

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA POR USUCAPIÓN DENTRO DEL
PROCESO DE TERCERÍA DE DOMINIO EN EL ACTUAL ORDEN JURÍDICO
PERUANO.**

TESIS

Presentada por:

Br. Darwin André Fuentes Coaguila

Asesor:

Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez

Código ORCID: 0000-0002-9910-842X

Para obtener el Título Profesional de:

ABOGADO

Tacna – Perú

2022

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA POR USUCAPIÓN
DENTRO DEL PROCESO DE TERCERÍA DE DOMINIO EN EL ACTUAL
ORDEN JURÍDICO PERUANO”**

Presentada por:

Darwin André Fuentes Coaguila

Tesis aprobada el día 09 de noviembre del año 2022; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE: Dr. Carlos Alberto Cueva Quispe

SECRETARIO: Mag. Enlil Iván Herrera Pérez

VOCAL: Dr. Carlos Alberto Pajuelo Beltrán

ASESOR: Mag. Juan Enrique Sologuren Álvarez

Yo Darwin André Fuentes Coaguila, en calidad de bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna, identificado con DNI 70573647. Soy autor del texto titulado:

“Oponibilidad de la propiedad adquirida por usucapión dentro del proceso de tercería de dominio en el actual orden jurídico peruano”.

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el título profesional de abogado, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un título profesional en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber transgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 29 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna, 09 de noviembre de 2022.



Darwin André Fuentes Coaguila
DNI 70573647

“Es aburrido leer a los aliados, a quienes coinciden con nuestros puntos de vista. Más interesante es leer al enemigo, al que pone a prueba la solidez de nuestras defensas. Lo que en verdad me ha interesado siempre, es averiguar qué tienen de flaco, de débil o de erróneo las ideas en las que creo. ¿Para qué?

Para poder enmendarlas o abandonarlas”.

Isaiah Berlin

DEDICATORIA

A mi madre, Denise María Coaguila Valdivia, por ser la mujer más fuerte que he podido y que quizás, llegue a conocer;

A mi padre, Darwin Reynel Fuentes Borda, por demostrarme que el amor no tiene límites;

A mi hermana, María del Pilar Fuentes Coaguila, por ser para mí como una brújula que, al verla, puedo saber en qué dirección caminar.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme regalado su gracia sin ser merecedor de ella, por hacerme entender lo limitados que podemos ser cuando no lo conocemos. Agradecerle por hasta ahora lo poco pero intensamente vivido y que me perdone, por lo mucho que le he fallado.

A mi abuela Moraima Borda Requena, educadora, por haberme demostrado que no importan las adversidades que uno pueda encontrar en su vida. Que a veces es necesario nadar a contracorriente para que uno pueda desarrollarse.

A Oswaldo Andree Vargas Vargas por ser un hermano mayor, por darme consejo, por ser alguien de quien puedo esperar apoyo, y por hacerme comprender que en la diferencia del estudio y del ejercicio del derecho, está el gusto.

A mis profesores y amigos de la Universidad Privada de Tacna, Renzo Yufra Peralta y Juan Enrique Sologuren Álvarez porque más importante que solo enseñar, es formar y transmitir.

A la familia del Estudio Vargas & Fuentes porque hay lugares con vocación de ayudar, orientar y difundir el conocimiento del derecho.

ÍNDICE

Resumen	x
Abstract	xi
INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento y justificación del problema.	5
1.1.1. Planteamiento	5
1.1.2. Justificación	6
1.2. Antecedentes de la investigación.....	7
1.3. Formulación de problemas.....	8
1.3.1. Pregunta significativa.....	8
1.3.2. Problemas específicos.....	8
1.4. Objetivos.....	8
1.4.1. Objetivo general.....	8
1.4.2. Objetivos específicos.....	9
1.5. Hipótesis.....	9
1.5.1. Hipótesis general.....	9
1.5.2. Hipótesis específicas.....	9
METODOLOGÍA	11
1.1. Tipo de investigación.....	11
1.2. Fuentes de información.....	11
1.3. Categorías	12
1.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	12
1.5. Métodos de análisis.....	13

1.6. Nivel de investigación.	13
CAPÍTULO I	14
TEORÍA DE LA USUCAPIÓN	14
1. Marco general sobre la usucapión, el fenómeno del tiempo como hecho jurídico en la norma.	14
1.1. La usucapión como una especie del género “prescripción”	16
1.2. La usucapión como una situación jurídica subjetiva ínsita en la expectativa.	17
1.3. La usucapión como un modo de adquisición.	19
1.4. Los fines de la usucapión.	22
2. La posesión como fundamento de la usucapión.	28
2.1. La posesión “ <i>ad usucapionem</i> ”	29
2.2. Posesión pública.	35
2.3. Posesión pacífica.....	38
2.4. Posesión continua.	42
3. Cuestiones pragmáticas de la usucapión en el Código Civil peruano.	45
3.1. Clases de prescripción adquisitiva.....	45
3.2. Los efectos de la prescripción adquisitiva.....	50
3.3. ¿Efecto retroactivo de la usucapión?.....	53
3.4. La usucapión contra el registro.	54
CAPÍTULO II	56
EL PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD	56
1. Marco general sobre la tercería de propiedad.....	56
1.1. Remedios de tutela para la propiedad.	56

1.2.	La relación jurídico procesal acorde a la relación jurídica sustantiva.	58
1.3.	La <i>ratio</i> de la tercería de propiedad.	60
2.	Cuestiones pragmáticas sobre la tercería de propiedad en el Código Procesal Civil peruano.	65
2.1.	Presupuestos para la tercería de propiedad.	65
2.2.	Efectos de la tercería de propiedad.	69
CAPÍTULO III		72
LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE TERCERÍA DE PROPIEDAD		72
1.	El documento con fecha cierta.	72
2.	Los documentos con fecha cierta en la prescripción adquisitiva.	75
3.	El documento de fecha cierta, acertado pero incompleto.	86
4.	Los prejuicios del proceso de tercería de propiedad, una falacia ante la usucapión. ...	91
CAPÍTULO IV		94
OTRAS – INSERVIBLES – FORMAS DE ELUDIR EL DOCUMENTO DE FECHA CIERTA.		94
1.	La incomprendida garantía en defecto del documento de fecha cierta.	94
2.	La suspensión de la medida cautelar.	99
3.	Responsabilidad por afectación de bien a tercero.	101
CAPÍTULO V		105
LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA COMO FORMA DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD.		105
1.	La oposición de la prescripción adquisitiva ante un desalojo.	106
2.	La oposición de la prescripción adquisitiva ante un desalojo extrajudicial.	108
3.	La oposición de la prescripción adquisitiva ante una reivindicación.	111

CAPÍTULO VI	115
LA Oponibilidad de la Adquisición por Prescripción Adquisitiva	115
1. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un tercero de la fe pública registral.....	115
2. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un tercero de la oponibilidad.	119
3. La oposición de la prescripción adquisitiva ante el acreedor embargante.	126
4. La oposición de la prescripción adquisitiva ante el acreedor hipotecario.	138
CAPÍTULO VII	144
LA Posibilidad de Valorar la Prescripción Adquisitiva como Acción en un Proceso de Tercería de Propiedad	144
1. La cognición que importa tener un proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico.	144
2. La flexibilización del requisito de documento de fecha cierta en la jurisprudencia peruana.....	149
3. La prescripción adquisitiva se gana con el solo paso del tiempo.	153
4. Casación n.º 1164-2016-Lima: Prescribiente vs. Acreedor hipotecario.....	158
4.1. Error del juez de primera instancia.....	161
4.2. Error de la Sala Civil de la Corte Superior.....	163
4.3. Error de la Sala Civil de la Corte Suprema.	164
CONCLUSIONES	166
RECOMENDACIÓN: PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY	169
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174
ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL INFORME FINAL	187

Resumen

¿El proceso de tercería de propiedad está al alcance de tutelar a cualquier propietario? ¿Quién adquiere por prescripción puede entablar tercería de propiedad? ¿La prescripción adquisitiva requiere de sentencia para ser discutida en el proceso de tercería? ¿Puede el prescribiente ganar una tercería contra el acreedor embargante o hipotecario? Se advierte con estas preguntas y, que a través de ellas se logre reflexionar, en lo rígido e incoherente que tiene nuestro proceso de tercería de propiedad pues como está diseñado, termina siendo un remedio del cual no puede servirse aquel propietario que adquiere por prescripción adquisitiva, dificultando así la discusión de su adquisición tanto en su fase de alegación, al intentar oponerla con o sin contar con sentencia que lo declare, en la valoración al exigir un documento de fecha cierta que contenga el derecho de propiedad y a nivel de oponibilidad al resolverse el conflicto sin discutirse previamente el conocimiento que se pudo haber tenido del derecho del prescribiente. Así pues, por medio de un desarrollo argumentativo descriptivo pero aplicado, (i) describimos la naturaleza de la prescripción adquisitiva como su reconocimiento jurisdiccional para de esta forma, sostener su dable oposición y (ii) evaluamos el diseño que tiene nuestro proceso de tercería de propiedad a nivel de admisibilidad y resolutivo. Así las cosas, a través de una debida argumentación, todo se subsume a una conclusión: la falta de tutela hacia la posición jurídica del prescribiente.

Palabras clave: Prescripción adquisitiva, tercería de propiedad, documento de fecha cierta, oponibilidad, sentencia declarativa.

Abstract

Can the third-party property action protect the right of any owner? Can the acquirer by prescription engage in a property third party? Does the acquisitive prescription require a judgement to be discussed in a third-party property action? Can the acquirer by prescription win a third-party property action against the creditor who has a lien registered or a mortgage? It is noted that these questions are possible to reflect on how rigid and incoherent our third-party property action is because as it is designed, it ends up being a remedy that the acquirer by prescription cannot use. This makes it difficult to discuss its acquisition both in its allegation phase, when trying to oppose it with or without a document of certain date that contains the property right, and in its opposability phase, when the conflict is resolved without previously discussing the knowledge that may have been had of the right of the prescriber. Thus, through a descriptive but applied argumentative development, (i) we describe the nature of the acquisitive prescription as its jurisdictional recognition to sustain its possible opposition and (ii) we evaluate the design of our third-party property action at the admissibility and ruling level. Thus, through proper arguments, everything is subsumed to a conclusion: the lack of protection of the legal position of the prescriber.

Key words: Acquisitive prescription, third-party action process, document of certain date, opposability, declaratory judgment.

INTRODUCCIÓN

La idea central para un propietario o para cualquier sujeto que tenga dentro de su patrimonio ciertos derechos radica en que, de acuerdo con su interés, el orden jurídico le otorgue ante la vulneración o posible amenaza a su derecho, mecanismos de tutela, esto es, aquello que permita defender o cautelar su situación a través de lo que conocemos como remedios. Estos últimos están – o deberían de estar – prestos a la persona que los necesite para tutelarlos, no obstante, encontraremos fallas en el sistema si esto no es así.

La discusión sobre la regulación del remedio de la tercería de propiedad repercute en poder preguntarnos ¿es un remedio a disposición de cualquier propietario?, esto claro, ligado a si el orden jurídico tutela al propietario con el remedio pensado para su situación, ante la pregunta consideramos que no, en el supuesto donde el tercerista funde su adquisición con base a la prescripción adquisitiva. Eso último nos subsume en la idea de poder reparar, si nuestro proceso de tercería de propiedad cumple con su finalidad de tutelar al propietario, o si está a disposición solo para algunos, como pensamos que es.

Así las cosas, lo apremiante de poner en discusión la valoración de la prescripción adquisitiva dentro del proceso de tercería de propiedad, es retomar el mal análisis que se realizó en el VII Pleno Casatorio sobre el crédito anotado o inscrito contra la propiedad no inscrita y poder encontrar una solución más coherente, pero con el añadido, de someter a discusión la adquisición por prescripción adquisitiva a raíz de un caso que pudo conocerse y que tuvo a bien en llegar a la Corte de casación.

De esta forma, es útil conocer las fallas que presentan el proceso de tercería excluyente al intentar ser ejercido por un prescribiente que se ve en la necesidad de liberar a su inmueble como embargos o hipotecas constituidos de forma posterior a su adquisición, no obstante, debemos ser equilibrados al momento de favorecer a este último, toda vez que, del otro lado tenemos a un acreedor que acudió al sistema de publicidad registral.

En ese orden de ideas, la presente investigación se estructura en una parte introductoria, la parte metodológica, los capítulos de desarrollo y el marco conclusivo con la propuesta de solución.

Comenzando, en la **PRIMERA PARTE** denominada “Introducción”, donde tratamos su planteamiento y la justificación de la discusión. De añadidura nos detendremos en distintas premisas que deberán ser abordadas en el transcurso de estas páginas, como es la pregunta significativa a través de la cual podremos delimitar nuestro objeto de estudio y los objetivos propuestos, los cuales nos ayudarán a desarrollar ordenada y sistemáticamente la pregunta significativa, así como las hipótesis como respuestas tentativas a la pregunta significativa y, así, a las específicas.

Prosiguiendo con la **SEGUNDA PARTE** llamada “Metodología”, donde se expone el tipo de investigación que se ha desarrollado, sus fuentes, las categorías jurídicas que servirán como contenido del desarrollo argumentativo. Finalmente, nos detendremos en las técnicas e instrumentos a la investigación y los métodos con los cuales se investigó.

Los capítulos del desarrollo, tienen como eje central de estudio un desarrollo dogmático, normativo y jurisprudencial crítico sobre el tema, teniendo como contenido de análisis siete capítulos:

El **PRIMER CAPÍTULO** llamado “Teoría de la usucapión”, capítulo en el cual nos ocupamos del desarrollo teórico y crítico sobre una concepción adecuada de la prescripción adquisitiva en términos de sus funciones, de sus exigencias que la norma detalla y cómo es que las concibe nuestra jurisprudencia nacional citando numerosas líneas emitidas por la Corte Suprema. Así también, se abordará cuestiones pragmáticas reguladas en el Código Civil sobre

dicha institución, todo ello con la finalidad de esclarecer en qué márgenes se enfocará a la prescripción adquisitiva de dominio en la presente investigación jurídica.

El **SEGUNDO CAPÍTULO** denominado “El proceso de tercería de propiedad”, capítulo donde no solo nos centraremos en entender y describir dicho remedio en tutela de la propiedad, en términos de su *ratio* y su claro énfasis en las relaciones privadas, sino en criticar su actual regulación en el Código Procesal Civil la cual creemos, tiene una visión rígida y nada coherente en lo que viene a ser primero, su regulación adjetiva, tanto en sus presupuestos como efectos y, segundo en su *ratio*, esto es, tutelar el derecho de propiedad, quiere decir; debe servir a aquel de adquiere la propiedad de la forma que fuera.

El **TERCER CAPÍTULO** denominado “La admisibilidad de la demanda de tercería de propiedad”, capítulo que tiene como labor criticar y poner en duda, la coherencia y sentido de anteponer como condición para que un propietario se sirva de este remedio, la presentación de un documento con fecha cierta, toda vez que, se argumenta que este requisito especial emanado de la norma responde a una concepción rígida y formal pensada únicamente para aquel que adquiere su derecho de forma derivada, más no para aquel propietario que adquiere su derecho por sí mismo, como lo viene a ser una adquisición por prescripción adquisitiva, esto significa en el fondo que el remedio de tercería de propiedad no responde a tutelar su razón de ser, que es la propiedad, puesto que solo sirve para un grupo determinado, quedando corto respecto a quienes sustenten su titularidad sobre una adquisición originaria.

El **CUARTO CAPÍTULO** llamado “Otras – inservibles – formas de eludir el documento de fecha cierta”, capítulo que tiene un enfoque esencialmente crítico, donde trataremos los demás medios aparte de la tercería de propiedad que tiene regulado nuestra legislación para poder desafectar un inmueble en el que recae una deuda ajena, para de esta forma descubrir si el prescribiente puede desafectar su propiedad ya ganada sin recurrir a la tercería de propiedad y así, sin tener que presentar un documento de fecha cierta que no puede contar. No obstante, llegaremos a la conclusión que aquellos distintos medios, no son factibles de ser ejercidos por el propietario por y principalmente, carecer de un medio de prueba que demuestre

haber adquirido la propiedad de forma indubitable, esto es, sin necesidad de ejercer un profundo razonamiento probatorio por parte del juez.

El **QUINTO CAPÍTULO** que lleva el nombre “La prescripción adquisitiva como forma de defensa de la propiedad”, capítulo donde abordaremos un enfoque estrictamente pragmático con la finalidad de argumentar la dable oposición de la prescripción adquisitiva consumada en distintos escenarios, principalmente como es un desalojo, desalojo extrajudicial y reivindicación. Esto con el claro objetivo de demostrar mediante un argumento analógico, la viable opción de oponer la prescripción adquisitiva en un proceso de tercería de propiedad como es en otros procesos acorde con los criterios jurisprudenciales.

El **SEXTO CAPÍTULO** llamado “La oponibilidad de la adquisición por prescripción adquisitiva”, capítulo en el cual se busca demostrar la incidencia que tiene quien adquiere por prescripción adquisitiva estando ante un conflicto a nivel subjetivo, como sería uno ante quien adquiere en base al principio de fe pública registral, principio de oponibilidad, ante un acreedor embargante o acreedor hipotecario, comparando los distintos argumentos que tienen cada uno para fundamentar su derecho frente a los argumentos que tiene el prescribiente. Esto con el propósito de analizar la oponibilidad entre los derechos en juego, teniendo como fundamentos sus naturalezas, medios de protección, publicidad, buena fe y, así, determinar el interés prevaleciente.

El **SÉPTIMO CAPÍTULO** denominado como “La posibilidad de valorar la prescripción adquisitiva como acción en un proceso de tercería de propiedad”, último capítulo donde llegados hasta este punto, abordaremos una perspectiva tanto doctrinaria como pragmática, al ver la flexibilidad que ha tenido el documento de fecha cierta en la jurisprudencia nacional, y poder entender la naturaleza del proceso de tercería de propiedad, esto es, un proceso plenario, siendo dable demostrar mediante un gran arraigo probatorio la prescripción adquisitiva como también la mala fe del acreedor, además de reiterar algo muy uniforme por la doctrina nacional pero nada claro en nuestra jurisprudencia, esto es que consecuencias genera entender a

la sentencia de prescripción adquisitiva como declarativa, siendo todas nuestras críticas enfocadas a un determinado caso que pudo llegar a la Corte de casación.

Prosiguiendo, en la **TERCERA PARTE** de las conclusiones, donde nos detendremos en declarar explícitamente las conclusiones a las cuales hemos podido arribar, dejando claro, la dable posibilidad y satisfacción de generar un debate sobre esta investigación, generando la confrontación de ideas y crítica a todo lo aquí tratado.

Y finalmente, la **CUARTA PARTE** que contendrá nuestra recomendación a través de un Proyecto de Ley como propuesta de solución, la cual se materializa en una serie de cambios normativos a nuestro Código Procesal Civil en el proceso de tercería de propiedad, regulando así los diversos supuestos de hecho que actualmente no recoge, en particular el tercerista que funda su adquisición en la prescripción adquisitiva.

1.1. Planteamiento y justificación del problema.

1.1.1. Planteamiento:

La adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva de dominio ha generado en nuestra jurisprudencia amplios debates a lo largo de su desarrollo, en cuanto se presentan en la realidad contiendas entre sujetos con determinada situación jurídica que exigen que sus intereses sean preferidos sobre el de los otros.

Es así que nuestro sistema normativo tiene como respuesta la existencia de remedios, el cual prevé situaciones o respuestas que sirven de instrumento para la tutela de determinados intereses privados y, dentro de este esquema, lo que el prescribiente busca ante una contienda de derechos a nivel subjetivo es que su interés sea preferido por el ordenamiento y, justamente para ello, deberá de fundamentar su interés bajo un mecanismo de tutela, en este caso el de la propiedad.

Así entonces, estos conflictos son resueltos por determinadas vías, sobre el particular, el proceso de tercería de propiedad es una de ellas aplicable pues a un

determinado supuesto de hecho previsto por el ordenamiento. La idea de este remedio es que sea de utilidad para un propietario, no obstante; con nuestra actual regulación, creemos que está pensada únicamente para alguien que le deriva el derecho a otro, mas no para un propietario que adquiere su derecho de forma originaria, como puede pasar, y que pasa, con una prescripción adquisitiva de dominio.

Vistas así las cosas, bajo esta premisa se analiza y critica la forma en la cual ha sido adoptado el requisito de admisibilidad para una demanda de tercería de propiedad, esto, si la pertinencia del documento de fecha cierta ante un contexto de una adquisición originaria, responde a la razón y aun más, responde a la tutela del interés que se supone debe proteger.

Este problema surge desde que este requisito es incorporado en nuestro Código Procesal Civil del año 1993 en su artículo 535, estableciendo que para probar el derecho de propiedad el tercerista deberá hacerlo a través de un documento con fecha cierta.

En este orden de ideas, las preocupaciones deambulan sobre si como está regulada la tercería de propiedad, es óptima para tutelar a todos los propietarios o sólo a unos cuantos que es como creemos.

1.1.2. Justificación:

La justificación de la presente investigación es que oscila un tema muy poco tratado en nuestro medio, un tema como el de la propiedad no inscrita contra el embargo anotado ha sido materia de mucho estudio y análisis en nuestro medio, no obstante; consideramos que hasta ahora, muy pocas líneas trataron el tema como lo abordaremos en esta investigación, esto es, en introducir a la prescripción adquisitiva en este dilema y, pues, como se verá, poder contribuir con en esta discusión provechosa, promoviendo el diálogo entre distintas categorías jurídicas.

Este planteamiento reposa sobre la idea en que no se brinda de una tutela oportuna al prescribiente por parte del ordenamiento. El escenario ante el cual un prescribiente luego de cumplir con todos los requisitos expresados por la norma y en especial, el transcurso del tiempo, pueda perder su derecho adquirido a causa de un derecho de crédito del cual no formó parte. Encaminándonos así, a tener que ponderar los intereses, tanto del acreedor por un lado y del propietario que adquirió por prescripción.

Es así que la presente investigación considera que deba ser revisada la forma como se encuentra regulada la tercería de propiedad y, consecuentemente, deba ser considerada también como un mecanismo de defensa para el propietario que adquirió por prescripción adquisitiva, toda vez que, si bien su finalidad es tutelar a la propiedad, debe también de facilitarse este remedio para quien adquirió por prescripción adquisitiva, per se, no deja de ser propietario.

1.2. Antecedentes de la investigación:

En Tacna no se encuentran antecedentes de investigaciones en aquello que viene a ser un estudio sobre la oposición de la prescripción adquisitiva ya consumada dentro de un proceso de tercería de propiedad con la finalidad de dejar sin efecto la ejecución del bien.

Por lo mismo, a nivel nacional no se ha encontrado investigaciones jurídicas que traten sobre el particular, por lo que da a resaltar el importante aporte y estudio de la presente investigación jurídica para nuestro medio.

1.3. Formulación de problemas:

1.3.1. Pregunta significativa:

¿Es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva dentro del proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico?

1.3.2. Problemas específicos:

1.3.2.1. ¿Se debe exigir el documento de fecha cierta en la hipótesis donde el inmueble haya sido adquirido por medio de la prescripción adquisitiva de dominio?

1.3.2.2. ¿Es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente?

1.3.2.3. ¿Cuáles son los criterios que tendrá que acreditar el prescribiente para levantar el gravamen inscrito en su inmueble dentro del proceso de tercería de propiedad?

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo general.

Analizar si es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva dentro del proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico.

1.4.2. Objetivos específicos.

- 1.4.2.1. Demostrar que no se debe exigir el documento de fecha cierta en la hipótesis donde el inmueble haya sido adquirido por medio de la prescripción adquisitiva de dominio.
- 1.4.2.2. Argumentar si es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente.
- 1.4.2.3. Identificar mediante qué criterios tendrá que acreditar el prescribiente para poder levantar el gravamen inscrito en su inmueble dentro del proceso de tercería de propiedad.

1.5. Hipótesis.

1.5.1. Hipótesis general.

Es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio consumada, en un proceso de tercería de propiedad.

1.5.2. Hipótesis específicas.

- 1.5.2.1. Se debe prescindir del requisito del documento de fecha cierta al momento de acreditar la propiedad del bien afectado con el gravamen, toda vez que, éste requisito no se puede exigir ante una adquisición originaria por prescripción adquisitiva, en cuanto ésta no requiere de una relación contractual previa para su adquisición, sino únicamente el transcurso del tiempo y demás exigencias de ley.
- 1.5.2.2. Es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente, en cuanto ésta como

adquisición originaria no la requiere para su eficacia ni para su valoración.

- 1.5.2.3. En el proceso de tercería de propiedad, el prescribiente deberá no sólo acreditar que la adquisición de su derecho de propiedad haya sido anterior a la inscripción del gravamen, sino que, además, deberá probar la mala fe que tuvo el acreedor al constituir dicho gravamen.

