las notificaciones, los edictos o, en forma aun genérica, la información que producen los diarios, periódicos o revistas. Téngase en cuenta que la publicidad es “continuada”, esto es, que se produce de manera interrumpida o sistemática (publicación permanente), a diferencia de lo que ocurre con las notificaciones o edictos, en donde la notoriedad del hecho comunicado es solemnemente esporádica. Por otro lado, la

publicidad es “organizada”, lo que implica que se trata de hechos notorios que son puestos en conocimiento por parte de una oficina pública, lo que hace una importante diferencia con las publicaciones de diarios y revistas. La publicidad “organizada” se contrapone a la publicidad “fáctica”, cuyo prototipo es la posesión, en donde la notoriedad del hecho solo alcanza para realizar presunciones, ya que la mera posesión admite distintas interpretaciones, y no da seguridad sobre las titularidades que recae sobre los bienes, aunque ella puede en algún momento consumir una realidad cuando cumple determinados requisitos rigurosos.

- ✓ Exteriorización de situaciones jurídicas concretas, esto es, prerrogativas reconocidas por el ordenamiento a favor de personas determinadas. Por su parte, el objeto de la publicidad registral lo separa claramente de la publicación de normas jurídicas, por cuanto el primero se refiere al derecho subjetivos, mientras el segundo al derecho objetivos.
- ✓ Conocible: alude que al público en general goza de la posibilidad de conocimiento de los datos incorporados al registro. No es necesario un conocimiento efectivo de dichos datos, basta que el interesado haya tenido la posibilidad de conocerlos. Si efectivamente los conoció y tomó una decisión informada, en buena hora; en caso contrario (por descuido, negligencia o ignorancia), pues, igualmente le afectan los datos inscritos (oponibilidad), y no puede excusar su conducta en la ignorancia del hecho. Inclusive, si el sujeto no conoció los datos, pero le favorecen, su negligencia no tiene ninguna importancia, porque el hecho relevante es la incidencia del registro frente a terceros, sin importar la conducta subjetiva del interesado. La doctrina alemana lo domina “buena fe fortuita”. El artículo 2012 del C.C. habla de una presunción absoluta de conocimiento,

que no admite pacto en contrario. Es evidente, sin embargo, que una norma de estas características constituye realmente una ficción. ¿Cómo se puede presumir el conocimiento de una información absolutamente inabarcable? En realidad, dicho precepto quiere decir que los interesados cuentan con la posibilidad de conocer la información registral, en tanto esa constituye una exteriorización continuada y organizada de titularidades al alcance del público en general. Empero, si en caso concreto, el interesado no llegase a conocer el dato inscrito, igual este afecta, por lo que no puede excusar su ignorancia por falta de conocimiento efectivo.

- ✓ Eficacia sustantiva: para entablar cualquier relación jurídica se requiere de certeza respecto a los presupuestos de eficacia de un determinado negocio jurídico; pues, si se va a comprar, se requiere que el vendedor sea el dueño y que las cargas del inmueble son las que manifiestan el vendedor. Por tanto, el núcleo de la publicidad es construir una proclamación de verdad, solo relativa, de las distintas situaciones jurídicas, aunque cada ordenamiento jurídico regula en forma diversa los efectos de la publicidad, pero siempre bajo la premisa que la inscripción produce efectos de garantía que no tienen cuando aquella falta.

2.3. Publicidad material

La publicidad material se encuentra en el asiento sustantivo en la fe pública de que gozan los Registros, base fundamental sin la cual carecería de razón de ser un sistema publicitario. Pero cada sistema registral determina sus propios efectos, vale decir el alcance tendrá la publicidad material en ese régimen especial (Moisset De Espanés, 2015, pág. 314).

Está inmersa en el contenido de las inscripciones (asientos registrales), que legalmente se presume que todos conocen las

mismas, sin admitir prueba en contrario. Entonces, puede afirmarse, que está en la constitución, modificación y extinción de los derechos, actos y contratos inscritos. Produce efectos jurídicos sustantivos, regulados en el Código Civil, básicamente en los artículos 201, 203, 204, 207, 202, etc.