METODOLOGÍA

1.1. Tipo de investigación.

- A) Por la finalidad o propósito de la presente investigación, se trata de una investigación aplicada, al presentar un carácter teórico pero con una propuesta de solución, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de la oposición de la prescripción adquisitiva dentro de un proceso de tercería de propiedad, con la finalidad de probar la titularidad que se avoca.
- B) Por las fuentes de información, se trata de una investigación documental o bibliográfica, toda vez que, la fuente principal de la que se partirá resulta del análisis y estudio documental como doctrinal, jurisprudencial y normativo de la prescripción adquisitiva como del proceso de tercería de propiedad.
- C) Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática, puesto que, se pretende el desarrollo interpretativo y argumentativo sobre instituciones y categorías jurídicas en torno a la prescripción adquisitiva y a la tercería de propiedad a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.

1.2. Fuentes de información.

La fuente primordial de información para la presente investigación es de índole documental, en estos términos, se han analizado dispositivos legales y normas jurídicas, sentencias de la Corte Suprema, Plenos Jurisdiccionales, así como doctrina relevante y autorizada, contenidos en libros,

revistas y artículos jurídicos de prestigio en soporte tanto físico como electrónico, todo ello orientado a demostrar la doble valoración de la prescripción adquisitiva por parte del juez en un proceso de tercería de propiedad, este criterio conforme a los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema y cómo es que concibe a esta adquisición originaria.

1.3. Categorías:

Las principales categorías jurídicas con las que se va a argumentar nuestras hipótesis será la prescripción adquisitiva de dominio, entendida como un acto jurídico en sentido estricto por medio del cual de forma originaria un poseedor adquirirá la propiedad de un bien en un transcurso de tiempo determinado por la norma. Así también, nuestro discurso tendrá la presencia de un remedio que tutela la propiedad como lo es la tercería excluyente, el cual servirá para desafectar un bien determinado toda vez que la afectación recaerá en un bien de quien no es el deudor, justificando así el levantamiento.

1.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En consideración y en vista a nuestras fuentes de información, se utilizó la técnica del fichaje bibliográfico, mediante el análisis teórico de los datos que se obtengan, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos, teniendo también en consideración la posición que tiene la prescripción adquisitiva en la jurisprudencia nacional.

El instrumento que ha sido empleado en la presente investigación y, conforme a la técnica elegida, es la ficha bibliográfica, toda vez que, la investigación es una descriptiva, conteniendo además un ámbito dogmático, un propósito aplicado con fuentes estrictamente documentales o bibliográficas, es que se optamos por el presente instrumento de investigación jurídica.

1.5. Métodos de análisis:

En la presente investigación se ha recurrido a distintos métodos de investigación jurídica, tales como:

- a) Método exegético: Para abordar el problema desde la perspectiva de la base legislativa en nuestro ordenamiento jurídico en términos de cómo viene siendo regulada la prescripción adquisitiva y el proceso de tercería de propiedad.
- b) Método dogmático: Para aproximar el tratamiento que tiene el fenómeno jurídico en la doctrina con referencia a los objetivos planteados para el desarrollo en la investigación jurídica.
- c) Método funcional: Para un acercamiento a la realidad a través de la jurisprudencia nacional desde un enfoque cualitativo, en lo que respecta a las cualidades que tiene la prescripción adquisitiva y el proceso de tercería de propiedad en los tribunales.

1.6. Nivel de investigación.

El nivel de la presente investigación es uno de nivel descriptivo, toda vez que, lo que se pretende es argumentar la discusión crítica en relación a la oposición de la propiedad adquirida por medio de la usucapión ya consumada y, de esta forma, que el prescribiente tenga a su alcance el remedio de la tercería de propiedad para desafectar su inmueble.

CAPÍTULO I

TEORÍA DE LA USUCAPIÓN

1. Marco general sobre la usucapión, el fenómeno del tiempo como hecho jurídico en la norma.

Parte del orden que conocemos en nuestro vivir, es que nada queda estático o inamovible, pues todo continua sin detenerse ni esperar en algo, así pues, el tiempo constituye una de las verdades que ordena nuestra vida, justamente al que ésta no se detenga, sino que continúe. San Agustín al preguntarse “¿Qué es, pues, el tiempo? Respondía, Si nadie me lo pregunta, lo sé; si quiero explicarlo al que me pregunta, no lo sé”¹. Según el filósofo alemán Heidegger, decía que “el tiempo es el devenir ‘*intuido*’, es decir, el paso no pensado que simplemente se presenta en la secuencia de los ahoras”².

El tiempo tiene matices bastante complejos, si nos remitimos a su incidencia jurídica, podremos ver que el tiempo genera un papel relevante en las relaciones jurídicas. Para ello es necesario remontarnos a una categoría general dentro de la teoría general del derecho civil y así del derecho, el hecho jurídico. “Se llaman hechos jurídicos todos los acontecimientos a los que el derecho objetivo atribuye como consecuencia de la adquisición, la pérdida, o la modificación de un derecho subjetivo”³.

¹ SAN AGUSTÍN, *Confesiones*. Colección Filosofía y Teoría Social, En: <https://www.librosenred.com/>, 2007, p. 224.

² HEIDEGGER, Martín, *El Ser y Tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, En: <https://www.philosophia.cl/>, 1927, p. 414.

³ COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, traducido al castellano de la 4.ª ed. italiana por Felipe de J. Tena y revisada por Leonardo Coviello, Lima: Ara Editores, 2007, p. 369.

La doctrina clásica ha clasificado – entre otras más – a los hechos jurídicos en voluntarios e involuntarios. En nuestro medio se ha afirmado, que “resalta entre los hechos jurídicos, el transcurso del tiempo, que no depende, en absoluto, de la actividad humana, (...) salvo casos excepcionales; la *usucapión* o prescripción adquisitiva de propiedad”⁴.

Es necesario precisar que “en los hechos jurídicos en sentido estricto la voluntad es indiferente, pero no son hechos involuntarios como lo describe un sector de la doctrina nacional. En tales hechos puede existir la (voluntariedad), pero la norma jurídica no la valora para aplicar los efectos jurídicos correspondientes”⁵.

Con lo expresado, podemos afirmar que la *usucapión*, es un hecho jurídico que nace por el solo paso del tiempo, pero que donde la voluntariedad está presente como efecto de la posesión que es requerida junto con las demás exigencias que la norma expresa.

Así pues, si nos ponemos a pensar en la prescripción adquisitiva que el solo paso del tiempo para que se consume y se produzca la adquisición de un derecho es reconocido por la norma. Debemos partir que “la norma jurídica se presenta como un juicio hipotético que liga determinados efectos a la realización de un hecho”⁶, esto es lo que se llama un juicio valorativo, dentro de estos juicios se “valora un hecho (o la acción, o la situación) a la que se liga determinados efectos”⁷. Aquí podemos entender que la norma toma en consideración un determinado hecho, juridizándolo al regularlo en términos positivos, esto es la norma y, dicho sea de paso, solo con un dispositivo normativo podrá ser catalogado como hecho jurídico en sentido estricto.

⁴ LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 28.

⁵ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, 2.^a ed., Lima: Instituto Pacífico, 2019, p. 45.

⁶ IRTI, Natalino, *Introducción al estudio del derecho privado*, traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, 1.^a edición en castellano de la 4.^a reimpresión de la 4.^a edición (1990) italiana, Lima: Grijley, 2003, pp. 38, 39.

⁷ *Ibidem*, p. 43.

1.1. La usucapión como una especie del género “prescripción”

Con lo visto hasta aquí, hemos podido ver que el solo paso del tiempo genera consecuencias jurídicas al ser regulado y valorado por la norma, convirtiéndolo así en un hecho jurídico. Ahora debemos preguntarnos. ¿Qué consecuencias puede generar el tiempo en el derecho?

Hemos podido ver a groso modo, sobre la institución de la *usucapión*, pero ésta, tiene por detrás algo que la abraza junto a otras más categorías jurídicas⁸.

El término “prescripción” en principio, “se basa en el transcurso del tiempo”⁹. Como dice De Ruggiero, “hay derechos que no pueden surgir sino en determinadas circunstancias de tiempo; otros que no pueden tener más que una duración preestablecida, fijada por la ley o por la voluntad privada; algunos no pueden ejercitarse más allá de un cierto tiempo; en fin, hay derechos que se adquieren o se pierden por el transcurso de un cierto tiempo”¹⁰.

En ésta misma línea de ideas, podemos entender a la prescripción como una categoría jurídica que conlleva a la adquisición o extinción de un derecho por – y principalmente – el solo paso del tiempo, entre otras exigencias que la norma detalla.

Es de añadirse que, “cuando se describe un fenómeno, se califica un supuesto de hecho jurídicamente configurado o se configura un hecho para inferir de él efectos de signo jurídico”¹¹, sobre el particular, un efecto adquisitivo.

Así pues, la prescripción a través del reconocimiento legal, puede manifestarse en dos variantes, la extintiva o liberatoria y la adquisitiva, ambas generadas por el transcurso del tiempo. La primera, ubicada en nuestro Libro VIII del Código Civil, donde

⁸ Sobre un estudio más detallado del tiempo en el derecho léase a: VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado del derecho de la prescripción y la caducidad*, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2021.

⁹ GALLO, Paolo, *Derecho Privado*, Lima: Ara Editores, 2015, p. 95.

¹⁰ Citado por LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil parte general*, t. II, 17.ª ed., Buenos Aires: Perrot, 1997, p. 591.

¹¹ LIPARI, Nicolò, *Las categorías del derecho civil*, traducción y prólogo de Agustín Luna Serrano, Madrid: Dykinson, 2016, p. 54

la idea central, es que el tiempo genera la extinción del derecho por la inercia prolongada de su titular, esto es así, por razón de generar certeza de los derechos en las relaciones jurídicas. La segunda está regulada como supuesto de hecho jurídico para adquirir bienes inmuebles (artículo 950 del CC), así como para bienes muebles (artículo 951 del CC), a través de la cual el transcurso del tiempo genera la adquisición de un derecho.

No obstante, debemos precisar que en estos términos de la *usucapión*, el solo tiempo no es suficiente para generar la adquisición del derecho, sino que la posesión es sin duda un factor determinante que llenará de contenido esta categoría, ya que “muchas veces el transcurso de éste constituye por sí mismo un hecho jurídico (como con la caducidad y en la prescripción liberatoria), o concurre con otros elementos a constituir un hecho jurídico (como en la prescripción adquisitiva)”¹².

Pero a pesar de esa diferencia, “ambos institutos se fundan en el transcurso del tiempo y son orientadas a hacer coincidir en el modo más alto posible la situación de hecho a la de derecho”¹³.

1.2. La usucapión como una situación jurídica subjetiva ínsita en la expectativa. Dentro del vasto mundo de situaciones en las cuales nosotros nos encontramos, en las situaciones jurídicas subjetivas, podemos encontrar ese dinamismo que nos caracteriza a nosotros las personas, que “tienen la particularidad de contar con relevancia jurídica a través de un reconocimiento normativo, que toma en cuenta un estado de aspiración; esta aspiración es lo que debemos entender como interés”¹⁴.

Es preciso detenernos en la incidencia que tiene la *usucapión* o prescripción adquisitiva, en las situaciones jurídicas subjetivas de quienes se verán afectados por esta.

¹² COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 374.

¹³ GALLO, Paolo, *Derecho Privado*, ob. cit., p. 95

¹⁴ NICOLÓ, Rosario, “Las situaciones jurídicas subjetivas”, traducido por Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias, en: *Advocatus*, n.º 12, Lima: 2005, p. 106.

Por ende, enfocaremos en éste y en el apartado siguiente a las situaciones jurídicas tanto de la expectativa, como la mutación de un derecho subjetivo.

En principio, ambas vienen a ser situaciones jurídicas subjetivas, ambas pueden estar vinculadas o no a una relación jurídica, y ambas vienen a ser situaciones jurídicas subjetivas de ventaja en cuanto en ambas “la posición de preeminencia del sujeto es para satisfacer un interés propio”¹⁵, con la diferencia en que la expectativa es una de carácter inactiva, y el derecho subjetivo es uno de carácter activo.

Una situación jurídica es inactiva cuando “se configura como un mero deber de abstención”¹⁶, entiéndase como un no obrar. Por el contrario, una situación jurídica es activa cuando existe “la facultad de obrar, como posibilidad normativamente reconocida y garantizada para actuar en cierto sentido”¹⁷.

Así pues, podemos definir a la expectativa “para indicar una situación que es bien distinta a aquella que se tendrá con la adquisición de un derecho – todavía incierto”¹⁸. Donde “una situación que si aún no ha dado vida al nacimiento de derechos subjetivos aparece como preliminar e instrumental”¹⁹.

En este orden de ideas, la expectativa es una situación jurídica distinta al derecho subjetivo, en tanto ambas buscan satisfacer su propio interés, el ejercicio es diferente, en una implica necesariamente un obrar a diferencia de la otra. La expectativa es un estado de inacción, en el cual el titular tiene la expectativa de que en un futuro adquiera un derecho determinado de una forma progresiva en el tiempo.

¹⁵ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., p. 65.

¹⁶ GAZZONI, Francesco, “Las situaciones jurídicas subjetivas”, traducido por José Luis Gabriel Rivera y revisada por Rómulo Morales Hervias, En: *Manuale di diritto privato. Edizioni Scientifiche italiane*. Nápoles, 2003, p. 6.

¹⁷ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, Lima: Ara Editores, 2002, p. 143.

¹⁸ ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, traducido por Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro, revisión y notas de Rómulo Morales Hervias, en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 64, Trujillo: 2005, p. 34.

¹⁹ GAZZONI, Francesco, “Las situaciones jurídicas subjetivas”, art. cit., p. 15.

“La cuestión sobre si existe un derecho expectante se plantea siempre que la adquisición de un derecho se realiza en varias fases separadas entre sí en cuanto al tiempo”²⁰.

Consecuentemente, “se considera expectativa la condición del poseedor en función de la posibilidad de una futura adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva”²¹. Esto es así, gracias a que esta expectativa de adquirir la propiedad es originada por un hecho jurídico como es una posesión *ad usucapionem*, que durante el tiempo se llegue a verificar como un derecho subjetivo, esto es, el ser propietario.

1.3. La usucapión como un modo de adquisición.

Prosiguiendo es de añadir que todo derecho subjetivo está presto a presentar distintas mutaciones. Mutaciones a las que podemos catalogar como hechos jurídicos, puesto que “el hecho o el conjunto de hechos da lugar al nacimiento o a la adquisición de un derecho”²². En nuestro medio se ha afirmado que “el derecho subjetivo está sujeto a mutaciones constitutivas, modificativas y extintivas”²³.

La mutación como se afirmó, es un hecho jurídico, en términos de las mutaciones constitutivas podemos encontrar a la adquisición de un derecho. En cambio, con la mutación modificativa, podemos encontrar al nacimiento o transferencia de un derecho, entre otras.

La transferencia – mutación modificativa –, implica una adquisición derivativa de un derecho subjetivo, más no su nacimiento, puesto que el derecho ya preexistía, solo que cambió de un sujeto a otro.

²⁰ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, traducido por Miguel Izquierdo y Macías-Pieavea, Buenos Aires: Ara Editores, 2019, p. 191.

²¹ GIARDINA, citado por: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., p. 108.

²² COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 371.

²³ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., p. 85.

La adquisición derivada significa que “el derecho del adquirente tiene la fuente en el derecho de anterior titular, y por eso su existencia y sus límites dependen de la existencia y de los límites de este”²⁴. Así también, “el derecho del adquirente aparece de ordinario como idéntico al de su causante y, por ello, es igual a éste en su contenido”²⁵. Dicha forma de adquirir un derecho se rige por los principios:

- “Nadie puede transmitir a otra persona más de aquello que tiene: si mi derecho es limitado, los mismos límites corresponderá al adquirente.
- Se extingue el derecho del enajenante, se extingue también el (título del) derecho del adquirente”²⁶.

Así pues, podemos ver la presencia necesaria de una relación o vínculo entre distintos sujetos, donde uno adquiere de otro.

En cambio, es “adquisición originaria si falta la relación entre las dos personas”²⁷. Esto, significa que “el derecho se constituye, en base a una persona, sin depender de la posición de su anterior titular”²⁸. “La distinción entre una adquisición originaria y derivativa se funda en la falta o en la existencia de relación personal entre un sujeto anterior y otro posterior del derecho”²⁹.

Salvo la excepción, si nos detenemos en la prescripción adquisitiva de buena fe, puesto que aquí, se funda el derecho en una adquisición por parte de un no titular o de un no facultado a disponer, consecuentemente, podemos encontrar una relación personal entre el adquirente de buena fe y quien se hace pasar por el titular del derecho, sin embargo, esta hipótesis debe ser considerada por igual como una adquisición originaria; donde funda el adquirente su propiedad, no en la legitimación del propietario desplazado en cuando causahabiente de éste, sino solamente en el supuesto de hecho de la

²⁴ ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, art. cit., p. 26.

²⁵ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 200.

²⁶ ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, art. cit., p. 27.

²⁷ COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 371

²⁸ ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, art. cit., p. 26.

²⁹ COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 371.

adquisición. “El hecho de que ése, en los casos de adquisición de buena fe, requiera un negocio jurídico referente a la cosa, esto es, un acto de disposición de un no facultado, no convierte al adquirente en causahabiente del anterior propietario ni convierte a su adquisición en derivativa”³⁰.

Añadiendo, podemos afirmar que la adquisición originaria no se produce por un negocio jurídico, tal y como funciona con la derivada, sino por un hecho jurídico, generándose así, a través de esa adquisición una mutación constitutiva.

Cabe precisar que, “en realidad, no es el hecho en sí mismo que produce la adquisición sino la previsión normativa de la idoneidad de un hecho para producir la adquisición de un derecho”³¹. Esto claro, tomando en cuenta un interés jurídicamente relevante, puesto que, como se afirmó en precedencia, la situación del poseedor genera una situación de expectativa que; una vez culminada, esto es, adquirido el derecho de propiedad por *usucapión*, genera al poseedor un derecho subjetivo de forma originaria por medio de la previsión normativa, siempre tomando en cuenta el interés, dado que éste es el “presupuesto de un derecho subjetivo”³².

Con todo, podemos afirmar sin dejar espacio a la duda, que la prescripción adquisitiva de dominio es por no decir, la principal expresión de una adquisición originaria, puesto que, de forma progresiva a través del tiempo se forma una expectativa de adquirir el dominio por mérito propio del poseedor. Se genera pues, una mutación constitutiva del derecho subjetivo, toda vez que, el derecho de propiedad ingresa al patrimonio de una persona originariamente, sin transferencia alguna por parte de su titular anterior.

³⁰ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 200.

³¹ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., pp. 86, 87.

³² ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, ob. cit., p. 152.

1.4. Los fines de la usucapión.

Las categorías jurídicas fueron creadas entre otras cosas, con fines utilitarios para que las personas puedan servirse de ellas y así poder velar por sus necesidades. Se afirmó que, la “categoría es entendida como criterios de clasificación, como formas y como determinaciones generales que nos consienten a pensar las cosas y, por tanto, entenderlas”³³.

La prescripción adquisitiva de dominio no es la excepción. En vista a ello, en éste rubro abarcaremos los fines que consideramos más relevantes que justifican la existencia de esta categoría jurídica, como lo son los siguientes: (i) seguridad jurídica, (ii) económica, (iii) sancionadora.

En términos de seguridad jurídica, debemos precisar, que otorgar certeza a las situaciones jurídicas subjetivas es fundamental, si se quiere generar confianza en el manejo del intercambio diario del tráfico en el mercado.

Uno de los problemas en nuestro medio es, en términos pragmáticos, la probanza del derecho de propiedad y, acarreado a ello, la inseguridad. La *usucapión* o prescripción adquisitiva no da cabida a la irregularidad que pueda existir en el título de un propietario como ocurre de quien adquirió derivadamente su derecho, el cual es dable que padezca de alguna patología en cuanto a su validez o eficacia, la prescripción adquisitiva ya consumada, no presenta tal irregularidad al momento de la adquisición. Sobre la cual, al generar un título legal no presenta tener patologías en cuanto a su derecho adquirido.

De este modo, el propietario que en su momento haya adquirido su derecho gracias a alguien que padecía de legitimidad para otorgar, puede recurrir a la prescripción adquisitiva de buena fe, para sanear así, su adquisición de la propiedad que en su momento era patológico en virtud al título primario.

³³ LIPARI, Nicolò, *Las categorías del derecho civil*, ob. cit., p. 30.

La Corte Suprema declaró que “también se puede reconocer a la usucapión la función de sanear un título. Es decir, como en el derecho romano clásico, que la usucapión corrige la precariedad de los efectos del título y que en vista de ello se convierte uno en propietario. Todo ello implica descartar que la usucapión tenga como función principal la de atribuir propiedad, sino que además esta función la cumpliría el título una vez saneado”³⁴.

Así, bajo este correcto enfoque, la prescripción adquisitiva ordinaria puede ser el remedio ante el cual, el propietario que adquiere de un no propietario pueda regularizar su situación jurídica, generando así seguridad en su titulación.

Otro argumento que aporta sobre éste extremo de la seguridad jurídica, es el tiempo que puede durar una controversia sin un tiempo de solución. La prescripción con su consumación, pone fin a un problema y debate en cuanto a la titularidad del bien, dado que el poseedor que consume la prescripción, culminará con cualquier pregunta e incertidumbre sobre la propiedad del bien, que terceros o el mismo propietario ulterior le pueda irrogar, generándole así seguridad. En nuestro medio se afirmó que, “en efecto, el ser humano no puede vivir angustiado permanentemente, y es necesario que los debates se resuelvan en algún momento”³⁵.

En ese sentido, la Corte Suprema en el Segundo Pleno Casatorio Civil declaró, que “la prescripción adquisitiva, sirve además, a la seguridad jurídica del derecho y sin ella nadie estaría cubierto de pretensiones sin fundamento o extinguidas de antiguo, lo que exige que se ponga un límite a las pretensiones jurídicas envejecidas”³⁶.

Por lo mismo, genera seguridad en cuanto al tráfico jurídico, puesto que el poseedor que adquiere por prescripción podrá en virtud a su título legal, transferir su

³⁴ Fundamento 8 de la Casación N.º 1610-2017-Lima Norte del 13 de julio de 2018.

³⁵ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, 4.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 28.

³⁶ Fundamento 43 de la Casación N.º 2229-2008-Lambayeque del 23 de octubre de 2008 que dio lugar al Segundo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema.

propiedad ganada de forma originaria, recién allí podrá realizar esos actos, puesto que antes de ello dichos actos eran ineficaces en cuanto aún no era titular. Una doctrina autorizada señala que “el fundamento de la usucapión se halla en la idea de que, en aras a la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado”³⁷.

Terminando sobre la seguridad jurídica, la prescripción adquisitiva, genera un título y con ello, una prueba del mismo, el primero es una “fuente de adquisición, es decir el hecho jurídico abstracto que tiene por consecuencia la adquisición de un derecho o del deber (*obbligo*)”³⁸. El segundo es un “elemento de confirmación de conclusiones referidas a las aseveraciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aseveraciones sobre hechos”³⁹. Así, la usucapión genera una prueba del derecho de propiedad, basada en el acaecimiento de un hecho el cual es probado por medio de primero, los distintos medios de prueba que puedan generar convicción de que el poseedor se haya comportado como propietario y, segundo, la sentencia que así la declara.

En nuestro medio afirmó en su momento Avendaño Valdéz⁴⁰ que, la usucapión es útil para probar la propiedad. Lo ordinario es que le sirva al propietario para que acredite y demuestre su derecho de propiedad. Esto último es pertinente, si nosotros nos detenemos a pensar en el propietario que afirme y pruebe serlo exhibiendo un título, pero esto es insuficiente puesto que, para ver su validez y eficacia, se deberá probar también que su enajenante adquirió bien su derecho y así sucesivamente. Los adquirentes deberían de hacer un estudio de títulos de forma retroactiva, generando así costos y

³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 14.

³⁸ ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, art. cit., p. 26.

³⁹ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, traducido por Jordi Ferrer Beltrán, 2.ª ed., Madrid: Trotta, 2005, p. 327.

⁴⁰ AVENDAÑO VALDÉZ, Jorge, “El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos”. En: *Thémis*, n.º 26, Lima, 1993, p. 65.

desincentivo al contratar. La prescripción adquisitiva elimina la probanza de la prueba diabólica, consecuentemente, una vez consumada la prescripción, su misma prueba generará certeza y seguridad del derecho adquirido.