En el artículo I del T.P. del R.G., se establece, consecuentemente, que “El registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas...” Coincidimos en que la publicidad registral como tal, no se limita sólo a actos y derechos inscritos, sino que se extiende también a las anotaciones preventivas, que, obviamente, también están al alcance de las personas, pero la presunción prevista en el artículo 202 del Código Civil, se contrae únicamente al acto inscrito que si tiene efecto jurídico, en virtud al principio de publicidad. “el contenido de las partidas registrales afecta a los terceros, aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo”. La publicidad material, consecuentemente, implica un presunción jure et de jure (Salgado Padilla , 2014, págs. 60-61).

2.4. Publicidad formal:

Por un lado, es la facultad que tiene las personas para conocer o enterarse del contenido de inscripciones; y por otro, son los distintos medios o mecanismos que permiten informarse de los mismos, tales como los certificados. Esta publicidad se obtiene mediante “El examen directo de los libros que hace el interesado; por medio de una nota simple que da el Registrador, o por una certificación que expide el mismo del contenido de los libros del registro”. Está regulada en las normas reglamentarias, principalmente en el Reglamento General, en síntesis es la facultad que se concede a las personas para conocer en forma efectiva los asientos registrales (Salgado Padilla , 2014, pág. 61).

2.5. Conclusión

La publicidad registral es un principio fundamental en el Derecho Registral, pues la publicidad que otorga el registro es una publicidad veraz, la cual se basa en todos los datos que tiene el registro los cuales se encuentran inscritos y se exteriorizan por medio de la publicidad registral.

Por lo tanto respecto al tema de investigación se verá más adelante en otro capítulo cuando se realice el análisis crítico del VII Pleno Casatorio Civil, ya que al momento de desarrollarlo y optar por la propiedad no inscrita, se está dejando de lado el registro es decir se está afectando directamente al Principio de publicidad registral; por lo que las personas que brinden créditos y quieran ver si el deudor que no cumplió tiene algún inmueble inscrito en los Registros Públicos ya no confiará, ni se sentirá seguro de la publicidad que le otorgue el registro.

3. Principio de inoponibilidad de lo no inscrito

3.1. Definición

El principio de inoponibilidad, se define como **“aquel principio en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el registro”**. O dicho brevemente: **“es aquel principio en virtud del cual lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito”** (García García , 1993, pág. 29).

3.2. La función y la importancia del principio de inoponibilidad de lo no inscrito

La función de este principio es brindar la protección del tercero el cual si inscribe su derecho, se le va proteger contra quien tiene su derecho de forma clandestina.

En definitiva, la función del principio de inoponibilidad es similar a la del principio de inscripción constitutiva, pero sin los inconvenientes de la inscripción constitutiva (al limitarse el principio

de inoponibilidad a los terceros, sin afectar a los que son partes) y sin necesidad de esperar a una futura reforma hipotecaria para implantar la inscripción constitutiva (García García , 1993, pág. 31).

Desde esta perspectiva, la utilidad social del Registro es mucho mayor, es consonancia con los tiempos actuales, pues permite dar protección a todo un mundo de terceros, o sea a ciudadanos, que en otro caso, carecen de defensa frente a la clandestinidad.

Por ello, el principio de inoponibilidad ofrece buenas perspectivas para conseguir la modernidad del sistema registral, que es lo que, en definitiva, se pretende con la implantación de la inscripción constitutiva. Y ello sin llegar a todos los extremos exagerados de la inscripción constitutiva, pues el principio de inoponibilidad se limita a la constitutividad respecto a terceros que inscriben en el Registro, dejando el mundo de las relaciones entre partes y el de las relaciones con fincas no inscritas, al margen del Registro y con aplicación pura del Derecho Civil (García García , 1993, pág. 32). Hay que tener en cuenta que el principio de inoponibilidad de lo no inscrito es un principio que viene de la mano con el principio de publicidad registral, basándonos directamente al tema que se está investigando este principio le otorga solides al principio de publicidad registral, ya que la persona que tiene su derecho clandestinamente no va poder perjudicar al tercero que si inscribió su derecho en los registros, es así que la publicidad que otorgue el registro será una publicidad veraz.

CAPITULO III:
METODOLOGÍA DE LA
INVESTIGACIÓN

1. Tipo de investigación

1.1. Razón de sus propósitos

1.1.1. Investigación teórica:

Porque está orientada al estudio teórico sobre la afectación del principio de publicidad registral por la prevalencia del derecho no inscrito; donde se investiga lo resuelto por la Corte Suprema en el Séptimo Pleno Casatorio Civil, los antecedentes, los aspectos generales, los criterios que fundamentan la afectación del principio de publicidad registral por la prevalencia del derecho no inscrito, análisis de la doctrina y análisis del Séptimo Pleno Casatorio Civil, para llegar a establecer que se está afectando al principio de publicidad registral.

1.2. En razón al nivel de conocimiento que quiere producir:

1.2.1. Investigación Básica-Descriptiva

Que por medio del estudio teórico se va a descubrir en primer lugar cual es la realidad problemática y la doctrina, legislación y el Séptimo Pleno Casatorio Civil, a fin de determinar si se está afectando el principio de publicidad registral por la prevalencia del derecho no inscrito.

2. Material

- ✓ Reglamento General de los Registros Públicos.

- ✓ Doctrina, revistas especializadas, artículos, información bibliográfica obtenida de Libros sobre el tema en investigación.
- ✓ Análisis del Séptimo Pleno Casatorio Civil.

3. Métodos

3.1. Métodos lógicos

3.1.1. Métodos científicos

La presente investigación se ha desarrollado a través del método científico, entiéndase a ésta como: “el estudio sistemático, controlado, empírico y crítico de proposiciones hipotéticas acerca de presuntas relaciones entre varios fenómenos”.

Es decir, que se entiende por este método, a el proceso mediante el cual una teoría científica es validada o bien descartada y contiene una serie ordenada de pasos a seguir para la resolución de un problema determinado.

En el presente caso, se aplicó este método en toda la investigación, desde el momento que se ha descrito la realidad problemática, se formuló el problema, la hipótesis, se fijaron las variables, los objetivos, la justificación del tema de investigación, se planteó el marco teórico, hasta llegar a los resultados de la investigación.

3.1.2. Método analítico

A través de este método se analizará cada uno de los elementos que configura la problemática sobre la prevalencia del derecho no inscrito sobre el derecho inscrito, afecta el principio de publicidad registral. Además también se utiliza este método para analizar el material de estudio legislativo y doctrinario.

3.1.3. Método dogmático

Con este método se analizará las diversas opiniones teórica y doctrinaria.

3.1.4. Método exegético

Con este método analizaremos las normas de derecho civil y registral, además como el principio de publicidad registral.

3.2. Métodos jurídicos

3.2.1. Método doctrinario

Método que ha sido empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas y corrientes sobre el tema de investigación, tanto de autores nacionales como internacionales, de los cuales se a extraído sus aportes más importantes relacionados con el presente trabajo de investigación.

3.2.2. Método interpretativo

Método se empleado esencialmente para lograr analizar y explicar lo prescrito por el Séptimo Pleno Casatorio Civil.

4. Técnicas e instrumentos

4.1. Técnicas

4.1.1. Fichaje

Nos permitirá acumular datos, recoger ideas y organizarlo todo en un fichero concreto o virtual, además es una fuente de información, creciente y flexible.

4.1.2. Análisis del Contenido

El análisis de contenido, es aplicable a discursos, información, mensajes, textos, imágenes etc. y se puede optar por una modalidad de análisis cuali-cuantitativa.

En lo que refiere a la modalidad de análisis cuantitativa, se refiere a distintos tipo de unidades de análisis para obtener una visión de conjunto o efectuar comparaciones o clasificaciones, para lo cual se recurre a elementos clasificatorios o cuantificables: generalmente, habrá de limitarse a aspectos formales y al contenido manifiesto (referidos a la extensión dedicada a un tema, tapa, peso, tamaño, etc.).

Cuando se requiere buscar mayores detalles relativos al contenido y aplicar variables e indicadores que pongan en evidencia un contenido latente, estamos ante una labor propiamente interpretativa y que cobra mayor importancia para nuestro trabajo: hablamos de un estudio cualitativo. (<http://www.fhumyar.unr.edu.ar>, s.f.).