Prosiguiendo en cuanto a la finalidad económica podemos decir que la prescripción adquisitiva genera el incentivo económico a aquel que usa y disfruta el bien. Debemos partir de dos polos distintos, por un lado, tenemos a un poseedor que al poseer en concepto de dueño genera actos que tienden a la explotación y disfrute del bien, quiere decir, genera riqueza, y por el otro polo, encontramos a un propietario inactivo que descuidó su bien, al punto de no aprovechar ninguna utilidad alguna.

El *animus domini* como elemento subjetivo no es suficiente para que pueda usucapir; “sino que se exige que ese *animus domini* se manifieste externamente en actos propios del dominio”⁴¹. ¿Cuáles pueden ser catalogados como actos propios de un *verus domini*? Pues como señala Pothier, “el derecho a poder servirse de la cosa no solamente para los usos a que está naturalmente destinada, sino que también para el que se le quiera dar cualquiera que sea”⁴².

Así pues, el poseedor que realiza actos materiales sobre un objeto concreto que ejecuta actos de inversión y explotación de las utilidades que le pueda generar el bien, es ese poseedor el que beneficia a la economía en general, dado que su comportamiento a través de serios y prolongados actos concluyentes – *animus domini* –, es lo que hace merecedor entre otras cosas, de ser considerado propietario no solo a través de los hechos materiales, sino por con un reconocimiento legal.

“La usucapión es una consecuencia beneficiosa para el sujeto que usa y disfruta de los bienes, pues, el dominio se justifica con esfuerzo; mientras que el propietario

⁴¹ SANCIÑERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, 1.ª ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2009, p. 67.

⁴² POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, traducido por D. Manuel Deó, México: Fondo Abelardo A. Leal Leal, 1882, p. 8.

inactivo es castigado, en tanto su omisión perjudica a la economía en general, pues deja que la riqueza se mantenga improductiva”⁴³.

Inclusive desde un punto de vista funcional, como es el Análisis Económico del Derecho, la prescripción adquisitiva resulta ser eficiente en sus términos y comprensión. “La eficiencia económica se ocupa de la producción de riqueza, no de su transferencia. Las inversiones que se hacen para transferir riqueza, no para producirla, son socialmente ineficientes”⁴⁴. Por lo mismo, Posner⁴⁵, admite la racionalidad económica que presenta tener la prescripción adquisitiva, ante el voluntario abandono del propietario ulterior, es concebida la idea, de que se llegue a transferir la propiedad a cambio de nada, sin negociación alguna.

Así también, en este sentido, que la usucapión genera la adquisición de la propiedad, ésta última debe pasar a manos de quien mejor uso le de, se afirma por ello que “la propiedad privada posee dos características, en primer lugar, permite identificar a las personas que poseen el control de los recursos – como el poseedor *ad usucapionem* – y, en segundo lugar, articula poderosos incentivos para conseguir asignar los recursos a sus usos más valiosos”⁴⁶, y acarreado ello, al sujeto que mejor use el bien. De esta forma, la reasignación de los bienes pasa de manos a quienes los abandonan, a manos de quienes generen riqueza, haciéndose merecedor de la misma.

⁴³ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 30.

⁴⁴ COOTER, Robert y ULEN Thomas, *Derecho y economía*, traducido y revisado por María Teresa Franco González, 6.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 187.

⁴⁵ “La racionalidad económica de la prescripción adquisitiva, concebida como un método de transferir la propiedad sin beneficio y sin negociación o transacción con papel, (...). No es recomendable que los bienes se mantengan dentro de este grupo de bienes sin propietario, por lo ya expuesto al principio de la discusión de la economía de la posesión. El caso más claro de abandono es cuando el poseedor deliberadamente “deja” la propiedad, es decir, voluntariamente, regresándola al grupo de bienes sin propietario. Este acto implica que la propiedad no tiene valor alguno en sus manos, considerándola como abandonada y, por lo tanto, disponible para una reapropiación por algún otro. El derecho alienta la reubicación de la propiedad a un uso mejor valorado. Del mismo modo, el propietario que no reacciona frente a la prescripción adquisitiva de su propiedad por años, está indicando que él no valora la propiedad, lo cual implica un significado económico práctico para abandonarla”. POSNER, Richard, “Savigny, Holmes y el análisis económico del derecho de posesión”, traducido por Javier Calmell del Solar Monasí. En: *Thémis*, n.º 48, Lima: 2007, pp. 66, 67.

⁴⁶ DEMSETZ, citado por: MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Pamplona: Thompson Reuters, 2011, p. 29.

Respecto al último aspecto, como es la función sancionadora de la prescripción adquisitiva, implica la idea del desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro sin que medie un intercambio, donde esta hipótesis –de la prescripción adquisitiva – “no hay obligación alguna que provoque o determine la adquisición de un derecho. Lo único que la ley toma en consideración para que dicho efecto se produzca es la existencia de una especial forma de posesión por un determinado período. A esta circunstancia (fáctica) se le asigna la calidad de justa causa de adquisición, que, aun cuando originaria, al suponer para alguien la pérdida de un derecho, necesariamente implica un desplazamiento patrimonial”⁴⁷.

Bajo este orden de ideas, no nos encontramos ante una relación jurídica preexistente donde rija “la exigencia de reciprocidad, inherente a las obligaciones sinalagmáticas”⁴⁸, sino más bien ante un desplazamiento patrimonial no consentido, donde el propietario anterior no recibe nada a cambio por su propiedad perdida. Así pues, la consumación de la prescripción adquisitiva opera cualquiera sea la forma que el usucapiente hace suya la cosa, asimismo, “corre también en perjuicio de aquel a quien la herencia corresponde o corresponderá”⁴⁹. Esta sanción hacia el propietario, de que por amparo legal se le despoje de un bien, disminuyendo así su patrimonio, es una consecuencia por el abandono y olvido de la cosa.

Se debe recordar que los derechos subjetivos nacen para ser ejercidos, en particular, sobre los de naturaleza patrimonial que, así como su titular se puede desvincularse de su derecho, puede modificarlo, enajenarlo, adquirirlo, en suma, disponerlo, son pasibles de pérdida, lo que así no pasa, siguiendo a Giardina⁵⁰, con los derechos inherentes a la persona.

⁴⁷ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, ob. cit., p. 95.

⁴⁸ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, edición al cuidado de Carlos Agurto Gonzáles, Sonia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca, Buenos Aires: Ara Editores, 2019, p. 122.

⁴⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 34.

⁵⁰ Una breve referencia sobre la imprescriptibilidad de los derechos de la personalidad en: GIARDINA, citado por: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, ob. cit., p. 95

La propiedad al ser un derecho patrimonial de contenido amplio, es dable su desplazamiento al patrimonio de otro sujeto que lo aprovecha, en tanto quien no, su interés viene a ser menoscabado, quien no ejerce su derecho lo pierde.

2. La posesión como fundamento de la usucapión.

La posesión pertenece a la dimensión social, fáctica del mundo real, a las cosas que ocurren en la realidad. Los sujetos de derecho, así como los objetos están permanentemente en constante movimiento en una realidad perceptible que es donde nos encontramos y vivimos.

A diferencia de la posesión, en la dimensión normativa del mundo jurídico se encuentra la propiedad, no es perceptible ni tangible como así lo demuestra ser la posesión. Y es que, según Hernández Gil⁵¹, la posesión es una situación fáctica, de hecho, tangible y de percepción fácil hacia las personas. No se ve al propietario directamente, sino más bien, veo al poseedor.

La posesión es una situación propia y autosuficiente, posee de por sí autonomía para llegar a existir sin necesidad de otro soporte más allá de la relación de hecho respecto a la cosa⁵². Así, desligamos a la posesión de otras determinaciones, como la relación jurídica en cuanto a una adquisición derivada a través de la *traditio*, el título de adquisición y así también la buena fe, sin duda, la figura de la posesión es concebible sin que medie ninguna de estas. Sin dejar mencionar claro está, que la presencia de alguna de ellas, puedan generar distintas consecuencias jurídicas.

La posesión “es la institución de mayor densidad social en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia su entorno”⁵³. Se permite la coexistencia de distintas categorías jurídicas que lleguen a concurrir en la posesión entre otras cosas – y principalmente – por la realidad social. Es así que en cuanto a la relevancia que pueda presentar la posesión para

⁵¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, t. II, Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 15.

⁵² “Posesión es, según esto, el reconocimiento jurídico de la relación de hecho con la cosa, sin tener en cuenta la relación jurídica con ella”. WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, vol. I, traducido por Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado, 7.ª ed., Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007, p. 146.

⁵³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 75.

el bienestar de la sociedad, el ordenamiento jurídico le otorga ciertas consecuencias y efectos jurídicos.

Los grandes pensadores de antaño, la valoraban y entendían como un “estado en el cual no sólo es físicamente posible al poseedor ejercer su influencia en la cosa poseída, sino también impedir toda influencia extraña”⁵⁴. Por lo mismo, “la protección de la posesión, como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario”⁵⁵.

No discutiremos las posturas profundas de estos autores para efectos de esta investigación, pero si algo podemos rescatar en cuanto la semejanza de ambas ideas, es la juridicidad que tiene la posesión, en cuanto a generar consecuencias jurídicas. Y esto se presenta si nos detenemos a pensar en las acciones posesorias como clara manifestación de la tutela de la posesión, y así también la usucapión.

En eso, la usucapión es una consecuencia jurídica de la posesión, pero no de cualquier posesión, sino de una considerada como calificada por el ordenamiento, en cuanto está regulada por el mismo, generándose así una imposición de la realidad de los hechos sobre los derechos, sobre esto trataremos a continuación.

2.1. La posesión “*ad usucapionem*”.

Debemos entender por posesión *ad usucapionem*, a una posesión destinada a la usucapión, sabemos que, dentro de los distintos conceptos posesorios conocidos en la doctrina y jurisprudencia, la usucapión requiere de una en especial, una que conduzca a la adquisición del derecho, normalmente a la propiedad o a otro derecho real susceptible de ejercerse a través de la posesión.

⁵⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Tratado de la Posesión*, dirigido por José Luis Monereo Pérez, Granada: Comares, 2005, p. 2.

⁵⁵ IHERING, Rudolph von, *La teoría de la posesión*, Madrid: Reus, 1892, p. 57.

La posesión *ad usucapionem* implica dos nociones, el subjetivismo y objetivismo en miras al *animus domini*, el primero ha de entenderse como una posesión “en concepto de dueño de la cosa poseída, si se usucape el dominio, o de titular del derecho que se esté usucapiendo por poseerlo”⁵⁶.

El principal precursor del subjetivismo fue Friedrich Karl von Savigny, quien manifestaba que “esta voluntad (*animus*) consiste originariamente en la intención de tratar como propia la cosa que deben formar el objeto de la posesión (*animus domini*)”⁵⁷, esta visión pervive en nuestro ordenamiento jurídico cuando se trata de configurar una posesión *ad usucapionem*⁵⁸, pues la intención que tiene el poseedor respecto a la cosa siempre será necesaria. Posteriores críticas se dieron hacia la tesis subjetiva, el más conocido entre sus críticos fue Ihering.

Sobre el objetivismo según Díez-Picazo⁵⁹, para poseer en concepto de dueño, el poseedor debe tener un modelo de comportamiento, y en señal de ese comportamiento, es perceptible ante los demás su apariencia como dueño.

Consecuentemente podemos entender al subjetivismo como la creencia e intención de poseer como titular de la cosa sin reconocer a otro como titular de la misma⁶⁰, esto entendido “en la voluntad de ser o sentirse propietario”⁶¹, mientras que el objetivismo no basta con la mera creencia, sino más bien con el ejercicio fáctico que se le de al bien, suscitando así comportamientos concluyentes. No obstante, entre ambas el punto en común es ostentar una posesión en concepto de dueño.

⁵⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 58.

⁵⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Tratado de la Posesión*, ob. cit., p. 163.

⁵⁸ En ese sentido afirma: GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores, 2012, p. 165, 166.

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. III, Madrid: Civitas, 1995, p. 564.

⁶⁰ En nuestro medio se ha dicho que, “en su fase subjetiva, el requisito de la posesión como propietario va muy ligado con el hecho de que el prescribiente no haya reconocido a otro como propietario, obligándose a restituir la posesión en algún momento”. PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 81.

⁶¹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 109.

Así pues, dentro de los varios conceptos posesorios que desarrolla la doctrina, uno en particular que encontramos es la posesión en nombre propio y la posesión en nombre ajeno, ésta última también llamada posesión para otro, es “una posesión que implica la actuación por otro⁶², como sucede con la representación y el mandato. Es pues, “la tenencia, quien posee lo hace en nombre de un tercero. Está subordinada a la voluntad de quien tiene el bien. Cuenta con poderes sobre la cosa, pero cuyo ejercicio es diferente de la posesión”⁶³.

En cambio, la posesión en nombre propio es, “en principio, todos los que ejercen la posesión por sí, cualquiera que sea el concepto en que ostentan o tengan posesión”⁶⁴. Esta clase de posesión es la que importa para adquisición por prescripción adquisitiva, quiere decir; solo quien posee en nombre propio puede ejercer una posesión *ad usucapionem*. No obstante, esto último merece una precisión.

La posesión en nombre propio implica una subdivisión, entre las llamadas posesión en concepto de dueño y la posesión en concepto distinto de dueño.

Una posesión en concepto distinto de dueño es una que parte en reconocer el dominio de otra persona sobre el bien que posee, pero donde su actuación es por cuenta suya y pensando en su persona. Esta posesión no debe confundirse con la ya antes mencionada posesión en nombre ajeno, toda vez que, aquí “el ejercicio del poder sobre la cosa, implica reconocer como decisiva una posición jurídica ajena; es decir, está dispuesto a tratar la cosa como ajena”⁶⁵. Uno que posee en concepto distinto de dueño, posee en nombre propio (y no ajeno), pensemos por ejemplo en el arrendamiento, depósito y comodato, en suma, derechos de naturaleza obligacional. Esta concepción de

⁶² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 106.

⁶³ VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Posesión y propiedad*, t. II, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2019, p. 63.

⁶⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 104.

⁶⁵ WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, ob. cit., p. 182.

posesión en concepto distinto de dueño es así, porque adoptamos la postura sobre una posesión en concepto de dueño amplio, distinta de la estricta⁶⁶.

Estas dobles concepciones de posesiones en concepto de dueño, tanto en sentido amplio y estricto tuvo reconocimiento en nuestra jurisprudencia. La Corte Suprema afirmó que “la posesión en concepto de dueño tiene un doble significado, en su sentido estricto, equivale a comportarse el poseedor como propietario de la cosa, bien porque lo es. Bien porque tiene la intención de serlo. En sentido amplio, poseedor en concepto de dueño es el que se comporta con la cosa como titular de un derecho susceptible de posesión, que son los derechos reales, aunque no todos y algunos otros derechos que aun ni siendo reales, permiten su uso continuado”⁶⁷.

Prosiguiendo y como se adelantó, la subcategoría de la posesión en concepto de dueño, engloba a “todos los titulares de derechos reales susceptibles de posesión”⁶⁸, en tanto es esta posesión a la cual hemos hecho tener presencia al definir la teoría subjetiva y objetiva como nociones que llenan de contenido el *animus domini* imprescindible para ostentar una posesión *ad usucapionem*.

Una posesión en concepto de dueño, permite adquirir el bien por usucapión. Anótese que la doctrina la denomina como posesión en concepto de dueño, y no como propietario, toda vez que, no solo la propiedad es factible de ser usucapida. La doctrina mayoritaria coincide en que los derechos reales menores también pueden adquirirse por prescripción adquisitiva.

Necesitamos aclarar que, la posesión en concepto de dueño le incumbe también al usurpador o ladrón de la cosa, puesto que éste al carecer de título posesoria, posee

⁶⁶ Esta concepción implica la adopción de una posesión en concepto de dueño en sentido amplio, donde aparte de la propiedad, involucra también a los demás derechos reales menores que sean pasibles de ser poseídos. A diferencia de la posesión en concepto de dueño en sentido estricto, que únicamente es referida a la propiedad. Se ha afirmado que: “por influjo de la usucapión, que comprende la propiedad de los derechos reales y exige siempre la posesión en concepto de dueño, hemos preferido entender ésta de manera amplia”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 109.

⁶⁷ Fundamento 10 de la Casación N.º 3366-2016-La Libertad del 05 de abril de 2018.

⁶⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 108.

como dueño. Recuérdese que “el título y la posesión en concepto de dueño son dos requisitos separados e independientes. Sin embargo, el título ejerce cierta influencia en la calificación de la posesión en concepto de dueño”⁶⁹. Pensemos por ejemplo en la usucapación extraordinaria, donde no se necesita ni título ni buena fe, pero sí una posesión como dueño de la cosa.

“La posesión en concepto de dueño se determina con el *animus* de hacer la cosa como propia”⁷⁰. Consecuentemente, si bien el ladrón o usurpador de la cosa no posee ningún título, puede usucapir en mérito a su posesión como dueño y así, en nombre propio.

“Como dueño posee el que posee como dueño, tenga título o carezca de él; lo que pasa es que si le falta éste, no podrá usucapir por ordinaria, aunque posea como dueño”⁷¹.

Con todo, al entender la posesión *ad usucapionem* debe ser una posesión en nombre propio dentro de la subcategoría de poseer en concepto de dueño que permite la usucapación tanto de la propiedad como otros derechos reales, pensemos en las servidumbres aparentes, continuas, usufructo, etc. Esta posesión en concepto de dueño, implica determinar un subjetivismo y objetivismo para que pueda calificar como una posesión *ad usucapionem*. “La mera tenencia jamás puede llevar a la usucapación”⁷².

Ahora que hemos podido entender aquello que implica una posesión en concepto de dueño, notamos dentro de ésta un subjetivismo y objetivismo, pero no como conceptos que deban excluirse uno respecto del otro, sino más bien complementarios, uno seguido del otro.

⁶⁹ SANCINIÉRA ASUMENDI, Camino, *La Usucapación Inmobiliaria*, ob. cit., p. 64.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

⁷¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapación*, ob. cit., p. 65.

⁷² ALESSANDRINI, Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. I, 6.ª ed., Santiago: Editorial Temis, 2001, p. 367.

Así pues, se afirma que “no se puede entender el *animus* como un elemento puramente subjetivo o voluntarista, en la que sea suficiente la *opinio domini*, la intención interna del poseedor o la convicción del ser propietario (o titular de un derecho en cosa ajena). Para que el poseedor tenga una posesión en concepto de dueño y pueda usucapir, no es suficiente la voluntad o la intención interna de apropiársela en el momento de acceder a la posesión o en un momento ulterior; sino que se exige que ese *animus domini* se manifieste externamente en actos propios de dominio”⁷³.

Nos parece correcta la doctrina que afirma en concebir al *animus domini* en una fase tanto subjetiva como objetiva, siendo correlativos la intención de querer ser propietario y la de comportarse como uno, no pudiendo existir una sin la otra.

Así nuestra jurisprudencia la ha estado entendiendo en ambas esencias, desde el enfoque subjetivo la Corte Suprema declaró que “el *animus domini*, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario. Esta expresión, se emplea para indicar la voluntad de un sujeto de tratar una cosa como suya. Si bien el fundamento de la prescripción es la posesión, también es fundamento la propiedad o la simple tenencia”⁷⁴.

Y desde la visión objetiva al expresar que “ciertamente, el *animus domini* tiene que ser exteriorizado, pues mientras el ánimo se mantenga en la interioridad del poseedor, no es relevante para el Derecho y por ende no es susceptible a ser regulado por éste”⁷⁵.

En suma, un requisito para que el poseedor adquiriera el bien por prescripción, sea el derecho real de propiedad o cualquier otro, se le exige ostentar una posesión en concepto de dueño o *animus domini* y así en nombre propio que, vista de la intención de adquirir el derecho para sí, pero a la vez, ejerciéndolo como si lo ostentara.

⁷³ SANCIÑERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, ob. cit., p. 67.

⁷⁴ Fundamento 3 de la Casación N.º 3246-2015-Lima del 25 de enero de 2017.

⁷⁵ Fundamento 13 de la Casación N.º 1730-2014-Del Santa del 14 de marzo de 2014.

2.2. Posesión pública.

Para una mayor comprensión sobre el particular, comenzaremos con lo antitético a la posesión pública, la posesión clandestina.

Clandestino procede del latín “*clandestinus*” que es equivalente su significado a “que se hace ocultamente”; deriva de “*clam*” que significa “a escondidas”. La clandestinidad importa a efectos del ocultamiento del bien que se posee. Una posesión no publicitada es una posesión que podemos considerar oculta o clandestina. Normalmente la clandestinidad es más frecuente en los bienes muebles que en los inmuebles, sin descartar esta posibilidad⁷⁶.

El carácter oculto o clandestino del bien no es porque sea algo inherente respecto al mismo, sino que esto es así, en tanto a su directriz del comportamiento empleado, el cual es oculto⁷⁷. Asimismo, una posesión es clandestina cuando respecto al bien que se posee, el sujeto busca el ocultamiento y sigilo tanto del bien mismo a través de comportamientos – como se mencionó –, pero, además, de su uso o ejercicio natural, quiere decir; que la privación no solo es del bien que se pretende ocultar, sino también de su aprovechamiento ordinario.

Este ocultamiento no solo puede ser respecto a la comunidad, sino también, al poseedor legítimo de la cosa, privándolo de su uso.

Sobre este último, una doctrina autorizada afirma que, “son clandestinos los actos del ocupante si no llegan a conocimiento del grupo social, ni del propio poseedor lesionado por los mismos. Basta que una de estas dos exigencias no se dé en el caso, para que la posesión deje de ser clandestina: que lleguen a conocimiento del poseedor o que

⁷⁶ Así lo afirma: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 377.

⁷⁷ Casi literalmente: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 375.

sean de conocimiento general, en cuanto que perteneciendo el poseedor al grupo social puede llegar a conocerlos si obra con la diligencia normal”⁷⁸.

Así pues, la clandestinidad de una posesión implica un perjuicio hacia el poseedor legítimo de la cosa. Se afirma por ello que “la clandestinidad es un ataque o una intromisión en la posesión de otro, que la ley reprueba”⁷⁹.

Sin embargo, debemos precisar que no todo ocultamiento puede catalogarse como una posesión clandestina, esto claramente dependerá del tipo de bien al cual estemos refiriéndonos.

En principio “que la posesión sea pública no quiere decir que todo el mundo sepa de ella, sino que todos pueden enterarse de su existencia de una manera natural, como ordinariamente nos enteramos de la posesión de quien no tiene interés alguno en ocuparla”⁸⁰. En efecto, la posesión puede ser en cierta medida oculta pero no por ello debe ser considerada como clandestina, sino todo lo contrario. Por ejemplo, la doctrina⁸¹ pone el ejemplo sobre la posesión de un libro, pues quien pretende prescribir un libro no implica que la biblioteca se vuelva pública necesariamente.

Bajo ésta misma línea de ideas, puede afirmarse que una posesión no puede ser catalogada como clandestina por el solo hecho de no mostrarse ante el mundo de forma pública, sino que es suficiente el ejercicio de una posesión que responde a la naturaleza ordinaria del aprovechamiento y uso de la cosa, a pesar de que ella – como hemos visto – sea en cierto grado oculta.

Ahora bien, luego de haber abarcado de forma amplia y poco profunda la posesión clandestina como antítesis a la pública, toca evaluar ésta.

⁷⁸ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La posesión que conduce a la usucapión según el Código Civil español*, tesis para optar el grado de doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 27, 28.

⁷⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 382.

⁸⁰ ALAS, DE BUEN Y RAMOS, citados por: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 66.

⁸¹ FRANÇA PITÃO, José António, citado por: GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 139.

Debemos partir de la idea, de que la publicidad es inherente a la posesión como signo de reconocibilidad social, perceptible en el mundo real de los hechos. Podemos definir a la publicidad en este sentido, como la “posibilidad de conocer a través de la consignación de las titularidades o de las situaciones jurídicas”⁸².

La incidencia de la publicidad en la posesión es tal, si nos detenemos en la creación de legitimidad fundada en la apariencia posesoria a través de una confianza fundada en el examen de los hechos. Así pues, “la apariencia está al servicio de la estabilidad de las relaciones jurídicas por necesidad del tráfico y como consecuencia la tutela de los terceros”⁸³. La apariencia y publicidad son conceptos próximos.

Según Hernández Gil⁸⁴, los efectos más importantes que tiene la posesión para que se puedan generar derechos (como el de propiedad), es consecuencia de su ejercicio y en la creencia que genera en los espectadores de buena fe.

Esta publicidad claramente, es producto de hechos externos y a la vez concluyentes, que revelan la intención y tanto así, la creencia razonable de quien posee lo hace abiertamente y como titular de la cosa que, sin serlo, puede disponer válidamente de la cosa en tutela e interés del tercero de buena fe.

Consecuentemente, la publicidad está ínsita en la posesión considerado como signo publicitario desde antaño.