4.2. Instrumentos

4.2.1. Ficha

Es el instrumento que nos permitirá tener la información, ideas y datos tenerlos de forma ordenada.

4.2.2. Protocolo de análisis

Este instrumento nos ayudara conocer los resultados de nuestro análisis.

CAPITULO IV:
ANÁLISIS DEL
CONTENIDO

Análisis del Séptimo Pleno Casatorio **civil**

Como bien sabemos la Corte Suprema ha desarrollado con el proceso abreviado de tercería de propiedad, Casación N° 3671-2014-Lima, su Séptimo Pleno Casatorio (en adelante El Pleno). El problema era establecer en caso de conflicto si prevalece el embargo inscrito sobre la propiedad no inscrita. **La Corte Suprema resolvió a favor de la propiedad no inscrita.**

Al estudiar este El Pleno, además de la investigación realizada, concluimos que la decisión tomada va afectar directamente al principio de publicidad registral; y, además, al principio de inoponibilidad y al Registro Público.

En el desarrollo de El Pleno, se debió tener en cuenta que se afecta a la publicidad registral porque es la exteriorización organizada, permanentemente y cognoscible de una determinada situación o relación jurídica existente en los Registros Públicos, al alcance de cualquier persona, para la seguridad de los derechos y del tráfico jurídico de los mismos. Es así que con la decisión tomada a favor de la propiedad no inscrita, se muestra al Registro como una entidad que no otorga seguridad y que la publicidad que brinda es inexacta, sin razón de ser.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito es aquel principio en virtud del cual lo no inscrito no perjudica al que ha inscrito. Este principio protege a quien sí inscribió su derecho en el Registro y descalifica a quien no lo inscribió porque tiene su derecho pero clandestinamente, no merece desproteger a quien actuó legítimamente e inscribió su derecho; este principio otorga más exactitud y veracidad a la publicidad que otorga el Registro. Por lo tanto, al decidir en el El

Pleno a favor de la propiedad no inscrita se afecta a la publicidad registral, al principio de inoponibilidad de lo no inscrito y al Registro, por eso se debió abundar más en el tema del Derecho Registral y la importancia de la inscripción.

Se comparte la idea de, (Ronquillo Pascual , 2015, pág. 195), quien está a favor del derecho de crédito inscrito, que dice lo siguiente “que el conflicto entre propiedad no inscrita y el derecho de crédito inscrito en forma de embargo, debe ser resuelto por el principio de inoponibilidad (regulado en el artículo 2022 del C.C.) que tiene por función solucionar conflictos entre derechos incompatibles y, según el cual, el derecho no inscrito será considerado inexistente frente al derecho (del tercero) inscrito (de buena fe)”. Compartimos esta idea porque no es posible que se de preferencia a quien tuvo su derecho en forma clandestina y es injusto que se le quite su derecho a quien si actuó de forma correcta y legítima, además este principio le da fortaleza a la publicidad registral ya que hace apreciar que al proteger a quien inscribió su derecho, se está confirmando que la publicidad otorgada por el Registro sí es veraz y exacta.

También comparto el argumento de Guillermo Lohmann, quien está a favor del embargo inscrito. En unos de sus argumentos nos dice que el derecho de propiedad no puede ser “reconocido” si antes no es conocido, también argumenta que se tiene que evaluar la diligencia del acreedor embargante y la no diligencia del propietario que no inscribe el derecho y agrega que se debe proteger al sistema registral. Estoy de acuerdo con esta idea porque una propiedad inscrita se hace conocida, es decir, se publicita por el Registro, lo cual sostiene que la publicidad registral es fundamental, es por ello que lo decidido en El Pleno sí llega afectar al principio de publicidad registral y a la inoponibilidad de lo no inscrito.

Además también se comparte una conclusión de, (Bazán La Rosa, 2009) que nos dice: “(...) la transferencia de propiedad inmueble, según nuestro ordenamiento, se efectúa por la sola voluntad de las partes esa voluntad no sería suficiente para oponer mi derecho a terceros. Se ha dicho que en nuestro ordenamiento, el registro no es constitutivo de derechos reales, es decir no es necesario que se inscriba, sin embargo el comprador diligente y que efectivamente inscriba su derecho conseguirá acceder a la publicidad registral, con lo cual podrá efectivizar su propiedad como derecho exclusivo, asimismo esto hará que las transacciones se realicen con mayor seguridad y sin mayores riesgos”. Es así como nos demuestra que la publicidad registral es fundamental y nos explica claramente lo importante que es inscribir el derecho en los Registros Públicos.

Es así que en el análisis de El Pleno, el cual está a favor de la propiedad no inscrita, se pudo apreciar que con esta decisión se concientiza a no inscribir y a tener el derecho oculto, por lo tanto lo correcto es actuar de forma diligente inscribiendo el derecho ante el Registro, toda vez que tal inscripción le otorgará legitimidad a la titularidad del propietario y esa debe ser la carga adecuada que toda persona debe realizar. Además lo correcto hubiera sido que con El Pleno se llegue a alentar que los contratos de propiedad deben ser inscritos.

Asimismo, considero que en El Pleno, soslayó un aspecto muy relevante que debió tratarse, que versa sobre la legitimidad que posee el propietario que no inscribió su derecho ante el Registro. Si bien es cierto el propietario que no inscribió su titularidad tiene cierta legitimidad activa respecto a los derechos inherentes a su propiedad, también es cierto, que posee una legitimidad pasiva, es decir, que será responsable de todo acontecimiento o suceso que ocurra

registralmente respecto a su propiedad. En efecto, como lo ya dijimos anteriormente, nadie más que el propietario ante cualquier gravamen o transferencia que se efectúe respecto a su bien inmueble que decidió no inscribir, tendrá que asumir las consecuencias jurídicas del mismo, toda vez que dicho sujeto en su oportunidad tuvo la carga (imperativo de propio interés) de inscribir o no su derecho de propiedad ante el Registro respectivo, y dar publicidad de tal titularidad a las demás personas de su derecho adquirido, y beneficiarse de los principios registrales que consagran nuestro ordenamiento jurídico.

Al aceptarse que la propiedad no inscrita prima sobre el embargo en forma de inscripción, se está afectando al principio de inoponibilidad porque se está prefiriendo a quien actuó de forma inapropiada y mantuvo clandestinamente su derecho, en vez de otorgarle seguridad a la persona que actuó de forma diligente e inscribió su derecho ante los Registros Públicos, es allí donde también se afecta fundamentalmente a la publicidad registral ya que esta decisión llega a tergiversar los datos que el Registro publicita a las personas, desde allí parte esa figura que la publicidad registral es inexacta, por lo tanto las personas van a preferir no inscribir porque así van a encontrar más seguridad que al estar inscritos. Lo cual es incorrecto porque al inscribir su derecho logran legitimar su titularidad, porque esa propiedad se hace conocida para todos, lo cual es base fundamental para que la publicidad que otorga el Registro sea veraz y exacta, además que así se obtiene seguridad y protección para quien inscribió su derecho.

CONCLUSIONES

Conclusiones

- Se determina que se afecta a la publicidad registral porque con la decisión tomada a favor de la propiedad no inscrita, se muestra al Registro como una entidad que no otorga seguridad y que la publicidad que brinda es inexacta, sin razón de ser.
- En el análisis que se realizó al Séptimo Pleno Casatorio Civil, el cual está a favor de la propiedad no inscrita, se llega a la conclusión que con la decisión tomada en el Pleno Casatorio, motiva a las personas a no inscribir su derecho ante el Registro, lo cual afecta al principio de inoponibilidad porque se prefiere proteger quien no inscribió su derecho y se perjudica a quien actuó de forma diligente y si inscribió su derecho, al afectar este principio también afecta a uno de los principios fundamentales del derecho registral que es la publicidad registral porque con la decisión tomada a favor de la propiedad no inscrita conlleva directamente a creer que los datos que publicita el Registro son inexactos.
- Se analizó el principio de publicidad registral concluyendo que es una actividad dirigida hacer notorio un hecho, una situación o relación jurídica, y refiriéndonos específicamente a los derechos reales es la actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real, y persigue como finalidad primordial la protección del crédito y la seguridad del tráfico. Esa protección se efectuara desde el momento de la inscripción en el Registro. Por lo tanto la publicidad registral es importante porque convertirá a la propiedad en absoluta al otorgarle seguridad jurídica, la protección que se

le otorga no solo es para el titular registral, sino también ampara a los terceros, es decir aquellos que también adquieren un derecho amparados en la publicidad registral.