Ahora bien, entendemos como una posesión pública a la que “se exterioriza, en cuanto al hecho de la tenencia y en cuanto al concepto en que se posee, durante todo el tiempo de la usucapión”⁸⁵. Como se puede ver, esto es todo lo contrario a una posesión clandestina u oculta. La prescripción adquisitiva requiere de una posesión pública

⁸² RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *Cuestiones de derecho inmobiliario*, Madrid: Ediciones Jurídicas DIJUSA, 2005, p. 162.

⁸³ CÓRDOVA, Marcos M., “Efectos jurídicos de la fe en la apariencia. El heredero aparente”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Nacional*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 644.

⁸⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 383.

⁸⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La posesión que conduce a la usucapión según el Código Civil español*, ob. cit., p. 199.

durante todo su transcurrir, en tanto de esa forma se podrá determinar la intención con la cual se viene ejerciendo. Esta publicidad debe ser tal, que se llegue a creer sin dificultad que quien posee, es el titular de la cosa y no un mero detentador ni tenedor.

Debemos considerar con esta última afirmación, que una posesión puede ser pública en varios conceptos posesorios, tanto para arrendatarios, usufructuarios, comodatarios, precario y demás, porque todos ejercen actos externos sobre la cosa de forma ordinaria en virtud a su causa posesoria. A efectos de la prescripción adquisitiva como hemos visto, se exige de una posesión en concepto de dueño y así, en nombre propio. Consecuentemente, los actos externos no son suficientes para que favorezca a la usucapión, sino que se determine la intención con la que se aproveche el bien.

Como se afirmó, la posesión pública es la que “se exterioriza, en cuanto al hecho de la tenencia y en cuanto al concepto en que se posee”⁸⁶, consecuentemente, no basta solo los hechos externos, sino también, la presencia de una posesión en concepto de dueño.

Así nuestra jurisprudencia lo ha entendido al declarar que, “esta se ejerce de modo visible, y no oculta, de modo que se pueda revelar exteriormente la intención de sujetar la cosa”⁸⁷.

2.3. Posesión pacífica.

La pacificidad es otra cualidad que debe ser perceptible para una posesión que favorezca a la usucapión. A efectos de tener una mayor comprensión de esta clase de posesión, primero detallaremos lo antitético de una posesión pacífica, quiere decir; la posesión violenta o viciosa.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Fundamento 10 de la Casación N.º 3815-2017-Lima Norte del 21 de junio de 2018.

En principio, la adquisición y restitución de la posesión a través de la violencia está reprobada por nuestro ordenamiento, sea ejercido tanto por un usurpador como por un propietario, sobre este último sujeto se sostiene que, “tampoco justifica el uso de la violencia como medio para mantener o recobrar la posesión, pues para eso están los interdictos”⁸⁸. Así, la posesión violenta o viciosa es aquella que es alcanzado respecto de la cosa, por medio de la agresión. También puede configurarse “a través de un ilícito penal (usurpación, robo). Su calidad es ilegítima y, además, típica como delito”⁸⁹.

Una doctrina extranjera la también entiende bajo el término de posesión inútil, como lo “son las viciosas, es decir; la violenta y la clandestina. Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza, la fuerza puede ser actual o inminente”⁹⁰.

Recientemente en nuestro medio se afirmó que, pueden ser catalogadas como posesiones viciosas: “La violenta: por *vis absoluta* o *vis compulsiva (nec vi)*. La precaria: se adquiere por abuso de confianza; (*nec precario*). Y la clandestina: se da mediante artificios o hechos ocultos; (*nec clam*)”⁹¹.

En suma, la posesión violenta impide la adquisición originaria por prescripción adquisitiva. Esta forma de ejercer y mantenerse en posesión del bien, debe de repercutir en el mundo fáctico generando una impresión problemática, discutida y consecuentemente, no es clara respecto a la titularidad, pensemos por ejemplo en una persona que entra en una casa sin ninguna autorización, y que durante un tiempo prolongado hay altercados constantes con el propietario. En ese escenario no existe posesión pacífica puesto que la misma es mantenida por medios de disputas y discusiones.

⁸⁸ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 387.

⁸⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Posesión y propiedad*, ob. cit., p. 63.

⁹⁰ ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 369.

⁹¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Posesión y propiedad*, ob. cit., p. 64.

Si la posesión violenta importa a efectos de una posesión controvertida, la posesión pacífica es una donde medie un entorno de normalidad respecto al ejercicio de la cosa. Puesto que, “ser pacífica significa que el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza”⁹².

También no podemos descartar la posibilidad, de que la posesión pacífica es aquella incluso cuando, habiendo comenzado con un acto violento, éste una vez cesado, será el momento en el cual la posesión apremia recién para la usucapión, quiere decir; la pacificidad importa principalmente, al mantenimiento y ejercicio prolongado de la posesión, sin perjuicio del como ésta se haya adquirido.

Se afirmó en nuestro medio que, “la violencia puede ser física o moral y debe estar ausente durante todo el plazo de la posesión. Si el inicio de la posesión es violenta, pero luego la posesión se torna en pacífica, la prescripción comienza a computarse desde que desaparece el vicio de la posesión”⁹³. Consecuentemente, “si el poseedor accedió al bien de manera violenta, una vez cesada la violencia la posesión se torna pacífica”⁹⁴.

Este concepto posesorio como se afirmó deberá ser en concepto de dueño, pues se ha dicho correctamente que, “en cuanto al poseedor, aun habiendo adquirido con violencia, es ya poseedor pacífico una vez que aquélla cesó, puede usucapir la cosa, si la posee en concepto de dueño”⁹⁵.

Si la posesión se hubiere iniciado con violencia, el tiempo que dure ésta no aprovecha para la usucapión, puesto que no tiene efectos retroactivos. Se afirma en este sentido que, “la posesión que no es pacífica en su origen, aunque puede subsanarse, en

⁹² ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 69.

⁹³ AVENDAÑO V., Jorge y AVENDAÑO A., Francisco, *Derechos Reales*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 86.

⁹⁴ PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 109.

⁹⁵ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 69.

tanto que ello no sucedo, esta descalificada para la usucapión. La subsanación no tiene efectos retroactivos; se aplica a la posesión futura”⁹⁶.

La doctrina no presenta división en concebir la presencia de la pacificidad durante todo el transcurso posesorio independientemente de su comienzo. Esto es así, por el hecho que una posesión pacífica es perceptible ante las personas como serena y segura.

Es pertinente hacer mencionar la observación de Albaladejo cuando afirma que, “es claro que la posesión no pacífica, por el modo en que se obtiene excluye el apoyarse en un justo título y ser de buena fe, así que podrá dar lugar a usucapión extraordinaria, pero no ordinaria”⁹⁷.

Nuestro Código Civil no presta atención con detenimiento al contenido de la pacificidad, sin embargo, existen otras normas en nuestro ordenamiento jurídico que si se preocuparon por su regulación y comprensión.

Estamos haciendo referencia al D.S. N° 032-2008-VIVIENDA, el cual aprobó el Reglamento del D.L. N°1089, “Decreto Legislativo que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales”, donde su artículo 40 establece lo ya antes visto aquí, el entendimiento correcto de la pacificidad en cuanto a su mantenimiento, independientemente del cómo se haya iniciado. No obstante, esta norma yerra al mencionar que la posesión pacífica no puede ser afectada por la interposición de denuncias o demandas contra el poseedor, siempre que en éstas no se discuta el derecho de propiedad o posesión, o si éstas hubieran concluido sin pronunciamiento sobre el fondo⁹⁸. Sobre este último punto trataremos en el siguiente rubro.

⁹⁶ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La posesión que conduce a la usucapión según el Código Civil español*, ob. cit., p. 209.

⁹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 74.

⁹⁸ Esta observación también la hace: GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 142.

Por lo demás, la Corte Suprema acertó en la casación n.º 2229-2008-Lambayeque, que dio lugar al Segundo Pleno Casatorio Civil, al tratar la configuración de la posesión pacífica la cual se dará cuando “el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza; por lo que, aun obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas”⁹⁹.

La posesión pacífica ha sido tratada por nuestra jurisprudencia de forma controvertida y a nuestro entender errada, conforme veremos en el apartado siguiente, su confusión con una posesión continua generó problemas en nuestros magistrados.

2.4. Posesión continua.

La posesión continua o mejor llamada aquí ininterrumpida, es entendida en el mantenimiento de la misma, durante un transcurso prolongado de tiempo. La ininterrupción de la posesión es la no cesación del poder de hecho que tiene el poseedor sobre la cosa.

Debe aclararse que esta forma de concebir a la posesión no interrumpida no implica, como un mantenimiento las 24 horas del día, sin que el poseedor no pueda “despegarse” del bien por un momento. El ejercicio y mantenimiento continuo o no interrumpido de la posesión debe entenderse en términos relativos y no absolutos. Así pues, “una periodicidad e incluso las intermitencias regulares propias de ciertas formas de utilización no excluye la continuidad”¹⁰⁰.

En virtud a ello, nuestro ordenamiento codificó ciertas presunciones de las cuales esta forma de entender a una posesión no interrumpida es viable y mucho más factible para el poseedor como para la sociedad. Encontramos el dispositivo normativo sobre el cual expresa que, la posesión se conserva pese a que se estuvo impedido de ejercerla por hechos pasajeros en el artículo 904 del Código Civil. Mediante esta norma,

⁹⁹ Fundamento 44 de la Casación N.º 2229-2008-Lambayeque del 23 de octubre de 2008.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 406.

puede expresarse que los hechos impeditivos pasajeros no perjudican a la posesión ininterrumpida y, por tanto; aprovecha para la usucapión.

Nuestra Corte Suprema ha confirmado lo antes mencionado al declarar que “la continuidad en la posesión. - Es la que se ejerce sin intermitencia, es decir sin solución de continuidad”¹⁰¹.

“En aplicación de cuanto se ha dicho, el sujeto conserva la posesión aunque haya perdido el contacto físico sobre el bien, siempre que se encuentre en grado de retomar la interferencia en cualquier momento”¹⁰². *Contrario sensu*, cuando el poseedor haya perdido la posesión del bien y no puede retomarla de forma directa o sin que medie discusión, estaremos ante un escenario de interrupción de la posesión.

“La interrupción de la prescripción significa que el plazo de prescripción transcurre hasta el momento actual se hace irrelevante y tras cesar la interrupción empieza a transcurrir un nuevo plazo”¹⁰³. Así, la interrupción es una categoría que busca tener incidencia en cuanto al transcurso del tiempo, esto es dable para la usucapión.

Esta factibilidad de poder interrumpir la posesión la doctrina la divide de dos maneras, la interrupción natural y civil, la primera “implica la pérdida de la posesión misma”¹⁰⁴. Quiere decir; por “causas fácticas o naturales”¹⁰⁵. Dichas causas son susceptibles de ser detectadas en la realidad de los hechos, puesto que se genera una desposesión, sin embargo; para que se considere interrumpida la posesión dicha interrupción deberá haber durado por lo menos 1 año sin que medie ninguna restitución de la posesión. Así ha sido regulado según nuestro artículo 953, el cual determina que, se interrumpe (de forma natural) el término de la usucapión si el poseedor pierde la

¹⁰¹ Fundamento 10 de la Casación N.º 3366-2016-La Libertad del 05 de abril de 2018.

¹⁰² RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María, citado por: GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 145.

¹⁰³ LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, ob. cit., p. 218.

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 407.

¹⁰⁵ PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 110.

posesión del bien por lo menos un año, si dentro de un año el poseedor recupera la posesión, cesa el efecto de la interrupción.

Éste dispositivo expresa que el acto de retirar al poseedor de la posesión del bien, debe durar un año mínimamente para que la interrupción natural pueda ser definitiva. Así pues, “si hay una recuperación conforme a derecho la interrupción es como si no se hubiera producido”¹⁰⁶.

En nuestro medio se afirmó que, “este ‘despojo’ deberá prolongarse por lo menos durante un año sin que el prescribiente haya recuperado la posesión o haya interpuesto demanda de interdicto de recobrar”¹⁰⁷.

Bajo este orden de ideas, la interrupción natural comprende la desposesión o privación de la misma por otro sujeto. El poseedor pierde de forma fáctica la posesión del bien, interrumpiendo el plazo posesorio y, asimismo; dejando en inservible todo el tiempo transcurrido debiendo comenzar nuevamente.

Por otro lado, la interrupción civil no repercute en la realidad posesoria a diferencia de la ya vista interrupción natural, puesto que, en este escenario, el poseedor seguirá poseyendo el bien, pero no en calidad de usucapiente. Esto porque sigue “aun subsistiendo la posesión, se la priva de los efectos para usucapir (hay pues, no corte de la posesión, sino de la usucapición, y por eso se denomina interrupción civil – en el sentido que no es corte real y efectivo de la posesión)”¹⁰⁸.

“Civil’ tiene aquí un significado de lo meramente nominal, simbólico o indicativo, como contrapuesto a lo natural o real”¹⁰⁹. Esta interrupción civil puede ser ocasionada por una reclamación judicial, por ejemplo.

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 408.

¹⁰⁷ PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 110.

¹⁰⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapición*, ob. cit., p. 155.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 409.

Esto último y como se afirmó en precedencia, resulta ser una crítica a nuestra jurisprudencia. Dado que se ha visto en numerosas prácticas judiciales una confusión derivada de esta categoría como es la interrupción civil asociándolo a la falta de posesión pacífica.

Muchas de las ocasiones, la Corte Suprema asoció hechos como judicializar el conflicto¹¹⁰, entre ellos, interposición de las demandas o remisión de cartas notariales.

Así también, encontramos criterios queriendo corregir estas equivocaciones, al manifestar que “la remisión de cartas notariales o la interposición de demandas no perjudican la pacificidad”¹¹¹, sino más bien la continuidad en tanto las mismas repercuten en el tiempo posesorio y así, su interrupción.

Como añadidura debe recordarse, que la posesión pacífica y consecuentemente su perturbación o decaimiento, está pensada en actos fácticos y perceptibles en la realidad, en cuanto a que la posesión viene a ser un hecho, su ejercicio violento debe manifestarse en ese plano. Una interposición de una demanda no ocasiona que el poseedor se vuelva violento en cuanto al ejercicio de la misma, sino más bien, interfiere en su plazo posesorio¹¹² afectando así, su continuidad.

3. Cuestiones pragmáticas de la usucapión en el Código Civil peruano.

3.1. Clases de prescripción adquisitiva.

Sobre lo que nuestro Código Civil regula, tanto la prescripción ordinaria y extraordinaria, los requisitos antes vistos son igualmente exigidos para ambas, con la salvedad que para la prescripción corta la norma exige justo título y buena fe del prescribiente.

¹¹⁰ Revisar el fundamento 4 de la Casación N.º 3246-2015-Lima del 25 de enero de 2017.

¹¹¹ Fundamento 4 de la Casación N.º 2434-2014-Cusco del 03 de septiembre de 2015.

¹¹² En nuestro medio esta observación la hace: GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 143.

La expresión “título” puede tener varios significados, sobre el particular, puede entenderse en términos sencillos como título a un “respectivo contrato de transferencia”¹¹³. Pensemos en la compraventa, permuta, donación, dación en pago, transacción y demás negocios jurídicos, aptos para transferir el dominio¹¹⁴.

Este contrato de transferencia resulta ser una exigencia para sustentar y ganar la prescripción ordinaria. Como se manifestó, este contrato debe tener efectos traslativos de dominio, sin embargo, se carece del llamado poder de disposición.

“La disposición o disponibilidad se refieren, a menudo, no al aspecto formal, sino más bien al contenido o al objeto del acto de disposición, es decir a la materia. Se habla de materia ‘disponible’”¹¹⁵. Esto último lo entendemos también con el nombre de legitimidad. En efecto, puede decirse que una persona puede disponer un derecho porque tiene legitimidad para ello.

El poder de disposición es una manifestación clara del poder jurídico. Esto último al igual que el derecho subjetivo pero diferente a él, es una situación jurídica subjetiva de ventaja y activa¹¹⁶.

En concreto, con la legitimidad un sujeto puede a través de su poder jurídico, transferir (disponer) de todo su derecho o bien parte del contenido de éste, si pensamos en la transferencia de propiedad. El propietario puede transferir (disponer) esa situación

¹¹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. I, Lima: Palestra, 2017, p. 68.

¹¹⁴ Sobre las distintas formas en las cuales puede obtenerse un título *ad usucapionem*, véase en: SANCINERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapción Inmobiliaria*, ob. cit., p. 149.

¹¹⁵ FERRI, Luigi, *Lecciones sobre El Contrato. Curso de Derecho Civil*, presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, traducción de Nélvor Carreteros Torres, Lima: Grijley, 2004, p. lviii.

¹¹⁶ “La facultad de disposición debe ser considerada como una manifestación concreta del poder jurídico. El poder jurídico no es otra cosa que la genérica posibilidad de operar sobre la realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de la realidad”. ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, ob. cit., pp. 239, 240. Para un estudio profundo sobre la relación que tiene el poder jurídico con la autonomía privada léase a: FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, traducción y notas de Luis Sancho Mendizábal, Granada: Comares, 2001.

jurídica de propietario porque ostenta de legitimidad para ello, para así, dar efectos y la otra persona poder recibir esos efectos.

Al divagar en estos conceptos de forma breve y necesaria. Entendemos que, para la prescripción ordinaria, el usucapiente debe contar con un título, entiéndase contrato, que sea apto para transferirle el dominio o la propiedad, sin embargo, el transferente carece de todo esto último que venimos comentando, quiere decir; de la legitimidad, o si bien se quiere decir en fácil, la persona que transfiere el derecho no es titular de él, no es el propietario real. Consecuentemente, los efectos del contrato de transferencia – transferir la propiedad – no se producen por la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* de Ulpiano recogida del Digesto y, así, un no propietario no puede otorgar al adquirente la situación jurídica de propiedad justamente porque no es el titular ni tiene poder sobre ésta.

La falta de legitimidad se encuentra en el escalón de los efectos para otorgar aquello que se tiene o permite disponer. Es así, que un contrato en el cual el *tradens* no sea el propietario real será un contrato ineficaz en la producción de efectos (transferir propiedad), pero válido en cuanto a su estructura.

Ahora bien, sobre el justo título, una doctrina autorizada se inclina por diferenciar el justo título del título idóneo para que puedan apremiar para la usucapición corta. El “título idóneo concierne a la aptitud, en abstracto, para dar lugar al efecto adquisitivo – de la propiedad o de otro derecho real – a que conduce la usucapición, el concepto de validez del título se centra más en lo que es el mismo como acto o negocio jurídico”¹¹⁷.

Esto quiere decir; que el título es idóneo si sirve para transmitir el dominio y consecuentemente debe entenderse como válido para efectos de la usucapición corta, puesto que no debe olvidarse que, “la usucapición nada remedia cuando el título es nulo

¹¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 461.

porque no entra en juego, y la purificación de la situación no se produce por vía de usucapión, sino por extinción de las acciones impugnatorias”¹¹⁸. Esto último se entiende porque se ha admitido que la usucapión ordinaria tiene una finalidad sanatoria¹¹⁹, dado que “purifica la falta de titularidad en el transmitente”¹²⁰, “y para la purificación se sustituye la adquisición que faltó (la legitimidad) por una adquisición por usucapión”¹²¹. Consecuentemente, esto solo puede pasar si el título es válido en su estructura.

Un sector de nuestra doctrina afirma que el contrato deberá ser válido en tanto que, “si la ley supedita la abreviación del plazo requerido para la usucapión a la existencia de un título, entonces lo menos que puede exigirse es que éste sea válido. Lo contrario significaría convalidar cualquier supuesto negocio a efectos de defraudar la intención de la ley”¹²².

“El llamado “justo título” es el acto jurídico válido cuya finalidad es transmitir la propiedad, pero que no lo hace por carecer el enajenante del derecho de propiedad. El título es ineficaz en cuanto a la adquisición de la propiedad, pero el adquirente entra a poseer amparado en su título”¹²³.

En suma, “los títulos idóneos, es decir, aquellos que, si son verdaderos y válidos, actúan como fundamento de la usucapión y contribuyen a generar efectos adquisitivos

¹¹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 101.

¹¹⁹ “La finalidad de la usucapión es sanatoria, es decir, corrige o suple las deficiencias, haciendo posible lo que sin ella no lo sería, y esas deficiencias emanan precisamente del título. Por tanto, válido no significa perfecto, completo, puro. Cuando decimos que el título ha de ser idóneo, o cuando la ley perceptivamente requiere que el título sea verdadero y que se pruebe, no se está exonerando el título de ninguna falta, sino subrayando la necesidad de su existencia y de su certidumbre”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., pp. 461, 462.

¹²⁰ SANCIÑERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, ob. cit., p. 97.

¹²¹ “Así que en la usucapión con título, lo que se purifica es sólo no haber habido adquisición procedente del título por no haber otorgado el título el dueño. Y para la purificación se sustituye la adquisición que faltó por una adquisición por usucapión. A cuyo efecto el título debe de ser válido inicialmente o que venga a convalidarse después; de modo que resulte la adquisición, por proceder no de un título, sino de usucapión, inatacable a pesar de no proceder del dueño, y el título inatacable por (aparte de no proceder del dueño) ser válido inicialmente o haberse convalidado después, a pesar de haber sido inicialmente inválido”. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 101.

¹²² GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 184.

¹²³ AVENDAÑO V., Jorge y AVENDAÑO A., Francisco, *Derechos Reales*, ob. cit., p. 88.

inherentes de ésta”¹²⁴. Es preciso añadir, que la adquisición no es porque provenga del título, sino que proviene de la usucapión en tanto es originario, el título es el fundamento sobre el cual se apoyará la usucapión para que se valore como ordinaria.

Nuestra jurisprudencia así lo define, al aseverar que “el justo título es el acto jurídico, válido, pero que no produce los efectos de transmisión”¹²⁵.

En lo que respecta a la buena fe, es un requisito que debe de concurrir junto con el justo título. Es entendida como la “creencia de que nos pertenece lo que realmente no nos pertenece, sino que sólo lo estamos usucapiendo”¹²⁶. Esta creencia consiste en haber adquirido el derecho de propiedad, esta buena fe conforme en el sistema se presume según lo establecido por nuestro artículo 914 en la legislación civil.

Esta buena fe debe estar presente durante todo el plazo prescriptorio¹²⁷, sea los 5 años para inmuebles o 2 años para los bienes muebles. Durante tal lapso de tiempo, el poseedor debe haber creído que quien le vendió el bien era el verdadero dueño de la cosa, consecuentemente, considera a su adquisición como una derivada.

Es así, que en virtud de la apariencia generada por la posesión, el sujeto que se reputa propietario del bien, cuenta con el signo publicitario de la posesión, signo del cual se apoya el adquirente para creer que era efectivamente, el propietario real. Así, nuestra Corte Suprema lo entiende al declarar que, “un título de propiedad o dominio que el adquirente creyó de buena fe que era legítimo, pero que en realidad no lo es, y merced al cual ha venido poseyendo reputándose propietario de un bien del que en realidad era solamente poseedor”¹²⁸.

No obstante, debe añadirse que, a efectos de esta investigación, el supuesto de hecho del cual abordaremos será el de la prescripción larga sobre bienes inmuebles.

¹²⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 445.

¹²⁵ Fundamento 3 de la Casación N.º 2434-2014-Cusco del 03 de septiembre de 2015.

¹²⁶ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 75.

¹²⁷ Casi literalmente: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 81.

¹²⁸ Fundamento 4 de la Casación N.º 7164-2012-La Libertad del 10 de noviembre de 2015.

Puesto que el supuesto de hecho tratado será el de un bien que se encuentra inscrito, por lo que en un escenario así, es muy raro poder adquirir el bien por la prescripción corta, dado que el requisito de la buena fe no se encontraría muy fundado dado la información que publicita el registro, pues como se sabe, se presume que el adquirente conoce del contenido que publicita el registro. Sin mencionar que la presunción de buena fe decae, cuando nos encontramos ante un bien inscrito que figura en el mismo a nombre de otra persona¹²⁹.

Consecuentemente, la usucapión ordinaria *contra tábulas* resulta ser un escenario incierto, desvirtuada por su buena fe¹³⁰. Creemos que la prescripción ordinaria de bienes inmuebles tiene más sentido en un medio donde se carezca de registro, puesto que así, el único signo publicitario del cual el adquirente podría confiar, es en la misma publicidad posesoria.

Esto último, ya que es admitido en nuestra jurisprudencia la viabilidad de la usucapión sobre bienes no solamente inscritos sino también sobre los no inscritos¹³¹.

3.2. Los efectos de la prescripción adquisitiva.

La prescripción adquisitiva de dominio genera distintos efectos en cuanto a su consumación y reconocimiento.