- Se estudió la institución de la propiedad concluyendo que la propiedad es el poder unitario más amplio sobre la cosa, como un señorío global, donde las llamadas facultades o derechos del propietario no son una serie de sumandos cuya adición constituya la propiedad sino que son solo aspectos parciales del señorío total de la propiedad, por lo que la propiedad se debe inscribir en el Registro porque así adquiere el titularidad registral, y legitimidad activa y pasiva. Es importante que concientizar a que las personas que son titulares del derecho real formalicen su derecho con la inscripción en el Registro, porque así obtendrán seguridad, es así que ese derecho será formal y no un derecho sustantivo clandestino, al inscribir la titularidad del derecho real ante los registros, el cual con la formalidad de la inscripción se vuelve titular registral y así el registro le otorga protección a su titularidad.
- Se estudió la institución del derecho de crédito concluyendo que el derecho de crédito es oponible "*erga omnes*", desde el momento que se generan consecuencias jurídicas negativas para aquellos terceros que conociendo la existencia del derecho de crédito, lesionan dicha situación jurídica subjetiva; es así como sabemos que el derecho de crédito puede ser lesionado por un sujeto diferente al deudor (por un tercero ajeno a la relación obligatoria), además el deber generalísimo de no dañar a los demás nace a favor del derecho de crédito.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- ✓ ARMANDO RIVAS, A. (2005). *LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO PERUANO*. LIMA: JURISTA EDITORES.
- ✓ BULLARD GONZÁLEZ, A. (2006). *DERECHO Y ECONOMÍA-EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS INSTITUCIONES LEGALES*. LIMA: PALESTRA EDITORES S.A.C.
- ✓ CALVO COSTA, C. (2005). *DAÑO RESARCIBLE*. BUENOS AIRES: HAMMURABI SRL.
- ✓ CASTILLO QUISPE, M., & SANCHEZ, B. E. (2008). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. LIMA: JURISTA EDITORES.
- ✓ CUADROS VILLENA, C. F. (1994). *DERECHO REALES TOMO I*. LIMA: CULTURAL CUZCO S.A.
- ✓ DÍEZ - PICAZO, L. (2007). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL III*. MADRID - ESPAÑA: CIVITAS S.A.
- ✓ DIEZ-PICAZO, L. (2007). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL II (LAS RELACIONES OBLIGATORIAS)*. MADRID - ESPAÑA: CIVITAS S.A.
- ✓ NINAMANCCO CÓRDOVA, F. (2013). *EN EMBARGO INSCRITO Y TERCERÍA DE PROPIEDAD*. LIMA: EL DEPOSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ.
- ✓ GARCÍA GARCÍA , J. (1993). *DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL O HIPOTECARIO - TOMO II*. MADRID: CIVITAS S.A.

- ✓ GONZALES BARRÓN, G. (2010). *DERECHOS REALES*. LIMA - PERÚ: SAN MARCOS E.I.R.L.
- ✓ GONZÁLES BARRÓN, G. (2012). *DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL TOMO I*. LIMA: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- ✓ GONZALES BARRON, G. (2012). *DERECHO REGISTRAL Y NOTARIAL*. LIMA: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- ✓ GONZALES BARRÓN, G. (2013). *TRATADO DE LOS DERECHOS REALES (TERCERA EDICIÓN) TOMO I*. LIMA - PERÚ: JURISTAS Y EDITORES E.I.R.L.
- ✓ GONZALES BARRÓN, G. (2015). *LOS DERECHOS REALES Y SU INCRIPCIÓN REGISTRAL*. LIMA - PERÚ: GACETA JURÍDICA S.A.
- ✓ GONZALES BARRON, G. H., & ALVAREZ, C. J. (2014). *EMBARGO, TERCERIA DE PROPIEDAD Y REMATE JUDICIAL DE INMUEBLES*. LIMA: JURISTA EDITORES EIRL.
- ✓ GONZÁLES BARRÓN, G., & ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. (2014). *EMBARGO, TERCERIA DE PROPIEDAD Y REMATE JUDICIAL DE INMUEBLES*. LIMA: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- ✓ GONZÁLEZ LINARES, N. (2007). *DERECHO CIVIL PATRIMONIAL DERECHOS REALES*. LIMA: PALESTRA EDITORES S.A.C.
- ✓ GONZÁLEZ LINARES, N. (2012). *DERECHO CIVIL PRATRIMONIAL DERECHOS REALES*. LIMA - PERÚ: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- ✓ GUEVARA MANRIQUE, R., & GUEVARA BRINGAS, R. (1999). *DERECHO REGISTRAL*. LIMA: GRAFICA HORIZONTE S.A.
- ✓ HURTADO REYES, M. (1998). *APUNTES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL*. LIMA: LIBRERÍA Y EDICIONES JURÍDICAS.
- ✓ MARADIEGUE RÍOS, R. (2000). *DERECHO DE OBLIGACIONES VOL. 1*. TRUJILLO: FECAT E.I.R.L.

- ✓ MOISSET DE ESPANÉS, L. (2015). *PUBLICIDAD REGISTRAL*. LIMA: SUPERINTENDECIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS - SUBDIRECCIÓN DE CAPACITACIÓN REGISTRAL.
- ✓ MONROY GALVEZ, J., MORALES, G. J., RAMIREZ, J. N., FARFAN, F. B., CARRION , L. J., MANSILLA, N. C., & AVENDAÑO, C. J. (1995). *COMENTARIOS AL CODIGO PROCESAL CIVIL*. TRUJILLO: FONDO CULTURA JURIDICA.
- ✓ MONROY PALACIOS, J. (2002). *TEORÍA CAUTELAR*. LIMA: COMUNIDAD.
- ✓ NÚÑEZ TOMÁS, M. (1994). *DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS*. BARCELONA: BOSCH, CASA EDITORIAL S.A.
- ✓ OBANDO BLANCO , V. (2003). *TEMAS DEL PROCESO CIVIL*. LIMA: JURISTAS EDITORES E.I.R.L.
- ✓ OSTERLING PARODI , F., & CASTILLO FREYRE, M. (2008). *COMPENDIO DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES*. LIMA: PALESTRA EDITORES S.A.C.
- ✓ PALACIOS GARCÍA, R. (2002). *CURSO DE DERECHO DE OBLIGACIONES*. AYACUCHO: EDITORA FECAT.
- ✓ RIMASCCA HUARANCCA, A. (2015). *EL DERECHO REGISTRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL REGISTRAL*. LIMA: GACETA JURIDICA.
- ✓ RODRIGUEZ DOMINGUEZ , E. (2005). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL*. LIMA: GRIJLEY E.I.R.L.
- ✓ RONQUILLO PASCUAL , J. (2015). *TERECERIA DE PROPIEDAD CONTRA EMBARGO E HIPOTECA*. LIMA: GACETA JURÍDICA S.A.
- ✓ SALGADO PADILLA , A. (2014). *MANUAL DE DERECHO REGISTRAL*. LIMA: CADILLO EDITORIAL IMPRENTA S.R.L.
- ✓ TORRES LOPEZ , J. (1987). *ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*. MADRID: EDITORIAL TECNOS S.A.

- ✓ TORRES VASQUEZ, A. (2006). *DERECHO REALES*. LIMA: MORENO.
- ✓ VÁSQUEZ RIOS, A. (2003). *LOS DERECHOS REALES - LA PROPIEDAD*. LIMA: SAN MARCOS.

REVISTAS:

- ✓ BAZÁN LA ROSA, M. (2009). LA TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD INMUEBLE Y LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO. *JURISPRUDENCIA CIVIL*, 83.
- ✓ DIALOGO CON LA JURISPRUDENCIA . (2015). *GACETA JURIDICA* , 329-333.