En cuanto a su consumación, su principal efecto es la adquisición de la propiedad o también, la adquisición del derecho real que se trate, en tanto forma de adquisición originaria sin que medie transferencia alguna de un sujeto a otro.

¹²⁹ En nuestro medio lo afirmó: AVENDAÑO V., Jorge y AVENDAÑO A., Francisco, *Derechos Reales*, ob. cit., p. 89.

¹³⁰ “La usucapión ordinaria requiere además de justo título, buena fe, y ¿cómo es posible admitir que esté de buena fe usucapiendo que usucapiría contra lo que dice el Registro? “Mal puede considerarse de buena fe-dice García García – a quien usucape contra lo que publica el organismo oficial de publicidad que es el Registro de la propiedad. Si el Registro publica un determinado dueño ¿cómo puede darse buena fe de quien posee conociendo o puede conocer que hay un dueño distinto de él según el Registro, y no hace nada para desvirtuarlo? ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 241.

¹³¹ Fundamento 5 de la Casación N.º 214-2014-Ica del 12 de agosto de 2014.

Este efecto adquisitivo, debemos entenderlo como uno que se produce *ipso iure* o si se quiere, automáticamente, sin la necesidad de que medie alguna declaración por parte del usucapiente en aceptar la adquisición ni tampoco algún pronunciamiento judicial que genere la adquisición del derecho. Se afirma pues, que si “la usucapión es un efecto de la posesión y la usucapión determina la adquisición de los derechos reales, es evidente que la posesión, con un concurso necesario del tiempo y de otros factores, conduce a la adquisición de los derechos reales”¹³².

Así lo reconoce nuestro ordenamiento en el artículo 950 cuando afirma literalmente que la propiedad se adquiere por prescripción, no señalando algún otro acto necesario para que se configure el efecto adquisitivo.

Este efecto adquisitivo se consolidará únicamente cuando se haya cumplido el tiempo exigido por la ley, este efecto se produce en un solo momento, siendo inviable que se pueda fragmentar la adquisición durante el ejercicio de la usucapión. Mientras el poseedor no consume la adquisición, no se puede decir que cada día que pase está adquiriendo cada vez más el derecho, puesto que se afirma que el día antes de que la usucapión concluya falta tanto para adquirir como el día en que se inició, se puede decir que temporalmente la adquisición está más próxima, pero no se está desarrollando, en tanto se adquiere en una sola unidad de tiempo¹³³.

Tanto en nuestro medio como en la doctrina extranjera y sus ordenamientos correspondientes, no hay mayor discusión en afirmar que por la prescripción adquisitiva se adquiere de forma automática el derecho de propiedad sobre la cosa, sin necesidad de otro agregado¹³⁴.

¹³² HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 471.

¹³³ “El efecto adquisitivo no es susceptible de ser distendido en el tiempo; hay que referirlo a un momento determinado. Mientras se está produciendo la usucapión no se está adquiriendo; no cabe la posibilidad, ni siquiera conceptual, de graduar temporalmente la adquisición o expresarla en fases. El día antes de que la usucapión concluya falta tanto para adquirir como el día en que se inicia”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 476.

¹³⁴ Sustancialmente conformes: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., pp. 471, 472; ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*

Ahora bien, entendiendo que con el solo del paso del tiempo se estima ya consumada la usucapión, cabe la posibilidad – como lo cabe en todo derecho patrimonial disponible – la renuncia a ésta. Esta renuncia a diferencia de la adquisición, si necesita una manifestación del beneficiario.

No es necesario que de una manera positiva se acepte la usucapión, de lo contrario se requiere una manifestación negativa en cuanto a su renuncia¹³⁵. Así pues, a pesar de que la usucapión se adquiere *ipso iure*, una vez adquirida el beneficiario puede renunciar a ella, debe entenderse que esto no sucede al revés, dado que uno no puede renunciar a aquello que no tiene ni ganó.

También uno de los efectos que genera la usucapión es referida a los frutos que del tiempo que ha sido explotado el bien genere. Nuestro ordenamiento prevé que, al momento de adquirir el derecho de propiedad, los frutos que se hayan generado deben de ser devueltos a quien resulto ser perjudicado por la consumación de la prescripción adquisitiva, quien es el anterior propietario.

La obligación de devolver los frutos opera en virtud del artículo 910 del Código Civil, esto claro, en el supuesto que estemos ante una prescripción larga, dado que aquí la posesión no es una investida de buena fe, por lo que el usucapiente ahora propietario por prescripción, deberá devolver los frutos que le hayan generados del bien o su valor de no ser posible su restitución. Los frutos deberán ser computados desde el momento en el cual comenzó a prescribir el bien hasta el momento de su consumación, claro repárese que cabría la posibilidad de ser discutida la prescripción extintiva del derecho sobre el reclamo de los frutos pendientes, pero eso es otro tema.

t. II, 5.ª ed., Santiago: Editorial Temis S.A., 1993, p. 50; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., pp. 17, 18; SANCINERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, ob. cit., p. 25; PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 58; GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 229.

¹³⁵ Casi literalmente: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., pp. 484, 485.

La restitución de los frutos se justifica principalmente, porque la usucapión – al menos en nuestro medio – no opera de forma retroactiva, quiere decir; no puede afirmarse que el prescribiente una vez consumada su adquisición, se le reconoce como propietario desde el primer día que comenzó a sumar plazo prescriptorio, puesto que los efectos de la adquisición miran hacia adelante.

Consecuentemente, se puede afirmar en nuestro medio al menos que, mediante la prescripción adquisitiva, uno es propietario desde el día que consumó el plazo exigido por ley, y no desde el primer día en el que empezó a poseer *ad usucapionem*. Esto es así gracias al no reconocimiento retroactivo de la usucapión, asunto que abordaremos en el apartado siguiente.

3.3. ¿Efecto retroactivo de la usucapión?

La retroactividad implica la eficacia de un hecho ahora presente, sobre la valoración de su pasado.

En tanto para la usucapión es una adquisición originaria, lo más coherente teóricamente es que tenga efectos retroactivos, puesto que, al no mediar actos de transferencia, no es armonioso que el derecho del usucapiente le nazca como y bajo las condiciones y limitaciones que tuvo ese mismo derecho el predecesor¹³⁶.

Ahora bien, el problema de esto es que en nuestro ordenamiento no hay norma alguna que le confiera efectos retroactivos a la adquisición por prescripción adquisitiva, descartándose así esta posibilidad. Puesto que, “si se quiere contar con este beneficio, es necesario reconocer a la usucapión la capacidad de generar la ficción por la cual, la propiedad del bien pertenecía al poseedor vencedor desde el inicio de su posesión”¹³⁷.

¹³⁶ En éste sentido están de acuerdo: HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, ob. cit., p. 475; ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales* t. II, ob. cit., pp. 50-52; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., pp. 21, 22.

¹³⁷ SACCO, Rodolfo y CATERINA, Raffaele, citados por: GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 237.

Cuestión que no corresponde en nuestro sistema, ya como se advirtió, uno es propietario desde que se consuma la prescripción y no desde el primer día que empezó a sumar plazo prescriptorio.

Esto es así, porque el artículo 952 del Código Civil manifiesta que al inscribirse la sentencia que estima la usucapión únicamente cancela el asiento inscrito a favor del antiguo dueño, no manifestándose en nada sobre, por ejemplo, las garantías ni medidas cautelares que sopesan sobre el inmueble.

En nuestro medio se afirmó que, un argumento para preferir la tesis de la no retroactividad de la usucapión, son las hipótesis jurídicas, las cuales “producen efectos desde el momento de su perfeccionamiento, no antes, salvo que otra cosa se haya establecido en la ley o por voluntad de las partes”¹³⁸.

Cabe precisar que para efectos de esta investigación no se considerará la viabilidad de los efectos retroactivos que pueda tener la prescripción, estimamos que el mismo no es viable en nuestro ordenamiento tal cual como fue regulada la prescripción adquisitiva. En virtud a ello, el escenario ante el cual nos ubicaremos es uno donde en lo posterior a la adquisición del derecho de forma originaria, se inscribe un derecho o se anota una medida que puede perjudicar el derecho del prescribiente.

3.4. La usucapión contra el registro.

El escenario en el que nos veremos inmersos, es uno donde el propietario tenga un título legal en cuanto a su forma de adquisición, pero que el registro publicita una disconformidad. Por lo cual, la prescripción adquisitiva *contra tabulas* o contra el sistema tabular, es de suma importancia para esta investigación.

¹³⁸ GONZÁLES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 237.

El registro publicita algo que es reputado como verdadero en la realidad. El registro se nutre pues, de la realidad que pretende hacer conocer a toda la sociedad.

La función del registro la podemos entender, como una “versión más evolucionada del tráfico, a saber: resolver ciertas incertidumbres sobre ciertos extremos esenciales: quién es el dueño o, al menos, quién puede disponer sobre la finca y qué cargas de origen negocial pesan sobre ella”¹³⁹.

Cabe añadir que, a pesar de que el registro busque informar a los potenciales agentes económicos y, así darles confianza al momento de contratar, dicha información puede no ser acorde a la realidad y, terminarían contratando sobre una información falsa. Dicha disconformidad en excepcionales casos, – y como veremos – puede ser le perjudicial a quien confía en lo publicitado por el registro. Este perjuicio solo se justifica si hay otro interés que reviste de igual o mayor tutela que aquel que confía en el registro.

Así pues, la usucapión es considerada un fenómeno extra registral por excelencia. Consecuentemente, consideramos que, la posesión debe importar a efectos de un adquirente por usucapión, puesto como veremos su interés merece una tutela particular.

Según Álvarez Caperochipi¹⁴⁰, la usucapión a diferencia de la inscripción, es la mayor expresión de la realidad de un derecho patrimonial.

Así, la usucapión se presenta como un fenómeno extra registral, del cual se desencadena una serie de circunstancias que ameritan un análisis objetivo. La usucapión que trataremos aquí va dirigida en perjuicio del hasta entonces titular registral y de quien confía en que este último efectivamente lo es.

¹³⁹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Pamplona: Thompson Civitas, 2008, p. 39.

¹⁴⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, 4.^a ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017, pp. 377, 378.

CAPÍTULO II

EL PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD

1. Marco general sobre la tercería de propiedad.

1.1. Remedios de tutela para la propiedad.

La tutela de los derechos reales como es la propiedad descansa bajo lo que se conoce como acciones reales o, también llamados remedios¹⁴¹. Su utilidad está pensada para el titular de la cosa, en cuanto a su imposibilidad en ejercer su derecho sobre la misma de forma óptima, busca pues, las acciones reales en reestablecer aquella situación jurídica.

En términos materiales o sustantivos, dicha acción “consiste en un poder formativo orientado a modificar situaciones jurídicas subjetivas por su propia fuerza”¹⁴².

Las acciones reales pueden ser clasificadas en dos grupos, acciones posesorias, donde podemos encontrar principalmente a los interdictos en sus distintas variantes, y acciones de tutela de la propiedad y demás derechos reales limitados, en las cuales está la acción reivindicatoria, acción declarativa o de mejor derecho de propiedad, el deslinde y amojonamiento, rectificación de área, la acción negatoria, acción confesoria, y la acción de tercería de propiedad, entre otras más.

¹⁴¹ Para un adecuado estudio sobre el sistema de tutelas y sus remedios en general, léase a: DI MAJO, Adolfo, “El sistema de tutelas en el Derecho Civil”, traducido por Renzo Saavedra Velazco y autorizada por Leysser León Hilario. En: *Ius et Veritas*, n.º 31, Lima: 2005.

¹⁴² PENTEADO, Luciano de Camargo, citado por: VARSIROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Parte general*, t. I, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2019, p. 289.

Podemos añadir sobre las acciones reales, que éstas buscan amparar la “existencia, plenitud y libertad de los derechos reales”¹⁴³ que tenga su titular respecto de la cosa. Por lo mismo, en la búsqueda de éstas finalidades, se defiende el derecho real, esto claro, conducido en gran manera por la vía de la tutela jurisdiccional a través del llamado debido proceso.

La tercería de propiedad es, qué duda cabe, un remedio que tutela la propiedad, en calidad de ser una acción real. No obstante, dicha acción – como la gran mayoría – se ventilará a través de un proceso judicial, en el cual implica la probanza como la oponibilidad de la propiedad para así desafectar el bien sobre el cual recayó una deuda de quien no es el deudor. A fines de esta investigación, creemos oportuno y viable, que dicha probanza del derecho de propiedad, pueda hacerse, invocando la prescripción adquisitiva de dominio ya consumada.

Así pues, el prescribiente una vez ya haya consumado a su favor a usucapión y, consecuentemente ser ya propietario, puede – o debería poder – conforme a su interés, habilitarle de forma óptima, un remedio ante un escenario como es verse afectado su inmueble ya ganado de forma originaria.

La tercería de propiedad se coloca en estos escenarios, pues como uno de los muchos remedios de tutela de la propiedad, el propietario que adquiere por prescripción exige y reclama protección al ordenamiento.

Debemos recordar pues que, en un sistema normativo como el nuestro, otorga formas de tutela que se van a materializar en remedios concretos.

La tutela de la propiedad a través de un remedio de los otros tantos como es la tercería propiedad, toma en cuenta el interés del propietario de quien cuyo bien ha sido

¹⁴³ ALTERINI, Jorge Horacio, *Acciones Reales. Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 11

indebidamente afectado por una deuda que se desentiende y, sobre el particular, el usucapiente tiene un interés que también exige protección, así como valoración.

1.2. La relación jurídico procesal acorde a la relación jurídica sustantiva.

Un remedio como es la tercería de propiedad, implica una serie de situaciones jurídicas conectadas entre sí respecto a sus intereses propios, reflejándose así las relaciones jurídicas a través – y no solo – del proceso.

Un hito de estudio sobre la relación jurídica en el proceso, es el escrito de Oskar von Bülow, llamado *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen en 1868¹⁴⁴, donde el autor realiza un estudio sobre la incidencia de la relación jurídica dentro del proceso.

Afirma pues que “el proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia de debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídico procesal se encuentra en embrión”¹⁴⁵. En vista de ello, la relación jurídica procesal es un reflejo de la relación jurídica material, una vez iniciado el litigio, nace la relación procesal.

En nuestro medio se afirmó que “la relación existente entre los futuros litigantes, base material para la existencia de un proceso judicial, recibe el nombre de relación jurídico sustancial. Es precisamente esta relación la que permite a uno de sus conformantes tener una pretensión material respecto del otro”¹⁴⁶. Precisamente, la relación material es el antecedente de la relación jurídica procesal, sin aquella, ésta no

¹⁴⁴ La referencia la hace: FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, 1.ª ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 39.

¹⁴⁵ BÜLOW, Oskar von, *Los presupuestos procesales*, traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 10.

¹⁴⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Teoría general del proceso*, 4.ª ed., Lima: Communitas, 2017, p. 245.

puede existir. La complejidad de la relación jurídica material determinará la complejidad del proceso.

“La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada a los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella. Se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto. Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran a su respecto menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas”¹⁴⁷. Así pues, aclara el autor que los aspectos problemáticos que hayan surgido en la relación privada, debe también reflejarse y conducirse en la relación jurídico procesal vinculados esta vez al proceso.

Atendiendo a los pensamientos antes expresados, debemos considerar, que aquellos grandes conceptos como situación jurídica y relación jurídica, son conceptos presentes en cualquier rama del derecho, esto con la finalidad de poder establecer un lenguaje común entre todos y así, procurar el entendimiento.

El proceso, en cuanto a su discusión y posiciones de los sujetos, debe estar acorde con el derecho sustantivo, para así, justamente versar sobre éste y procurar su solución.

Se afirmó en su momento que “la relación entre el derecho sustantivo y el proceso es clara: la ausente o defectuosa cooperación necesaria por parte de los asociados y la prohibición de autotutelarse representan los elementos que justifican, sobre el plano estático, los conceptos de acción y de jurisdicción y, sobre el plano dinámico, el surgimiento del proceso”¹⁴⁸. Así, la relación jurídica procesal nace por una deficiencia de cooperación entre las personas ligadas por el derecho material.

¹⁴⁷ BÜLOW, Oskar von, *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Lima: Ara Editores, 2008, p. 26.

¹⁴⁸ PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, traducido por Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui y revisada por Giovanni F. Priori Posada, Lima: Palestra, 2018, pp. 25, 26.

Sobre el particular, la tercería de propiedad muestra en juego a un acreedor, un deudor y un propietario. El vínculo entre el acreedor y el deudor es el mutuo por el cual se contrajo la obligación. Habiendo pues un incumplimiento imputable, es que el deudor decide en iniciar un proceso de ejecución para cobrarse gracias al acto de remate, con un bien de su deudor, y así poder satisfacer su crédito. Sin embargo; dicho bien no le pertenece, perjudicando al propietario del bien con una deuda que no es suya.

Bajo este enfoque, el proceso de tercería de propiedad nos presenta un panorama un tanto conflictiva, puesto que se tiene en cuenta tanto derechos de distinta naturaleza, como es un crédito y una propiedad, dos procesos de los cuales uno genera incidencia dentro de otro, y cuestiones registrales como es aquello que informa aun el registro sobre el titular del bien afectado.

Este escenario es uno de derecho sustantivo en gran manera y repárese que, habiendo relación jurídica y situación jurídica desligadas en un momento inicial. El propietario que adquiere el bien no tiene ningún vínculo con el acreedor del anterior propietario y, también dependiendo de las circunstancias, el propietario no puede haber estado relacionado tampoco con el propietario predecesor, si es que adquirió el bien de forma originaria – que es como analizaremos aquí.

En suma, el derecho material, su discusión es lo que deberá reflejarse en la relación jurídico procesal, el proceso de tercería de propiedad muestra distintas situaciones jurídicas de las cuales, dentro del mismo, deberán ventilarse y así, resolverse.

1.3. La *ratio* de la tercería de propiedad.

Se anticipó antes que la tercería de propiedad es un remedio de tutela de la propiedad y, consecuentemente, su *ratio* descansa en la protección de la misma. La tercería se sitúa en la posición del propietario, por lo que su finalidad debe jugar en torno a él y así, al mantenimiento de su derecho.

En vista a ello, la tercería – como su mismo nombre anticipa – implica el sobrevenido arribo de un interés jurídicamente relevante de un tercero, entendiendo a este último como “toda persona que no tome parte de un determinado fenómeno jurídico”¹⁴⁹.

El tercerista propietario es tercero en cuanto a la relación obligacional entre el deudor antiguo propietario y su acreedor. “En un sentido adjetivo, esta concepción de tercero se entiende cuando posteriormente a la demanda, interviene otro u otros sujetos (fuera del demandado o demandados contra quienes se dirigió la demanda)”¹⁵⁰. En efecto, todo lo contrario al “calificativo de partes como (a) a los meros sujetos de los actos procesales, (b) a los sujetos de los efectos del proceso, (c) a los sujetos de los efectos de la sentencia”¹⁵¹.

El propietario es tercero respecto del litigio de cobranza que conllevan el acreedor con su deudor, pero con la salvedad, de que este tercero no interviene en ése mismo proceso, sino en uno autónomo, conocido como tercería de propiedad. Es así que una doctrina autorizada en nuestro medio afirma que “el artículo 100 del CPC, artículo en el que, cayendo en un viejo equívoco, se concibe a la tercería como una ‘intervención de terceros’, cosa que obviamente no es tal, pues la tercería promueve un proceso declarativo autónomo a instancia del tercerista en contra de las partes del otro proceso y no una inserción de un (hasta ese momento) tercero en un proceso pendiente *inter alios*”¹⁵². En efecto, si bien el tercerista es un tercero con relación al proceso de ejecución, no es un tercero típico voluntario, sino que instaura una pretensión autónoma en un proceso autónomo cuyos efectos repercutirán en el proceso donde se afectó el bien,

¹⁴⁹ OCAÑA GÁMIZ, Javier, *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, Granada: Comares, 2016, p. 216.

¹⁵⁰ PODETTI, Ramiro, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires: Ediar, 1949, p. 33.

¹⁵¹ PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 322, 323.

¹⁵² ARIANO DEHO, Eugenia, *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 26.

Ledesma¹⁵³ señala por ello que, las tercerías son distintas de la intervención coadyuvante de la litisconsorcial.

Siguiendo este pensamiento, la tercería de propiedad es un proceso autónomo iniciado a iniciativa del propietario afectado, pretendiendo que se le reconozca su derecho en contraposición a la *litis* ya antes iniciado por el acreedor a su deudor.

Por lo mismo, la tercería de propiedad se llena de contenido con el principio de responsabilidad patrimonial, para éstas líneas, la responsabilidad implica un “incumplimiento de una obligación preexistente”¹⁵⁴. “En este sentido se habla de la responsabilidad personal que tiene cualquier deudor respecto a su acreedor, que podrá realizar su crédito dirigiéndose contra el patrimonio del obligado a cumplir”¹⁵⁵, generándose así, “consecuencias desventajosas como reacción del ordenamiento jurídico frente a un hecho que es considerado reprochable”¹⁵⁶.

En nuestro medio una opinión, asocia la responsabilidad a una asunción de garantía, puesto que, “la existencia de responsabilidad civil se configura desde el solo momento en que un sujeto asume una garantía patrimonial frente a otro sujeto para la satisfacción o al servicio de un interés ajeno”¹⁵⁷.

Bajo esta misma línea, el deudor debe responder personalmente a su acreedor con todo su patrimonio, no obstante; esto tiene sus excepciones en nuestro

¹⁵³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 788, 789.

¹⁵⁴ VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, traducción, edición y notas de Leysser L. León y prólogo de Francesco Galgano, Lima: Ara Editores, 2015, p. 80.

¹⁵⁵ CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina Del Carmen, *Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria*, prólogo de Juan Manuel LLoris Giner, Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 38.

¹⁵⁶ LEÓN HILARIO, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.ª ed., prólogo de Luigi Corsaro, Lima: Jurista Editores, 2011, p. 66.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 20.

ordenamiento¹⁵⁸, donde hay escenarios donde no es el deudor, quien responde por sus obligaciones, sino que se extiende hasta el patrimonio de un tercero.

Así, por ejemplo, imaginemos la constitución de una hipoteca a favor de una deuda ajena, donde de ser ejecutada dicha garantía, asume íntimamente el patrimonio de quien la constituyó, no así del deudor, similar caso sucede cuando alguien adquiere un bien donde el registro publicita una hipoteca inscrita sobre el inmueble, de adquirirse el bien, el comprador asume también la deuda sobre el monto que garantiza la hipoteca, una deuda de la que no fue parte.

También con la llamada acción pauliana, donde se responde en satisfacción al crédito con el bien del adquirente que celebra el contrato sabiendo que al adquirir el bien perjudicaba el interés del acreedor, en este caso de estimarse la acción, el acreedor se podrá cobrar con un bien que no es de su deudor. Como último ejemplo, se puede citar el de la doble venta, donde Ticio transfiere la propiedad a Cayo quien no inscribe su derecho, en lo siguiente Ticio va al banco, pide un préstamo y constituye una hipoteca sobre la casa, al Ticio no pagar su deuda el banco procede a ejecutar la casa de quien ya era de Cayo, en este ejemplo Cayo estaría pagando con su bien una deuda que no es suya.

En estos ejemplos, los dos primeros se justifica la extensión de la responsabilidad patrimonial a quien no es el deudor, pues porque se asume de forma voluntaria asumir esa deuda, tanto al constituir una garantía y adquirir el bien ya hipotecado. El tercer caso de la acción pauliana también se justifica esta extensión, puesto que, el adquirente sabe

¹⁵⁸ “Toda ejecución dineraria parte de un presupuesto de orden sustancial: el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes que integran su patrimonio. Este principio, que en nuestro ordenamiento es sólo implícito – y que es el que fundamenta los distintos mecanismos previstos por el ordenamiento para la conservación del patrimonio-garantía – marca el límite operativo de todo el proceso de ejecución dinerario: los bienes sobre los que debe desplegarse la actividad (ejecutiva) del órgano jurisdiccional deben ser del deudor. Pero hay también algunos supuestos en los cuales la responsabilidad patrimonial, que como está dicho, grava sobre el patrimonio del deudor, se puede extender al patrimonio de terceros: tal es el caso de constitución de hipoteca o garantía mobiliaria para garantizar una deuda ajena, o cuando a cualquier título se adquiere un bien previamente dado en garantía; o también cuando una determinada enajenación ha sido revocada por fraude. En todos estos casos, aun perteneciendo el bien a un tercero, aquél responde por la deuda, extendiéndose de este modo la responsabilidad patrimonial más allá del patrimonio del deudor”. PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 8, Lima: 2014, pp. 76, 77.

que al adquirir estaría perjudicando el interés del acreedor, por ello, merece responder con su bien. Y, sobre el cuarto caso de la doble venta, se sustenta también la extensión de la responsabilidad al patrimonio de quien no es el deudor por el principio de oponibilidad entre derechos subjetivos.