SITIOS WEB:

- ✓ ALIAGA BLANCO, L. E. (JULIO DE 2012). [HTTP://TESIS.PUCP.EDU.PE/](http://tesis.pucp.edu.pe/). OBTENIDO DE [HTTP://TESIS.PUCP.EDU.PE/REPOSITORIO/BITSTREAM/HANDLE/123456789/1666/ALIAGA_BLANCO_LUIS_DESNATURALIZACION_REGISTRO.PDF?SEQUENCE=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1666/ALIAGA_BLANCO_LUIS_DESNATURALIZACION_REGISTRO.PDF?SEQUENCE=1)
- ✓ FERNÁNDEZ CRUZ , G. (19 DE ENERO DE 2016). *SELECTED WORKS*. OBTENIDO DE [FILE:///C:/USERS/ERICK/DOWNLOADS/LA%20DISPOSICION%20DE%20BIENES%20CONYUGALES.%20REFLEXIONES%20SOBRE%20DOS%20INSTITUCIONES%20ENCONTRADAS._STAMPED%20\(1\).PDF](file:///C:/Users/ERICK/Downloads/LA%20DISPOSICION%20DE%20BIENES%20CONYUGALES.%20REFLEXIONES%20SOBRE%20DOS%20INSTITUCIONES%20ENCONTRADAS._STAMPED%20(1).PDF)
- ✓ FIGUEROA CERCEDO, S. (2010). *TESIS.PUCP.EDU.PE*. OBTENIDO DE [HTTP://TESIS.PUCP.EDU.PE/REPOSITORIO/BITSTREAM/HANDLE/123456789/1137/FIGUEROA_CERCEDO_SERGIO_MOISES_EFICIENTE_SISTEMA.PDF?SEQUENCE=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/1137/FIGUEROA_CERCEDO_SERGIO_MOISES_EFICIENTE_SISTEMA.PDF?SEQUENCE=1).
- ✓ FUENTES YÁÑEZ, M. (09 DE SEPTIEMBRE DE 2013). *UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA - AREQUIPA*. OBTENIDO DE [HTTP://DERECHO-UCSM.ORG/?P=1233](http://derecho-ucsm.org/?P=1233)

- ✓ [HTTP://WWW.FHUMMYAR.UNR.EDU.AR.](http://www.fhummyar.unr.edu.ar) (S.F.). OBTENIDO DE [HTTP://WWW.FHUMMYAR.UNR.EDU.AR/ESCUELAS/3/MATERIALES%20DE%20CATEDRAS/TRABAJO%20DE%20CAMPO/TELMOYLUIS.HTM](http://www.fhummyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo%20de%20campo/telmoyluis.htm)

- ✓ MENDOZA DEL MAESTRO, G. (30 DE SEPTIEMBRE DE 2013). *IUS 360°*. OBTENIDO DE [HTTP://WWW.IUS360.COM/PRIVADO/CIVIL/BREVES-APUNTES-SOBRE-LAS-ADQUISICIONES-A-NON-DOMINO-EN-EL-ORDENAMIENTO-PERUANO/](http://www.ius360.com/privado/civil/breves-apuntes-sobre-las-adquisiciones-a-non-domino-en-el-ordenamiento-peruano/)

- ✓ RIOJA BERMUDEZ , A. (12 DE FEBRERO DE 2011). [HTTP://BLOG.PUCP.EDU.PE.](http://blog.pucp.edu.pe) OBTENIDO DE [HTTP://BLOG.PUCP.EDU.PE/BLOG/SEMINARIOTALLERDPC/2011/02/12/TERCERIA/](http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/02/12/terceria/)

- ✓ SALAS FERRO , P. (S.F.). [HTTP://DERECHOPEDIA.PE/](http://derechopedia.pe/). OBTENIDO DE [HTTP://DERECHOPEDIA.PE/MAS/EL-DERECHO-ADMINISTRATIVO/98-LAS-MEDIDAS-CAUTELARES-EN-EL-PROCESO-CONTENCIOSO](http://derechopedia.pe/mas/el-derecho-administrativo/98-las-medidas-cautelares-en-el-proceso-contencioso)

- ✓ VINCENZO ROPPO. (S.F.). SITUACIONES JURÍDICAS Y RELACIONES JURÍDICAS. PDF.
 JURISPRUDENCIA:

- ✓ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.º 0016-2002-AI/TC (CONSTITUCIONAL 30 DE ABRIL DE 2003).

ANEXOS