Consecuentemente, la extensión de la responsabilidad patrimonial sucede por causa justificada – como las antes vistas –, sin embargo; el proceso de tercería de propiedad asume – correctamente – como premisa que solo se puede cobrar con los bienes de su deudor, principio regente desde la Roma imperial.

La sentencia del VII Pleno Casatorio Civil afirma en cuanto a la responsabilidad patrimonial que, “la tercería de propiedad tiene por objeto hacer valer el principio de responsabilidad patrimonial en sentido negativo: solo los bienes del deudor (o de terceros “responsables”) podrán servir de bienes-instrumento para la satisfacción del interés del acreedor, más no los de terceros del todo ajenos a la relación obligatoria”¹⁵⁹. Justamente esto es así, porque aquí el propietario tercerista no tiene como en los ejemplos antes vistos alguna causa que justifica la extensión de la responsabilidad a su patrimonio por una deuda ajena, esto claro, tendrá sus matices que en lo posterior trataremos.

Es de añadir, que nuestra jurisprudencia también entiende a “la tercería de propiedad investida del principio de responsabilidad patrimonial, en cuanto añade que, sólo los bienes del deudor podrán servir de bienes instrumento para la satisfacción del acreedor y no los de un tercero”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Fundamento 12 de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 7 de diciembre de 2015 citada por: ARIANO DEHO, Eugenia, “Las tercerías de propiedad en el CPC de 1993: Sus problemas y sus atajos”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 72, Lima: 2004, p. 3.

¹⁶⁰ Fundamento 1 de la Casación N.º 1532-2005-Lima del 10 de abril de 2006.

2. Cuestiones pragmáticas sobre la tercería de propiedad en el Código Procesal Civil peruano.

2.1. Presupuestos para la tercería de propiedad.

Como todo remedio jurídico, el ordenamiento exige ciertos actos o comportamientos para poder ejercer el mismo. La tercería de propiedad en cuanto a su admisibilidad exige determinados presupuestos de índole procesal como sustantiva para su configuración y aprobación por parte del órgano jurisdiccional.

Respecto a la oportunidad para interponer la demanda de tercería de dominio, nuestro Código adjetivo en su artículo 534 afirma que esta solo puede interponerse hasta antes que se inicie el remate, no después, “luego de producido el remate, ya no cabe la tercería pues la finalidad de la ejecución se ha consumado mediante la liquidación de los bienes embargados”¹⁶¹.

Ahora bien, la pregunta es ¿y cuándo es que se inicia el remate del bien?, este “problema no es meramente teórico (cuál es el momento de perfeccionamiento del embargo) sino también práctico y ha surgido en la praxis al respecto de la tercería de propiedad, pues, es bien posible que exista un lapso temporal bastante amplio entre la fecha de concesión del embargo y su ejecución”¹⁶².

El artículo 534 establece que el último momento para interponer la tercería de dominio es en el comienzo del remate. Este momento debemos entenderlo no como el inicio de los actos preparatorios para realizar la subasta del bien embargado, sino más bien entender que esta última “chance” para interponer la demanda de tercería debe ser razonable al fin mismo de la tercería, esto es, evitar el desplazamiento del bien a un patrimonio que no es del propietario tercerista¹⁶³.

¹⁶¹ GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores, 2018, pp. 123, 124.

¹⁶² ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 534”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. IV, 1.^a ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, pp. 305, 306.

¹⁶³ Sustancialmente conforme: GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, ob. cit., p. 122.

En virtud a ello, una postura respetable señala que “el momento final para el planteamiento de la tercería de propiedad, sea el del ‘inicio del remate’, este momento poco razonable (por prematuro), pues nada asegura, que al iniciarse el remate, la transferencia al adjudicatario se llegue a perfeccionar”¹⁶⁴. Quiere decir, que el hecho que se haya iniciado el remate, no quiere decir que se vaya adjudicar, puesto que bien puede pasar, que no asista a la subasta algún postor. Se afirma por ello que, “el acto de remate puede acabar de dos maneras: con la adjudicación o con la declaración de desierto por falta de postores”¹⁶⁵. Por lo que según Rioja¹⁶⁶, aun se puede presentar la demanda de tercería excluyente, a pesar de que el bien ya haya sido convocado a remate, pero sin todavía haberse adjudicado.

Debemos recordar que “la adjudicación es siempre una manifestación de voluntad y que mediante ella se pone en conocimiento de los postores que la última postura es la que vale”¹⁶⁷.

Nuestra jurisprudencia así lo ha estado entendiendo, en que el “inicio del remate” debe interpretarse no como los actos preparatorios al mismo, sino cuando se materializa su adjudicación. Así tenemos que la Corte Suprema señalando que “la norma se refiere, al momento en que se materializa el remate, ya sea con la entrega del bien al postor favorecido o con su adjudicación al acreedor cuando ha sido solicitado por este; mas no alude al comienzo de las diligencias del remate, que abarca tanto la primera convocatoria como las sucesivas”¹⁶⁸. También al afirmar que, “debe entenderse al acto de remate más

¹⁶⁴ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 534º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 308.

¹⁶⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar y de Ejecución. Procesos de ejecución*, t. II, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 254.

¹⁶⁶ RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, “En defensa de la propiedad indebidamente embargada”, En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 6 y 7, Lima: 2010-2011, p. 183.

¹⁶⁷ FORNO FLÓREZ, Hugo, “La celebración del contrato por medio de subasta”. En: *Themis*, n.º 17, Lima: 1990, p. 72.

¹⁶⁸ Casación N.º 4367-2001-Sullana del 16 de diciembre de 2002.

bien, como la venta forzosa, quiere decir; como acto que transmite la propiedad solo puede darse cuando se adjudica el bien a quien hace la postura más alta”¹⁶⁹.

Por lo mismo, la Corte afirmó que “la oportunidad para interponerla es antes que se efectúe la transmisión de la propiedad del bien, la cual se produce mediante remate o a través de la adjudicación en pago del bien al ejecutante”¹⁷⁰, así mismo afirma que, “cuando se habla de remate debe entenderse este no como un procedimiento sino como un acto que concluye con la correspondiente adjudicación del bien. Por lo tanto, si dicho bien aún no ha sido adjudicado, procede interponer demanda de tercería”¹⁷¹. Esto se entiende así, puesto que, la declaración de adjudicación “marca el límite de tiempo para poder formular las posturas”¹⁷², consecuentemente, de no existir tal declaración, todavía es dable el planteamiento de la tercería de propiedad.

En esta línea de ideas, resulta más razonable que el momento preclusivo para el planteamiento de la tercería de propiedad debe coincidir con el perfeccionamiento de la transferencia de propiedad, esto es, con la tradición tratándose de bienes muebles, según el artículo 740 y con la emisión del acta de adjudicación tratándose de bienes inmuebles según el artículo 739 del Código Procesal Civil, de esta manera, el momento final para su planteamiento debería coincidir con aquél en que tal embargo cese por agotamiento de función¹⁷³.

Un presupuesto adicional, es que el propietario sea un tercero ajeno a la ejecución, quiere decir; que no haya sido partícipe de la relación entre acreedor y deudor y, es más, debe mediar una oposición a la misma. Esto último nos lleva al correcto

¹⁶⁹ Casación N.º 3580-00-Andahuaylas del 02 de febrero de 2002.

¹⁷⁰ Casación N.º 776-01-Apurímac del 30 de noviembre de 2001.

¹⁷¹ Casación N.º 1871-2003-Cañete del 28 de febrero de 2005.

¹⁷² FORNO FLÓREZ, Hugo, “La celebración del contrato por medio de subasta”, art. cit., pp. 73, 74.

¹⁷³ “Si la demanda de tercería de propiedad tiene por objeto que se levante el embargo (o que este venga limitado en atención al derecho del tercerista), el momento final para su planteamiento debería coincidir con aquél en el que tal embargo cesa por agotamiento de función: en el caso de muebles cuando se perfecciona su enajenación (con la entrega al adjudicatario); en el caso de inmuebles (y de muebles registrados) con el auto de adjudicación, que justamente ordena que se deje sin efecto todo gravamen”. ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 534º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 308.

razonamiento en que “un proceso de tercería de propiedad constituye un proceso conexo a uno de ejecución (o por lo menos, conexo a un “futuro” proceso de ejecución cuando su causa sea el mero embargo cautelar)”¹⁷⁴.

De esta manera se podrá determinar la ajenidad de dicha ejecución y, así también, su desconocimiento momentáneo, hasta el momento en el que se proceda a ejercer el mecanismo de la tercería de propiedad, el cual, “busca que el bien de un determinado sujeto (el tercerista) no responda por una obligación en la cual este no ha intervenido o, en otras palabras, que por medio de un bien propio no se satisfaga una deuda ajena”¹⁷⁵.

En cuanto a su competencia, el mismo dispositivo legal indica que el juez competente es el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, quiere decir; que “el juez competente para conocer la demanda de tercería de propiedad será el mismo juez que tiene a cargo el proceso donde se dictó la medida cautelar o para la ejecución”¹⁷⁶.

Esto antes no era así, en términos de la competencia del juez en un proceso de tercería no era del todo clara, prestándose para varias interpretaciones y así volviéndose “un tema opinable”¹⁷⁷, ésta última norma del artículo 534, fue modificada por el artículo 2 de la Ley N° 30293¹⁷⁸, regresando así a la regulación que precedía en el “Código de Procedimientos Civiles de 1912, esto es, que el juez competente para conocer de los procesos de tercería es el juez que dispuso el embargo”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ ARIANO DEHO, Eugenia, “Cosa juzgada y ‘nueva’ prueba en una (insólita) segunda tercería de propiedad”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 92, Lima: 2006, p. 139.

¹⁷⁵ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 142.

¹⁷⁶ LAMA MORE, Héctor Enrique, “Comentarios y reflexiones acerca de las tercerías de propiedad contra hipotecas y garantías reales inscritas”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 1/2, Lima: 2007, p. 128.

¹⁷⁷ Se recomienda revisar la crítica de: ARIANO DEHO, Eugenia, “Las tercerías de propiedad en el CPC de 1993: Sus problemas y sus atajos”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la jurisprudencia*, ob. cit., p. 4.

¹⁷⁸ Ésta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

¹⁷⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 534º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 310.

Para que la demanda de tercería de propiedad sea admitida, se exige que el propietario pruebe su derecho con documento público o privado de fecha cierta, esto, sin embargo; será materia de análisis en lo siguiente.

2.2. Efectos de la tercería de propiedad.

El principal efecto que lo distingue al proceso de tercería de propiedad con otros procesos de cognición, es su efecto suspensivo.

Nuestro artículo 536 consagra que es la admisión de la demanda de tercería la que produce la suspensión del proceso ejecutivo solo hasta que se llegue a la etapa ejecutiva. De esta forma es que, gracias a la suspensión se logra impedir que el bien llegue a un patrimonio ajeno que no es del propietario tercerista. Salvo en situaciones donde el bien embargado sea expuesto a la “desaparición, deterioro, corrupción o cuando la conservación del bien sea excesivamente onerosa”¹⁸⁰.

Podetti considera a la tercería de propiedad, como “una institución encaminada a evitar los efectos de la ejecución en bienes de terceros”¹⁸¹. Consecuentemente, debe entenderse que lo que dure el proceso de tercería de propiedad, durará su efecto suspensivo, de tal manera que, al ser desestimada la tercería, cesará dicho efecto retomando el proceso ejecutivo, como ser estimada, cesará de igual forma, solo que el juez deberá decretar el alzamiento de la medida que sopesa sobre el bien.

Se debe precisar que no es del todo acertado que la suspensión sea un efecto automático al admitir la demanda de tercería de propiedad, dado que solo la suspenderá automáticamente si es que el proceso ya estuviera en la etapa de ejecución, interrumpiendo así el remate. Pero, “si el proceso no estuviera en la etapa de ejecución,

¹⁸⁰ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 818.

¹⁸¹ PODETTI, Ramiro, *Tratado de la tercería*, ob. cit., p. 16.

la demanda de tercería no producirá la suspensión del proceso”¹⁸², sino solo hasta que llegue a dicha etapa.

Ahora bien, habría que preguntarse, “¿qué se busca con la referida tercería de propiedad?, ¿el objeto de esta demanda es levantar el gravamen o solo suspender la ejecución?”¹⁸³.

Efectivamente, si bien el efecto suspensivo es necesario y requerido para el interés del propietario, no se detiene hasta allí. El propietario busca que su bien sea liberado del gravamen, sin duda, el efecto suspensivo coadyuva a tal finalidad, no obstante; el levantamiento del gravamen será la consecuencia de que su pretensión haya sido estimada.

Repárese que, precedentemente habíamos afirmado que si bien el momento final para interponer la demanda de tercería de propiedad era hasta antes del inicio del remate del bien, uno podría pensar coherentemente que interpuesta la demanda, ya sus efectos se despliegan, esto es, la suspensión del remate, sin embargo; esto no es así.

La norma taxativamente señala que una vez “admitida”, por lo que, dicho momento – normalmente – no coincide con la interposición de la demanda.

Por lo que, la interposición de “la demanda puede haberse interpuesto oportunamente, pero mientras se la ‘califica’ puede bien producirse la consumación del remate”¹⁸⁴. Piénsese en que haya un intervalo de tiempo entre ambos momentos, entre la interposición y la admisión. Por lo que interponer la demanda de nada valdría, dado que la suspensión se logra una vez admitida, momento que se puede tardar, hasta el punto en haberse rematado el bien, a pesar de ser interpuesta la demanda con anterioridad.

¹⁸² RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, “En defensa de la propiedad indebidamente embargada”, art. cit., p. 186.

¹⁸³ LAMA MORE, Héctor Enrique, “Análisis del nuevo texto del artículo 533° del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 5, Lima: 2009, p. 137.

¹⁸⁴ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 536°”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 317.

“Esta brecha temporal entre la interposición de la demanda y su admisión a terminando generando una gama de incertidumbres en la praxis. Es así que, a veces, se ha considerado que aunque se haya interpuesto a tiempo, si entre la interposición y la admisión se realiza el remate la tercería es inadmisibile por extemporánea, mientras que en otros casos se ha considerado que el remate del bien no es óbice a la admisión de la tercería, con la única consecuencia que deba integrarse la *litis* con el tercero adjudicatario”¹⁸⁵.

Conforme a estas observaciones, ya se puede ir observando con ojos críticos las incoherencias sobre la regulación que presenta tener el proceso de tercería de propiedad, que como veremos, no son las únicas, ni inclusive las más graves al momento de prestar un diálogo con otras instituciones jurídicas, sobre el particular, la prescripción adquisitiva.

¹⁸⁵ Ídem.

CAPÍTULO III

LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE TERCERÍA DE PROPIEDAD

1. El documento con fecha cierta.

Antes de poder abordar el documento de fecha cierta en estricto, debemos otorgar unas pocas líneas a aquello que está detrás de un documento otorgado como medio de probanza en un proceso. Esto es al documento como un instrumento de probanza de un hecho.

Debe considerarse que, entre otras funciones de la prueba, es la certeza que ésta pueda contener referida a la existencia de elementos suficientes en las actuaciones para tener por probadas las afirmaciones de hechos de las partes¹⁸⁶. Así, la probanza de un hecho será estimada con la veracidad que tenga el medio probatorio, sobre el particular, un documento.

Al documento lo podemos concebir como “una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho”¹⁸⁷. En nuestro medio se afirma sobre el documento que “es un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ “Sólo puede tenerse la certeza cuando desde las actuaciones pueda cualquier persona razonable concluir que se dieron elementos suficientes para, por lo menos, poder decir que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada”. MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2005, p. 48.

¹⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 156.

¹⁸⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 841.

En nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 233 del Código Procesal Civil, el documento está comprendido como un medio probatorio típico y conceptualizado bajo una noción unida al pragmatismo como es la representación de un hecho.

Prosiguiendo respecto a la fecha cierta que pueda tener el documento, antes debemos mencionar la necesidad que presenta tener la autenticidad y certeza de la realización de un negocio jurídico para las partes, esto con miras a la seguridad jurídica. Así pues, las personas contratamos para “obtener recursos capaces de generar placer o de reducir el dolor”¹⁸⁹, consecuentemente, importa garantizar una negociación que no solo sea vista tan auténtica y real para las partes, sino también para quienes no lo son ni fueron partícipes de la misma.

En virtud a ello, es que “la dimensión supranacional de las contrataciones y de la circulación jurídica, así como el particular “ambiente” comercial en el que se desarrolla la contratación, puede determinar una estructura particular del régimen contractual”¹⁹⁰, añadiendo nosotros, incentivando un comportamiento entre los agentes económicos, esto es, la búsqueda de la seguridad.

En éste orden de ideas, el ritmo del mercado exige que los individuos adopten medidas que les coadyuven a proteger su negociación, y consecuentemente, sus intereses. Es por ello que, entre otras, las herramientas más efectivas nos la deben de brindar el Estado y, una de ellas tiene que ver con la posibilidad de hacer conocible la constatación y verificación de la celebración de un negocio.

En este sentido, entra a la discusión la fecha cierta en un documento, revistiendo al negocio de mayor seguridad sin tener aquélla. La fecha cierta es una valoración que puede versar primeramente en documentos públicos como también en privados en determinados supuestos. Pues “mientras los actos jurídicos públicos tienen fecha cierta, que es la que se consigna en ellos por una persona que guarda la fe pública, los instrumentos privadas carecen de tal particularidad,

¹⁸⁹ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales*, 1.ª ed., Lima: Palestra, 2020, p. 101.

¹⁹⁰ CAPOBIANCO, Ernesto, *Lecciones sobre el Contrato*, traducido por Cesar E. Moreno More, Puno: Zela, 2017, p. 34.

es decir, no tienen autenticidad, no hacen fe contra terceros en cuanto al verdadero momento en que fueron otorgados”¹⁹¹.

La fecha cierta influye claramente, en la eficacia probatoria que tenga el documento, puesto que “la fecha de producción se trata de un parámetro mínimo, básico, de un punto de partida, a considerar en el análisis o valoración de los documentos privados”¹⁹².

Recordemos que la fecha cierta en un documento sirve para dar “certeza en que la fecha opera en el momento que se produce la diligencia o constatación por funcionario público, notario o por circunstancia indubitable”¹⁹³. Es “la constatación auténtica del momento en que un acto jurídico se verificó”¹⁹⁴.

Esto a nivel probatorio causa mucha más convicción al juzgador, dado que, en principio, “la parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su desconocimiento por la parte a quien se los opone. No se atribuye ninguna presunción de autenticidad, ni en cuanto a su apariencia externa, ni en cuanto a la veracidad de su contenido”¹⁹⁵. Consecuentemente, la fecha cierta otorga una fuerza probatoria al documento privado.

En suma, documento de fecha cierta genera una mayor seguridad jurídica que el carecer de ella, las partes gracias a la certificación de la fecha como así de su celebración, podrán revestir a su negocio de mayor certeza, esto claro tratándose de una adquisición derivada u otro negocio similar. También en un entorno procesal, genera una mayor convicción en el juzgador al momento de valorarla, puesto que se podrá dar fe que el hecho jurídico del cual narra o contiene el documento, efectivamente ocurrió en un momento determinado.

¹⁹¹ PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 245.

¹⁹² LUJÁN SEGURA, Helder, “Comentario al artículo 245º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. II, 1.ª ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 506; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 141.

¹⁹³ GONZALES BARRÓN, Gunther, *Derecho Registral y Notarial*, v. III, 4.ª ed., Lima: Legales, 2015, p. 1638.

¹⁹⁴ PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 245.

¹⁹⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, ob. cit., p. 888.

Sobre el particular, el documento con fecha cierta es un requisito de admisibilidad para una demanda de tercería de propiedad. Así lo establece la primera parte de nuestro artículo 535 que trata sobre la probanza del derecho alegado por el tercerista. Consideramos que la pertinencia de tal exigencia es útil, pero únicamente ante determinados escenarios, cuestión que trataremos en el siguiente apartado.

2. Los documentos con fecha cierta en la prescripción adquisitiva.

Como hemos advertido en precedencia, la fecha cierta genera una mayor certeza en cuanto a la celebración del negocio o la verificación de un hecho jurídico determinado, la particularidad está en que “la fecha cierta de los documentos sólo opera frente a terceros que no fueron parte en la elaboración del documento privado, porque no intervinieron en su celebración”¹⁹⁶, esto es así, en cuanto para las partes la sola celebración del contrato hace que éstas queden vinculadas y así tengan pleno conocimiento del contrato.

Consecuentemente, en nuestro medio se afirma que, “los documentos privados extienden su valor probatorio a terceros a partir del momento que adquieren fecha cierta, pues, con anterioridad no son oponibles a ellos. Lo que se extienden a terceros es la existencia de la fecha cierta, pero no su contenido y efectos”¹⁹⁷. De ésta forma, “esa fecha se convierte en un hecho cierto frente a todos en ciertas circunstancias”¹⁹⁸.

Los documentos de fecha cierta son mencionados de forma taxativa en el artículo 235 referido a los documentos públicos y en determinados supuestos a los documentos privados en el artículo 245 del mismo cuerpo normativo, supuestos de los cuales pasaremos a detallar.

¹⁹⁶ LOBO SÁENZ, María Teresa, “La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria”. En: *Revista de Derecho Privado, nueva época, año II*, n.º 5, México: 2003, p. 193.

¹⁹⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, ob. cit., p. 888.

¹⁹⁸ CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, coordinado por Renzo Cavani Brain, Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 40.

No obstante, antes de pasar a explicar cada supuesto en el que la norma exprese cuando un documento tenga el carácter de fecha cierta, debemos entender que cuando la norma exige que para la admisibilidad de la demanda de la tercería de propiedad se exija que el documento mínimamente sea con fecha cierta, este documento implica siempre una transferencia de dominio de forma derivada, puesto que el documento de fecha cierta sirve para acreditar la titularidad del tercerista respecto al bien que el deudor le transfirió, consecuentemente, – y adelantándonos – no todo documento de fecha cierta que señala el Código Procesal Civil, es uno que se útil para acreditar la titularidad del bien en un proceso de tercería de propiedad, justamente al no poder transferir el dominio.

Así vistas las cosas, entre los documentos públicos, el primero que señala el CPC, es el documento otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones, aquel documento “otorgado por un funcionario autorizado a darle fe pública. Esto nos lleva a decir que el carácter público del documento aparece por la calidad del autor”¹⁹⁹, gozando así este documento de una presunción de autenticidad, a menos que se haya declarado su nulidad.

La emisión de este documento debe ser realizada por una persona en nombre o al servicio del Estado o sus demás entidades. Ahora bien, sobre la probanza de la prescripción adquisitiva, ¿ésta es dable ser probada a través de algún documento otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones?, la respuesta es afirmativa, pensemos por ejemplo en una constancia de posesión emitida por un juez de paz, otro puede ser las licencias o autorizaciones para realizar una obra emitida por la Municipalidad del distrito.

Es así que un prescribiente puede con su arsenal de medios probatorios integrar documentos públicos que hayan sido emitido por algún funcionario o servidor público, sin embargo; cabe preguntarse ¿dicho documento sirve para acreditar la propiedad? La respuesta nos la da la Corte Suprema al declarar que, “la constancia de posesión no es idónea para acreditar

¹⁹⁹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, ob. cit., p. 848.

dicho derecho, al no estar corroborada con otros medios probatorios que formen convicción total²⁰⁰.

Con esto debemos razonar en que la constancia de posesión sirve para acreditar la propiedad solo si es acreditada junto con otros medios probatorios, más siendo el único no servirá. Aparte de ello, dicho documento como cualquier otro que sea emitido por un funcionario público no es uno apto para transferir la propiedad, salvo por ejemplo el caso de una adjudicación, pero si así pasara, ya no sería necesario la pretensión de prescripción adquisitiva, puesto que al prescribiente ya le derivaron el derecho de propiedad.

Nos preguntamos esto, porque – y como ya se advirtió – cuando el proceso de tercería de propiedad exige cuanto menos un documento de fecha cierta, esto está pensado para quien a través de ese documento le derivó la propiedad al tercerista, para así éste poder acreditarla. En cambio, para un prescribiente los documentos públicos emitidos por los servidores o funcionarios públicos que puedan poseer servirán para acreditar una posesión duradera si son acompañadas con otros medios probatorios, pensemos en la siguiente hipótesis:

Ticio figura en el registro como propietario del bien, Cayo es poseedor hace más 10 años viviendo en dicho bien, Ticio por su lado tiene deudas con Sempronio, el cual al ver insatisfecho su crédito decide embargar o ejecutar la hipoteca del bien que en el registro aparece a nombre de Ticio, Cayo, sin embargo; atento a ello, decide interponer una tercería de propiedad. ¿Los documentos y demás medios probatorios que acredite Cayo pueden ostentar de fecha cierta? La respuesta es que sí, sin embargo, ninguno es uno que le derive la propiedad, justamente porque nadie lo hizo. Cayo de tener un documento que le derive la propiedad, bastaría con solo presentar dicho documento.

La hipótesis principal que manejamos es una en que al prescribiente no se le haya derivado el derecho de propiedad, contando así con otros medios para acreditarla. Es por ello que un documento público otorgado por un funcionario a estos efectos, no serviría para interponer la

²⁰⁰ Casación N.º 264-1998-Huánuco.

demanda de tercería de propiedad, justamente porque a través del mismo no se adquiere la propiedad, si fuera así, ya no estaríamos hablando de un prescribiente, sino de un escenario comúnmente pensado.

El segundo inciso entre los documentos públicos son las escrituras públicas y demás documentos otorgados ante o por notario público, debe señalarse que los notarios de acuerdo con el Decreto Legislativo N.º 1049 pueden emitir instrumentos públicos tanto protocolares como extraprotocolares, “los primeros se encuentran las escrituras públicas, instrumentos y actas que el notario incorpora al protocolo notarial, dentro de los segundos se encuentran las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función”²⁰¹.

Pensemos por ejemplo en una escritura pública o un instrumento extraprotocolar, ¿sirven para acreditar una prescripción adquisitiva?, si pensamos en una escritura pública que es usada como soporte para una compraventa, pues pensamos en que la pretensión de prescripción deviene es innecesaria, a no ser que lo que se busque es el saneamiento del derecho de propiedad ya obtenido, cuestión distinta que la que estamos tratando en estas líneas. Por lo mismo, algún instrumento extraprotocolar puede ser usado para acreditar la posesión duradera, no obstante; a fines de acreditar la propiedad tampoco es pertinente, pues como se afirmó pocas líneas atrás, de acreditar la propiedad estaríamos ante el escenario común de un propietario que le derivaron el derecho contra un acreedor con garantía inscrita o un embargo anotado, no siendo necesario ampararse en la prescripción adquisitiva.

Entrando a los documentos privados que ostenten fecha cierta, Ledesma correctamente señala que, “el supuesto del inciso 1 nos lleva a asumir que el documento privado produce eficacia jurídica, en lo relacionado con la fecha cierta desde la muerte del otorgante, pues con ella

²⁰¹ COPA SILVA, América, “Comentario al artículo 235º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. II, 1.ª ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 455.

cesa la capacidad civil²⁰², sin más que agregar el supuesto referido no es pertinente bajo nuestro análisis.

Respecto al inciso 2, sobre “la presentación del documento ante un funcionario público, por citar, los escritos que presentan las partes al proceso son documentos privados, pero al ser presentados y recepcionados por el juzgado, adquieren fecha cierta, la cual la da el cargo de recepción, que consiste en la constancia de la oficina del día de su presentación. Este escrito debe sellarse, y entregarse al interesado la copia que queda en su poder, como prueba de su presentación y de la fecha cierta²⁰³”.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción adquisitiva de dominio debe precisarse que según Gonzales²⁰⁴, las pruebas ingresadas al proceso, tales como, recibos de pagos de impuesto predial, arbitrios, recibos de pago por servicios públicos, declaraciones juradas, contratos sobre el uso del inmueble, escrituras protocolizadas por notario, construcciones hechas en el bien, recibo de pagos de los materiales de construcción, las licencias tramitadas por ante la Municipalidad correspondiente, testimonio de vecinos, recibo de pagos por arrendamiento, constancia de posesión, y demás medios probatorios, ostentarán fecha cierta al ser integrados como medios de prueba al proceso de tercería de propiedad, más ninguno de ellos servirá como aquel documento de fecha cierta que está pensado como requisito de admisibilidad para una demanda de tercería de propiedad, quiere decir, uno que transfiere el dominio de forma derivada.

Respecto al inciso 3 “contempla la presentación del documento ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas. La legalización no afecta la esencia del documento o acto que consta en este, sino que confiere calidad incontestable a la firma de quien lo suscribe, o sea, autentica la firma. La legalización es la declaración escrita, mediante la cual el notario certifica la autenticidad de la firma aplicada al pie de un documento y, en casos especiales, la

²⁰² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, ob. cit., p. 889.

²⁰³ Ídem.

²⁰⁴ GONZALES BARRÓN, Gunther, “La prueba de la prescripción adquisitiva”. En: *La prueba en el Proceso Civil*, 1ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 17.

calidad personal del firmante, su identidad y otros datos, para que el documento haga fe plena donde se presente²⁰⁵.

Sobre la presentación de un documento ante el notario, entre otros está principalmente y para efectos de admitir la demanda de tercería de propiedad, aquel que es apto para transferir el dominio, por citar, compraventa, permuta, dación en pago, transacción, anticipo de legítima, entre otros.

No obstante, esta posibilidad cae en el mismo estado que los antes vistos, pues el prescribiente de contar con un negocio jurídico que le sirva para acreditar el dominio, estaría demás ampararse en la prescripción adquisitiva ya consumada. No obstante, a ello, es dable que el prescribiente pueda amparar su pretensión bajo la presentación de otra clase de documentos presentados ante el notario que no transmite el dominio.

Sobre el inciso 4 detalla que habrá un documento privado de fecha cierta cuando éste sea difundido por algún medio público, por citar, encontramos al periódico o algún medio de difusión radiofónica.

Con el ánimo de no ser reiterativos en esto, el documento público adquiere una real dimensión cuando es contrastado en un proceso de tercería de propiedad, puesto que servirá para acreditar el dominio que posea el tercerista. Traemos a colación un voto singular de la sentencia de VII Pleno Casatorio, en la cual se declara correctamente lo siguiente:

“Que de una lectura integral de las normas procesales referentes a la tercería de dominio son los artículos 533 y 535 del Código Procesal Civil, se establece que un propietario puede lograr desafectar un embargo con la sola presentación de **un documento de fecha cierta** que sea anterior a la traba del referido embargo, por lo que, no se requiere que el título de propiedad se encuentre registrado, bastando solo que el propietario no inscrito

²⁰⁵ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, ob. cit., p. 889.

pruebe su derecho con **documento fehaciente** para que pueda desvincular su bien de la posible ejecución”²⁰⁶ (el énfasis es agregado).

Sobre esto último, la jurisprudencia entiende que cualquiera sea el documento público o privado con fecha cierta que hayamos explicado en estas líneas, debe ser uno que sin dar lugar a la duda, transmita el dominio y que normalmente basta para ello con la presentación de un solo acto o negocio jurídico que es apto para el mismo. Por solo citar, una compraventa, adjudicación, dación en pago, transacción, entre otros.

Por lo mismo, la Corte Suprema en sendas casaciones ha declarado que “un requisito para la admisibilidad de la tercería de propiedad, es la presentación por el demandante de un documento público o privado de fecha cierta”²⁰⁷. También al expresar por ejemplo que “el derecho de propiedad debe de ser probado fehacientemente con una minuta de fecha cierta”²⁰⁸. O cuando declara que “se procede a analizar la fecha de celebración del contrato con la fecha de legalización notarial”²⁰⁹. Y con mayor preponderancia cuando señala que la fecha cierta de la adquisición de la propiedad “debe de ser anterior a la traba del embargo, teniendo que comparar ambas fechas contenidas tanto en el negocio o acto de adquisición y en la inscripción del embargo”²¹⁰.

Con estas afirmaciones se busca que la determinación de la adquisición de la propiedad sea tanto cierta a través de la constatación de la fecha de su realización a través de la fe pública, como un documento fehaciente, sin que quepa duda alguna de que la transmisión se haya producido. La constatación del tiempo es determinante no únicamente para la admisión de la demanda, sino también, para determinar la prevalencia de un interés sobre otro.

Esto sin lugar a dudas es distinto al momento de acreditar una adquisición por prescripción adquisitiva, puesto que esta no es posible acreditarla con la presentación de un solo

²⁰⁶ Fundamento 13 del voto singular de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 7 de diciembre de 2015.

²⁰⁷ Casación N.º 808-2005-Lima.

²⁰⁸ Casación N.º 624-2003-Lima.

²⁰⁹ Fundamento 4 de la Casación N.º 3020-01-Lima del 21 de febrero de 2002.

²¹⁰ Fundamento 10 de la Casación N.º 1931-99-Lambayeque del 09 de noviembre de 2001.

documento que contenga un acto o negocio jurídico, sino más bien con una acreditación contundente que demuestra una situación prolongada en el tiempo. Esto es lo que llamaba el jurista Taruffo como un hecho complejo, esto en términos de la probanza, puesto que aquí la aplicación de la norma no se determina en un momento específico y determinado²¹¹.

El jurista catalogaba a la adquisición por prescripción adquisitiva como un hecho complejo determinable por la norma, en tanto su determinación no podría ser fácilmente contrastada en un único momento, tanto en unidad de tiempo y espacio, sino que debe verificarse a través de un cúmulo de pruebas que demuestren una misma *fattispecie*

Así vistas las cosas, la adquisición de la propiedad a la cual se refiere nuestro artículo 535 del Código Procesal Civil, la debemos entender como a una en la cual no se pone a pensar en la hipótesis de una adquisición por prescripción adquisitiva, puesto que describe la doble probanza de la adquisición de la propiedad bastando un acto o negocio jurídico que transmita el dominio, probado a través de la presentación de un documento de fecha cierta.

Es también en virtud de ello que en el VII Pleno Casatorio como segundo precedente judicial vinculante la Corte determina que “el juez de primera instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presenta el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma”²¹².

²¹¹ “Se puede hablar de «hecho complejo», al menos, en dos sentidos principales, aunque la mayor parte de los hechos complejos lo son en ambos sentidos. En el primer sentido, es complejo el hecho de que, aunque sea identificado de forma simple por la norma aplicable, está compuesto de distintas «partes». Un contrato puede estar constituido por numerosas cláusulas y muchas de ellas pueden ser relevantes en el mismo caso concreto; un accidente (o un desastre) puede ser muy complejo desde el punto de vista de la dinámica con la que se ha producido; una negociación puede ser muy compleja si las posiciones de las partes son divergentes y articuladas; compleja puede ser también la redacción de un balance, etcétera. Una segunda dimensión relevante de la complejidad está constituida por la duración en el tiempo. Por ejemplo, sólo la posesión prolongada por el período establecido puede producir la adquisición de la propiedad y la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo establecido produce la prescripción”. TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 144.

²¹² Segundo precedente judicial vinculante de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

Entendiéndose así que se busca la determinación de la prueba como carga del tercerista en un documento de fecha cierta.

Ahora bien, antes de proseguir al siguiente rubro es menester pronunciarse sobre la posibilidad en que el prescribiente efectivamente pueda contar con algún documento e incluso este contar con fecha cierta apto para transferirle el dominio, entonces describiendo el primer supuesto piénsese por ejemplo en lo siguiente.

Ticio adquirió de Cayo el inmueble a través de contrato privado sin fecha cierta, figurando aun Cayo como propietario en el registro, luego de ello, pasados 10 años Ticio sigue poseyendo el bien como propietario, sin embargo; Sempronio, acreedor de Cayo decide en trabar un embargo sobre la propiedad que en virtud a la apariencia parece ser de Cayo, pero que en la realidad Ticio la adquirió y lo viene poseyendo hace más de 10 años. ¿Qué podría alegar Ticio para desafectar su inmueble?

Sin duda alguna el contrato privado por el cual Cayo le transfiere la propiedad a Ticio no serviría para fundamentar la adquisición de su propiedad, por carecer de fecha cierta, si pretendiera interponer una demanda de tercería de propiedad, no obstante, creemos que Ticio podría probarla de forma contundente al haber adquirido la propiedad no por el contrato, sino por medio de la prescripción adquisitiva.

Esto último que traemos a colación no es nada nuevo, sino más bien fue tema de reiteradas casaciones como plenos jurisdiccionales, por citar algunos, se afirmó en el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil realizado en Cusco, el cual acordó por unanimidad que, “la interpretación correcta al artículo 950 del Código Civil es que también puede reclamar la prescripción adquisitiva, quien se considere propietario por tener un contrato de compraventa, pero puede ignorar que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”²¹³.

²¹³ Pleno Jurisdiccional Distrital Civil en Cusco del 16 de diciembre de 2011.

En esa misma línea la Corte declaró que “quien alegue ser propietario de un bien, no tiene impedimento alguno es invocar la prescripción adquisitiva una vez consumada por carecer de un título de propiedad válido e inscrito en el Registro”²¹⁴.

La Corte también ha declarado que “si una persona considerada propietaria a través de un contrato, hubiere extraviado éste último o haberse perdido o deteriorado, se encuentra legitimado para optar por interponer una demanda de prescripción adquisitiva de dominio”²¹⁵. Piénsese en el anterior ejemplo, pero modificando en que el contrato de hace 10 años que le otorgaba la propiedad a Ticio se haya perdido. ¿No podría él probar su derecho amparándose en la prescripción adquisitiva para desafectar su inmueble?, nosotros somos de la idea que sí.

Ahora sobre la segunda hipótesis en la cual el prescribiente efectivamente cuente con un título con fecha cierta que le transfiere el dominio. Bajo este supuesto consideramos innecesario que el tercerista se ampare en la prescripción ya consumada para demostrar su titularidad, por justamente contar con un documento de fecha cierta, no obstante a ello, con aporte también de los pronunciamientos jurisprudenciales antes citados, somos de la opinión que nada impide al tercerista acreditar la propiedad de la forma en que a él le parezca más provechosa. Porque puede que, haya adquirido la propiedad del bien inmueble por prescripción antes de la anotación del embargo, pero posterior a ello el propietario le decida vender el mismo bien a través de un documento de fecha cierta, por ejemplo, por citar el caso que motivó a la Corte Suprema en emitir la Casación N° 2153-2014-Huánuco.

Ticio tomó posesión del bien el cual registralmente aparece como propietario Cayo, lo posee durante 6 años, luego de un acuerdo, llega a celebrar un contrato privado de compraventa de fecha cierta con Cayo, pasado 3 años continuando Ticio ejerciendo la posesión, ya tenía 9 años de posesión, Sempronio acreedor de Cayo, decide en embargar el bien que aparece como titular registralmente Cayo²¹⁶.

²¹⁴ Fundamento 4 de la Casación N° 2432-2000-Lima.

²¹⁵ Fundamento 3 de la Casación N° 2730-2003-La Libertad del 23 de noviembre de 2004.

²¹⁶ Este caso es el que ha dado lugar a la Casación N° 2153-2014-Huánuco. Para mayor comentario léase en: PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 73.

Sobre el presente caso, evidentemente Ticio al interponer tercería de propiedad para desafectar su inmueble, no podrá fundar su adquisición sobre la base de la prescripción, dado que la anotación preventiva del embargo fue cuando aún tenía 9 años de posesión pública, ininterrumpida, pacífica y como propietario, pero. ¿Qué hubiera pasado si la traba del embargo hubiera demorado un año más? Primero que Ticio, podrá demostrar su titularidad a través de contrato con fecha cierta sin ningún problema, pero, además, somos de la opinión de que podría fundamentarla si quisiera, con su prescripción ya consumada, la cual, sin dejar lugar a la duda, constituye título también.

Sobre esto último se ha dicho que, el documento correspondiente sólo contendrá la declaración de la existencia del dominio. A fin de cuentas, el título es “únicamente relevante en tanto representa un derecho, pero ello no quiere decir que sólo a través de un documento se pueda invocar o acreditar un derecho”²¹⁷, debemos recordar que la prescripción adquisitiva es entre otras cosas un modo de probar la propiedad.

Sobre el caso, claro está que, y como se dijo en precedencia, ante este supuesto estaría demás ampararse en la prescripción cuando se puede contar con un documento de fecha cierta, no obstante, con la última jurisprudencia citada, no es un imposible pensar en esta hipótesis.

La única hipótesis en la cual consideramos en que el prescribiente decida en demostrar la titularidad de su bien embargado con su prescripción consumada antes que por el contrato de fecha cierta es el siguiente caso.

Ticio firma un contrato privado de compraventa con Cayo por su bien, no obstante, Ticio omite en inscribir su propiedad, dejando que Cayo siga figurando como dueño registral, pasados 10 años, Sempronio quien es acreedor de Cayo, decide embargar su propiedad, posteriormente a la traba del embargo, Ticio decide regularizar su situación como propietario y va a una notaría para que a su contrato de compraventa se le otorgue fecha cierta. Ticio luego de verificar el estado de su bien en el registro se de cuenta que hay un embargo anotado preventivamente sobre su

²¹⁷ PALACIOS PAREJA, Enrique, “Legitimidad para obrar y usucapión en la jurisprudencia. A propósito de un proceso de reivindicación”. En: *Foro Jurídico*; n.º 7, Lima: 2007, p. 93

bien. Ticio decide interponer demanda de tercería de propiedad a fin de desafectar su inmueble. ¿Sobre la base de qué argumento podría demostrar la titularidad Ticio sobre su bien?

Si Ticio decide en ampararse bajo el manto de su contrato con fecha cierta, su pretensión fracasará, puesto que su fecha es posterior a la anotación preventiva del embargo, por lo que la salida más oportuna es demostrando que su adquisición haya sido mediante la prescripción adquisitiva, puesto que antes de la anotación preventiva del embargo, Ticio lo estaba poseyendo por 10 años como mínimo, o si se quiere. No creemos más bien que pueda ampararse bajo la prescripción corta de 5 años, dado que Cayo era realmente el dueño del bien al momento de vendérsela a Ticio.

Los citados ejemplos son un alcance de los muchos escenarios que suceden en la realidad. Así las cosas, a efectos de poder demostrar la titularidad del bien afectado, puede ampararse la posibilidad de argumentar la prescripción ya consumada, la cual no obsta que no pueda conjugarse con presentar documentos con fecha cierta que puedan servir para probar una posesión continua, pública e ininterrumpida y como propietario, como también uno que sirva para transmitir el dominio, con el cual vemos innecesario ampararse bajo la prescripción, salvo excepciones como las analizadas.

3. El documento de fecha cierta, acertado pero incompleto.

Ahora bien, nuestra actual regulación exige la presentación de un documento con fecha cierta. Este requisito de admisibilidad se encuentra sustentado en el “principio de prueba por escrito”, recogido del ordenamiento español. Dicho principio debe hacer referencia a “la titularidad del derecho que se afirma como propio toda vez que debe tener un mínimo de veracidad, y, en el supuesto que la prueba haga referencia a una fecha como origen de adquisición, ésta no sea posterior a la del embargo”²¹⁸. También se ha escrito sobre “la exigencia de este principio de prueba por escrito está dirigido a evitar la interposición de tercerías que carezcan de fundamento

²¹⁸ VÁSQUEZ BARROS, Sergio, *Las Tercerías de Dominio y de Mejor Derecho: La traba de los bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 168.

alguno y que pudieran ser utilizadas como una maniobra fraudulenta para perjudicar el desarrollo de la ejecución”²¹⁹.

Este requisito lo que pretende es generar una apariencia sobre lo pretendido para poder generar la suspensión de la ejecución del bien. Se justifica la suspensión de la ejecución por la exigencia de la fecha cierta que tenga el documento, la cual viene a ser la “calidad de fe pública representativa de los hechos”²²⁰.

Consideramos acertado que la norma exija la presentación de un documento con fecha cierta para únicamente una adquisición derivada, puesto que aquí la derivación del derecho importa para fines voluntarios, siendo dable que las partes puedan adoptar el soporte instrumental que vaya a contener el acto o negocio jurídico con efectos traslativos.

Y, es justamente por ello que se prefiera al acreedor garantizado cuando el documento del tercerista no tenga fecha cierta, puesto que habiendo podido acogerse a los distintos medios que le otorga el ordenamiento para que su documento tenga la calidad de fe pública, se decidió en no hacerlo.

No obstante, ante un escenario donde no haya derivación del derecho la situación es distinta, puesto que no se tiene un documento con fecha cierta que transmita el dominio, justamente porque nadie le derivó del derecho al prescribiente ni teniéndolo no se sirve de él para probar su titularidad

Conjuntamente con Ariano argumentando la irracionalidad del requisito, nos planteamos las siguientes cuestiones:

“El legislador no ha tenido en cuenta la diversidad de leyes de circulación de bienes: el solo consenso para inmuebles (art. 949 del CC) y la entrega para los muebles (art. 947 del CC). En tal línea, la representación de un documento público o privado de fecha cierta, puede ser pertinente respecto de los inmuebles, pues el documento podría bien

²¹⁹ NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001, p. 151.

²²⁰ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 48.

representar el acto por el cual se habría adquirido el derecho alegado (título y modo, a la vez), pero no lo es respecto de los muebles, en donde, de tenerse un documento con tales características (lo que bastante raro) bien podría contener el acto apto para adquirir el bien (título) más no adquisición misma, esto es la entrega (modo). Por no decir, de los modos de adquisición originarios, en particular, la adquisición por prescripción (950 del CC)²²¹.

Efectivamente, con estas líneas citadas, el requisito del documento de fecha cierta ignora el funcionamiento de nuestro actual sistema de transferencia de la propiedad y demás derechos reales, puesto que, éstos no se limitan a la probanza de la vía documental, toda vez que, “éstos no constituyen una formalidad *ad solemnitatem*”²²².

Así las cosas, entendemos que en cuanto a una de las funciones de la prescripción adquisitiva es la probanza de la propiedad, toda vez que, se requiere el solo paso del tiempo más los requisitos señalados por ley. Para el prescribiente se considera irrazonable que éste pueda contar con un documento con fecha cierta que le sirva para probar su titularidad, puesto que él puede servirse del transcurso del tiempo investida de una posesión pública, pacífica e ininterrumpida como propietario con todos los bastos medios de prueba que contemplen todo ello. Toda vez que, de contar con un documento con fecha cierta con el que se le haya transferido el dominio, estaría demás ampararse en la prescripción ya consumada, salvo excepciones como las antes vistas.

Pero, aun así, debemos advertir que el criterio detrás de la exigibilidad del documento con fecha cierta es la premura del tiempo. Dicho criterio lo consideramos más razonable para revolver el fondo del conflicto intersubjetivo, que para admitir una demanda.

²²¹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 535º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 314.

²²² CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., p. 41. También conformes con esto: ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 535º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 314; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, ob. cit., p. 231.

“El que se pruebe que el derecho que se pretende oponer esté inscrito antes de aquel al cual se opone, ¿es un requisito para admitir la tercería o es un criterio para resolver el conflicto? Ciertamente la respuesta a la interrogante va por la segunda opción: la prioridad en el tiempo en la inscripción es uno (no el único) de los criterios para resolver el conflicto y, como tal, ello requiere del proceso cual vehículo para resolverlo, debiéndose excluir que aquello se exija como requisito para admitir la demanda”²²³.

Considerando esto último, debe recordarse que al momento de preferir un derecho sobre otro en términos de oponibilidad entre éstos, se deberá recurrir a un criterio de preferencia tal cual está regulado en el artículo 1135 sobre concurrencia de derechos de goce.

Así, “el principio jurídico del *“prior in tempore, potior in jure”*: “Primero en el tiempo, primero en el Derecho”, pretende también dar una respuesta al problema de la diligencia en el obrar, pero sobre la base de un criterio referido a la actuación en el tiempo, que calificará a un acreedor primicerio, por ser su título de fecha anterior”²²⁴.

Repárese entonces que un criterio estando ante un conflicto de derechos de goce para preferir justamente un derecho sobre otro, es el tiempo en términos del nacimiento de los derechos como su buen obrar siendo un criterio determinante para resolver un conflicto. ¿Qué se busca con decir que la adquisición de la propiedad deba ser anterior a la traba del embargo?, consideramos que es más un criterio para resolver el fondo del conflicto que para admitir a trámite una demanda.

Es tanto así un criterio para decidir la suerte de la pretensión que la Corte de Casación en su sentencia que dio a lugar al VII Pleno Casatorio declaró como primer precedente judicial vinculante que, “el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor

²²³ ARIANO DEHO, Eugenia, citada por: PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”, art. cit., p. 14.

²²⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*; n.º 41, Lima: 1987, p. 196.

embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo”²²⁵.

Con añadir el término “oponible” está dándole a esta regla un criterio para resolver el asunto que obtendría el juez desde la parte postulatoria del proceso, solo con comparar la fecha de la adquisición, con la de la anotación preventiva del embargo. Toda vez que, esta regla es la misma para resolver el conflicto como para admitir la demanda, ambas dando referencia al documento de fecha cierta más antiguo.

No obstante, a ello, han habido voces que de forma correcta argumentaron que el juez no puede para resolver la controversia valorar únicamente las fechas antes vistas, toda vez que, la oponibilidad no comprende únicamente la fecha del nacimiento de derecho, sino también la concurrencia de buena fe, quiere decir, sea probando la connivencia entre tercerista y demandado, o que la inscripción se haya hecho de mala fe, esto es, conociendo o pudiendo haber conocido que el bien que iba a ser materia de embargo o hipoteca ya no pertenecía a su deudor²²⁶.

Por lo que, con la sola presentación de un documento con fecha cierta, no se puede o no se debería de estimar como exitosa la pretensión, a pesar de que “la fecha del título de dominio constituye un elemento decisivo”²²⁷, sino que “el documento exigido por la norma no puede entenderse como uno ‘concluyente’ y ‘definitivo’ en instancia ‘liminar’, sino que el mismo será resuelto, luego de todo el estadio procesal correspondiente, al momento de emitir sentencia”²²⁸.

²²⁵ Primer precedente judicial vinculante de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

²²⁶ Sustancialmente conformes con esta posición: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., pp. 790, 791; PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”, art. cit., p. 14; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, ob. cit., p. 241; TORRES MALDONADO, Marco Andrei y CASALLO TRAUCO, Abner Francisco, “La tercería excluyente de dominio versus el embargo. Algunas consideraciones más allá del falso dilema”. En: *Actualidad Jurídica*; n.º 264, Lima: 2017, p. 67.

²²⁷ GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, ob. cit., p. 134.

²²⁸ CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., p. 36.

4. Los prejuicios del proceso de tercería de propiedad, una falacia ante la usucapión.

No es menos cierto, que una de las muchas otras razones antes vistas, por la que la ley exige la presentación de un documento con fecha cierta, es “prevenir el planteamiento de demandas tendenciosas, esto es, enderezadas únicamente a perturbar la marcha de la ejecución”²²⁹.

Así pues, se considera que, “este proceso de tercería de propiedad es ‘mal visto’ y, es en virtud a ello que se ha fijado un ‘reforzamiento’ a dicho requisito, exigiendo además que este sea un documento público o privado de fecha cierta”²³⁰.

Prueba de esto, es que en el VII Pleno Casatorio se haya expresado que “no puede negarse que existe un alto riesgo de que se emplee la tercería de propiedad para concretar objetivos fraudulentos, en perjuicio de los acreedores”²³¹.

Dicho prejuicio no es mera estimación, puesto que en sendas casaciones se ha podido comprobar la malicia entre el tercerista y el deudor. Toda vez que, con el requisito *in limine* a cargo del tercerista, estaría siendo justificando para evitar tercerías maliciosas. No obstante, una opinión autorizada afirma que “tal exigencia, por un lado, no ha evitado las tercerías maliciosas, ni, por el otro, le ha dado mayor racionalidad al mecanismo”²³².

En efecto, “se alega que la tercería sería usada como un mecanismo de dilación de los procesos de ejecución que tendría como única finalidad evitar que los bienes en garantías sean ejecutados oportunamente. El problema está en que no puede sacrificarse el derecho a la tutela jurisdiccional del tercerista en aras de una tutela más rápida del crédito, por lo que la celeridad procesal debe estar en el lado del juez, quien debe resolver veloz y eficientemente el conflicto, y no en la sustracción de la tutela jurisdiccional del ejecutado”²³³.

²²⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 535°”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 313.

²³⁰ CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., p. 37.

²³¹ Léase en el punto VI.5 de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

²³² ARIANO DEHO, Eugenia, “Las tercerías de propiedad en el CPC de 1993: Sus problemas y sus atajos”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la jurisprudencia*, ob. cit., p. 15.

²³³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 792.

Ahora bien, aquel contubernio entre las partes es atendible ante un escenario donde se haya acordado perjudicar al acreedor. Mas no lo consideramos atendible ante una adquisición por prescripción adquisitiva por una razón sencilla que aquí al ser una adquisición originaria se prescinde de un acuerdo con el propietario-deudor puesto que éste no le deriva el derecho al tercerista, sino que aquel lo adquiere por sí mismo.

Veamos pues los supuestos donde el tercerista hubiera adquirido el bien por prescripción adquisitiva de forma anterior a la anotación preventiva del embargo e inscripción de la hipoteca.

A entra al bien que B aparece como propietario registral, A lo posee durante 10 años. Luego de ello, B por una deuda que tenía con X de hace 5 años es que se procede a embargar su inmueble, A plantea una demanda de tercería de propiedad probando con medios probatorios contundentes que adquirió el bien por prescripción larga antes de la traba del embargo. ¿Puede presumirse aquí alguna malicia al plantear tal pretensión?

Creemos sin dar lugar a la duda que no, por la razón antes esgrimida, aquí no medió ningún acuerdo en el cual el deudor le transfiera la propiedad al tercerista para perjudicar el crédito del acreedor, toda vez que, no hubo transferencia del derecho.

Ahora pensemos en un supuesto donde efectivamente haya mediado un acuerdo traslativo pero que por razones de estrategia el tercerista funde su derecho sobre la base de la prescripción ya consumada.

A adquiere la propiedad de B por documento privado, A mantiene posesión del bien por 10 años, B al seguir figurando en el registro adquiere un crédito hipotecario a favor a su acreedor X, ante ello A presenta una demanda de tercería de propiedad, alegando haber adquirido por prescripción adquisitiva el inmueble puesto que su documento privado no serviría de nada. ¿Puede admitirse o dar la posible presencia de una connivencia entre el tercerista y el deudor?

De ninguna manera, toda vez que, si bien hubo en un inicio un efecto traslativo, consideramos muy difícil que en dicho acuerdo se haya acordado que no se inscriba el derecho

el derecho del adquirente para que después de 10 años ampararse en la prescripción ya consumada para perjudicar al acreedor, sin duda alguna, algo muy descabellado.

A entra a poseer el bien abandonado de B, pasados 10 años, A convence a B para que le venda la propiedad a un bajo costo todo mediante documento privado, permitiendo así que B siga figurando como propietario registral. Así, C para asegurar su crédito decide embargar el bien que registralmente figura a nombre de B su deudor, A plantea una demanda de tercería de propiedad amparándose no en su contrato privado, sino en su adquisición por prescripción. ¿Puede admitirse o darse la posible apariencia de una connivencia entre el tercerista y el deudor?

Consideramos que tampoco, si C alega que la transmisión de la propiedad de su deudor B a A fue confines para desvirtuar el cobro, A fácilmente podría responder que él adquirió el bien no a través de su contrato, sino por la prescripción ya consumada, – la cual deberá probar de forma contundente para causarle convicción al juzgador – adquisición que no tuvo ninguna intervención de su deudor B como para acordar con éste en perjudicar su acreencia.

Por estas razones consideramos nada atendible que aquel perjuicio que recibe el proceso de tercería de propiedad esté presente ante aquel que alega adquirir por prescripción adquisitiva, justamente por la naturaleza originaria que tiene como sus requisitos que la norma detalla para adquirirla.

CAPÍTULO IV

OTRAS – INSERVIBLES – FORMAS DE ELUDIR EL DOCUMENTO DE FECHA CIERTA.

1. La incomprendida garantía en defecto del documento de fecha cierta.

La última parte del artículo 535 del Código Adjetivo señala que en defecto que el tercerista pueda acreditar su propiedad con documento público o privado de fecha cierta, podrá brindar una garantía a criterio del juzgador para responder por los daños que la tercería pudiera irrogar.

Es verdad que dicha garantía no carece que aquello que hemos visto del documento con fecha cierta, toda vez que, “al constituir uno de carácter general que no cubre todos los supuestos previstos por la ley para adquirir derechos reales – sobre el particular, la propiedad a través de la usucapión –, se complementa (necesariamente) con el otorgamiento de garantía ‘suficiente’ para convertirse este en un requisito ‘alternativo’ o ‘conexo’ a favor de aquellos terceros que no cuenten con aquel requisito ‘principal’”²³⁴.

La garantía constituye un requisito alterno al del documento, por lo que uno podrá decir con facilidad que no tendría problema el prescribiente por carecer del documento con fecha cierta, toda vez que podría otorgar una garantía. El problema es que dicha garantía no ha tenido un claro desarrollo en nuestro medio como pasamos a exponer.

²³⁴ CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., p. 42.

Se ha dicho que la garantía es en el fondo una contracautela²³⁵, con el objetivo de resarcir el daño que pueda generar la demora de satisfacción del crédito a su acreedor a causa de su suspensión por el proceso de tercería.

“Rechacemos de plano la caución juratoria, ya que de acuerdo al artículo materia de estudio, la forma de acreditar fehacientemente un derecho de propiedad es con documentos públicos o privados de fecha cierta y sin ellos habrá que otorgar garantía suficiente, lo cual escapa del ámbito de la caución juratoria”²³⁶.

Por lo mismo, respecto al monto de la garantía “estará determinado de forma discrecional por lo que el juez considere prudente. La norma no establece que clase de garantía es idónea, por lo que, al no poder distinguir donde la norma no lo hace, debemos entender que pueden ser tanto garantías personales como la fianza, y garantías reales como la hipoteca. La finalidad es claramente establecer mecanismos adecuados de protección al acreedor que puede sufrir perjuicios económicos ante la admisibilidad de la tercería”²³⁷.

Sobre este punto se ha afirmado también. “¿Qué criterio se utilizará para su fijación? Queda solo a la arbitrariedad del juez quien, sin explicación alguna tendrá que decidir si “a su criterio” (sin especificar los parámetros del mismo) la ofrecida por el demandante es “suficiente”. Si revisamos las resoluciones admisorias nos encontramos con la simple frase que dice: “(...) habiendo ofrecido garantía suficiente a criterio del juzgador (...)”, y no se explica (nunca) el por qué es suficiente y cuál fue ese criterio”²³⁸.

Para entender esta garantía debemos explicar. ¿Por qué de la garantía?, el mismo artículo indica que la garantía está para resarcir los daños que la tercería haya causado al acreedor, se piensa en este daño al acreedor al entender el efecto que causa la admisibilidad de la tercería de

²³⁵ En este sentido afirma: VILLEGAS OTERO, María Cecilia, “De cómo la ley puede atentar contra el mercado. La tercería de propiedad en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*; n.º 18, Lima: 1999, p. 176.

²³⁶ Ídem.

²³⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 813.

²³⁸ CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., pp. 42, 43.

propiedad, que es la suspensión del proceso de ejecución, así pues, esta suspensión genera el retardo del cobro del acreedor, por lo que podría causarle un daño por la demora a razón de la tercería de propiedad entablada.

En esta línea de ideas cabe preguntarnos. ¿Se le debe resarcir siempre al acreedor por esa demora? ¿Qué sucede si el acreedor hipotecario o embargante hubiera constituido su gravamen con mala fe? ¿Acaso es razonable otorgarle un resarcimiento al “acreedor” por haber solicitado y ejecutado de mala fe una hipoteca o medida cautelar? Al respecto el artículo 538 detalla lo siguiente:

“Si se prueba la connivencia entre el tercerista y demandado, se impondrá a ambos y a sus Abogados, solidariamente, una multa no menos de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el Juez remitirá al Ministerio Público copia certificada de los actuados pertinentes, para el ejercicio de la acción penal correspondiente.

Las mismas sanciones se le impondrán a quien haya solicitado y ejecutado maliciosamente una medida cautelar” (el resaltado es nuestro).

Así pues, el artículo detalla la malicia o también el conocimiento que puede tener primero el tercerista respecto a la deuda de su vendedor como también del acreedor embargante sobre que el bien embargado no pertenece a su deudor, lastimosamente el artículo en mención no refiere en nada al acreedor hipotecario, pero debemos entender que para fines de coherencia el último párrafo no le es ajeno.

“La connivencia (esto es, es acuerdo fraudulento entre tercerista y deudor demandado) debe resultar “probada” en el propio proceso de tercería. Ahora para que un hecho pueda resultar “probado”, primero tiene que haber sido alegado (y, estar entre los hechos necesarios de

prueba)”²³⁹. Sobre esto, la Corte de Casación declaró que, “si se llega a acreditar la connivencia y malicia entre el tercerista y el demandado la demanda de tercería deviene en infundada”²⁴⁰.

Volviendo a la garantía suficiente, siendo dable el hecho de demostrar la mala fe del acreedor – consideramos que no habría mala fe del tercerista prescribiente pues este no tiene relación jurídica ni vínculo alguno con el deudor – no se le debe resarcir ningún monto por el retardo en su acreencia, además que obtener la fundabilidad de la demanda.

Sin embargo, somos del parecer que el tercerista no debería estar obligado a otorgar una garantía en defecto del documento de fecha cierta, pues primero, no hay ningún criterio jurisprudencial para que un juez estime el monto de la garantía como “suficiente”, segundo, de ser un acreedor de mala fe a pesar de haberse perjudicado por el retardo de su acreencia, no se le debería resarcir y, tercero, el artículo 538 citado en precedencia, ya contiene un remedio represivo-sancionatorio, pues impone la obligación solidaria de pagar multas (imposiciones sancionatorias), indemnización de daños y perjuicios como también costos y costas del proceso.

Pero claro, esta indemnización a la que alude el artículo 538, trata sobre indemnizar cuando se haya probado que el acreedor ejecutó maliciosamente una medida cautelar. “¿Qué significa, en este caso, la “malicia”? Pues si la tercería es de propiedad debe implicar que el acreedor embargante tenía conocimiento que el bien cuyo embargo solicitó no pertenecía al deudor (...). Dicho más simplemente: se requiere que el acreedor (o el falso acreedor) haya actuado con dolo, esto es, con la intención de causarle daño al tercerista”²⁴¹. A diferencia del motivo de la indemnización que se otorgará gracias a la garantía que es por el daño causado (si es que se causa) por el retardo de la ejecución de su acreencia a causa de la tercería planteada.

En este sentido, el embargante sería acreedor de dos indemnizaciones, sin embargo, “no se puede ‘tutelar’ un mismo supuesto bajo dos criterios diferentes. En ese sentido, creemos que

²³⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 538”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 327.

²⁴⁰ Fundamento de la Casación N.º 2570-2002-Tacna.

²⁴¹ ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 538”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 328.

la ‘indemnización’ a la que hace referencia el artículo 535 es una de corte objetivo; es decir, en donde el factor de atribución es irrelevante para fijar la indemnización, la misma que deberá de tener un sentido y alcance diferente a la regulada en el 538²⁴².

De esta manera, solo se podría diferenciar en cuanto al factor de atribución, pues para la indemnización del artículo 538 deberá probarse el conocimiento y, así pues, la intención de afectar el derecho de propiedad del tercerista, esto es, probar el dolo, teniendo un enfoque de responsabilidad subjetiva. Ahora sobre la indemnización que se otorgará gracias a la garantía no revestirá en analizar el dolo ni culpa del tercerista, bastando que el retardo cause daño al acreedor. Esta opinión nos es interesante para ayudar a diferenciar estas dos protecciones al acreedor, sin embargo, esto último no ha revestido de la necesaria atención de nuestra jurisprudencia, por lo que no hay ningún criterio claro en la diferenciación de ambas indemnizaciones.

Por lo que, consideramos si el tercerista prescribiente debe otorgar una garantía que no tiene claridad en el derecho viviente, esto es, la jurisprudencia, solo debería ejecutarse cuando, la demanda de tercería de propiedad sea declarada infundada, y se haya probado que por el retardo de la ejecución del inmueble se haya ocasionado un daño al acreedor.

Pero como se ha añadido, esta garantía carece de toda claridad en términos de su suficiencia pues no hay ningún criterio claro para su fijación, así también en su falta de diferenciación con la responsabilidad que genera el artículo 538 que también tutela al acreedor ante una situación que le genere daños.

En suma, no creemos que esta garantía debería ser exigida al tercerista, dado su ausencia jurisprudencial, claro lo que se busca es la protección al acreedor, no obstante, también debe verse la situación del tercerista, pues al ser un prescribiente se vería en la necesidad de otorgarla pues carece como se explicó en precedencia, de un documento de fecha cierta de carácter traslativo de dominio, así, se vería forzado a ello.

²⁴² CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., p. 42.

2. La suspensión de la medida cautelar.

Otra de las formas de evitar la presentación de un documento público o privado con fecha cierta está descrita en el artículo 539 del Código Procesal Civil que contiene la suspensión de la medida cautelar sin la necesidad de interponer tercería.

Dicho artículo ha tenido como fuente al artículo 104 del Código de la Nación argentino donde establece:

“Levantamiento del embargo sin tercería. – El tercero perjudicado por un embargo podrá pedir su levantamiento si promover tercería, acompañando el título de dominio u ofreciendo sumaria información sobre su posesión, según la naturaleza de los bienes (...).

Se ha dicho con razón que, nuestro apartado en una mala adaptación del Código extranjero²⁴³, toda vez que, en vez de adaptar el término “levantar” recurre a expresar “suspender”.

Considerando ello, debemos entender al artículo 539 como una alternativa más efectiva para el propietario que tiene su bien afectado de forma indebida, justamente para dejar sin efecto el embargo. Claramente al ser un remedio más efectivo, justamente se debe a que el tercero cuenta con título de propiedad inscrito, quiere decir, aún con más valor y formalidad que un documento público o privado con fecha cierta.

“La suspensión de la medida cautelar sin tercería es un mecanismo de protección del derecho de propiedad sin necesidad de interponer tercería. En este caso, no es necesario instaurar un proceso autónomo, limitándose a una mera solicitud que tiene como presupuesto el título de propiedad registrado”²⁴⁴.

²⁴³ Léase en: ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 539”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, ob. cit., p. 330.

²⁴⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 827.

De esta forma es que al ser un remedio alternativo solo servirá para aquellos casos en que el título genere aun más veracidad sin dar lugar a la duda de la oponibilidad de éste, como es la inscripción del derecho, justifica pues ello, que no sea necesario recurrir a un proceso autónomo, sino poder ejercer este remedio en el mismo proceso que ventile la ejecución de su bien.

Así pues, las ventajas de la desafectación frente a la tercería son: “(i) en la desafectación no hay limitación de medios probatorios, mientras que en la tercería en principio exige documento de fecha cierta; (ii) ante la falta de un documento de fecha cierta, en la desafectación se exige el otorgamiento de garantía, como sí se hace en la tercería; (iii) el trámite de la desafectación es breve, sin traslado a las partes en el que se dictó la medida cautelar, mientras que la tercería supone iniciar todo un proceso judicial”²⁴⁵.

Un supuesto interpretativo para poder aplicar este remedio de la suspensión sin tercería, es por citar, cuando el propietario adquiere el bien antes de la anotación del embargo pero lo inscribe después de la traba del mismo, quiere decir que, “el título pueda inscribirse después del embargo, pues como el deudor no perdió la propiedad luego del embargo, cabe que el propietario pueda inscribir, a pesar del gravamen, pues el tracto sucesivo se mantiene inalterable; en éste último caso, si bien la inscripción del embargo es previa a la compraventa, empero, la fecha cierta de este último acto, por virtud de la escritura pública, permitiría acreditar que el mandato judicial fue indebido, pues se afectó un bien que ya no pertenecía al deudor”²⁴⁶.

Sobre el particular, está más que claro que el prescribiente no puede favorecerse de este remedio alterno, pues el mismo requiere que su derecho sea acreditado por medio de inscripción, puesto que salvo haya sido reconocido como propietario por medio de sentencia, no podría favorecerse de la suspensión, teniendo que recurrir a un proceso autónomo como es el de tercería.

²⁴⁵ MESINAS MONTERO, Federico, “Cuándo tercería, cuándo desafectación”. En: *Actualidad Jurídica*; n.º 102, Lima: 2002, p. 74.

²⁴⁶ GONZÁLES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, ob. cit., pp. 156, 157.

3. Responsabilidad por afectación de bien a tercero.

Otra forma por las cuales nuestro ordenamiento predica la manera en que un tercero pueda desafectar su bien de una coyuntura ajena sin tener que presentar un documento privado de fecha cierta o público, es la regulada en nuestro artículo 624 del mismo Código, el cual contiene la figura de la desafectación, a través de la cual el perjudicado con una medida podrá pedir su levantamiento (desafectación) de forma inmediata, sin necesidad de recurrir al remedio de la tercería.

Fíjese la diferencia de la desafectación con la antes ya vista suspensión, puesto que la primera resulta ser más tentativa al otorgar la liberación inmediata del bien, toda vez que, la segunda otorga únicamente una suspensión.

Ahora, podemos expresar las siguientes diferencias que tiene la desafectación respecto al remedio de la tercería: “(i) la desafectación es trabajada como un pedido al interior del proceso en que se dictó la medida cautelar, a diferencia de la tercería que se plantea como una pretensión autónoma, (ii) en la desafectación es importante acreditar, la plenitud del derecho de dominio que se invoque, a diferencia de la tercería en la que opera una apariencia del derecho invocado, el que se va a dilucidar con la sentencia, (iii) la desafectación se opone solo contra el beneficiado de la medida a diferencia de la tercería que se dirige contra las partes del proceso principal, (iv) la desafectación no prevé un procedimiento probatorio porque la prueba deberá resultar de los documentos que se acompañen al pedido de levantamiento, esto implica además que no proceda la tacha en esta discusión, a diferencia de la tercería, en la que existe un debate probatorio amplio, sometido a las reglas del procedimiento abreviado, con la posibilidad de las tachas u oposiciones; y (v) la desafectación procede incluso si la medida no se hubiera formalizado, a diferencia de la tercería, que opera como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien”²⁴⁷.

A diferencia de lo normado por la suspensión, en este remedio se da detalle a “tres elementos de naturaleza distinta como son: las obligaciones de origen procesal (costas y costos),

²⁴⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar y de Ejecución. Medidas cautelares*, t. I, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 317.

las multas (penalidades por incumplimiento de los deberes de parte) y los daños y perjuicios (resarcimientos civiles al sujeto que los sufre)”²⁴⁸.

Así pues, “lo que sustancialmente contiene el artículo 624 del CPC es quién responde por las costas y costos que haya tenido que afrontar el tercero propietario para obtener la liberación del bien y, a su vez, quién responde por los daños que tal medida le habría ocasionado al tercero. En tal sentido, el ‘peticionante’ (o sea el demandante-embargante) responderá por las costas y costos afrontados por el tercero e, igualmente, de haber daños, será también aquel el que responda por estos (de allí que diga con mucha impropiedad que ‘en atención a las circunstancias perderá la contracautela a favor del propietario’)”²⁴⁹.

No obstante, “el artículo debería contener la previsión del ámbito de responsabilidad del solicitante de la cautela cuando haya ‘afectado’ (o sea embargado) un bien que luego se demuestra ser de tercero, o sea el ex post a la ‘desafectación’”²⁵⁰.

Ahora bien, sobre el particular, es menester referirse a aquella “acreditación fehaciente” sobre la titularidad del bien a efectos de poder esclarecer si un prescribiente puede afirmar su pretensión bajo la desafectación inmediata.

Si bien la norma no exige la acreditación de la titularidad por medio de un documento público o privado con fecha cierta, la prueba debe de estimarse como fehaciente, incuestionable ni fidedigna, cuestión que en la prescripción amerita una valoración determinada por parte del juez.

La Corte ha declarado que “si la recurrente ha adquirido inscrito el bien, con anterioridad a la medida del secuestro, procede la desafectación”²⁵¹. No necesariamente se tiene que pensar en un derecho inscrito, sino incluso no siéndolo, puede proceder la desafectación, la Corte sobre

²⁴⁸ *Ibíd.*, p. 318.

²⁴⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*, ob. cit., pp. 34. 35.

²⁵⁰ ARIANO DEHO, Eugenia, *Estudios sobre la Tutela Cautelar*, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 221.

²⁵¹ Fundamento en el exp. N° 98-37987-2264 del 9 de septiembre de 1999. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. III, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 98.

esto sostuvo que “procede la desafectación, si se acredita el perfeccionamiento del acto traslativo de dominio del vehículo automotor reclamado, con documento de fecha cierta y con eficacia jurídica”²⁵².

Recuérdese que en el proceso de tercería amerite poder demostrarse la titularidad del derecho en cuanto lo permite la cognición que presta tener un proceso abreviado, siendo dable la probanza del derecho sin limitación de pruebas, no obstante; eso no ocurre en la desafectación al ser estimada como un incidente y al ser un proceso instrumental²⁵³, toda vez que, no genera un proceso autónomo. Así pues, el prescribiente tampoco podría verse beneficiado por lo regulado en el artículo 624 al no tener una prueba que no deje lugar a la duda sobre el dominio que puede poseer.

Debe precisarse que la acreditación de la propiedad ganada por medio de prescripción adquisitiva, es la complejidad para poder probarla, toda vez que, siendo un hecho complejo es que, “más grave conforme aumenta su complejidad, proviene de que son difícilmente identificables con precisión analítica; consecuentemente, puede ser muy difícil establecer qué constituye objeto de prueba (es decir, qué debe ser probado para que se dé la condición de aplicación de la norma)”²⁵⁴.

Así las cosas, el prescribiente al no poder probar su adquisición de una forma tan comprobable como se requiere para una desafectación, tendrá que demostrar su dominio a través de una vía idónea para ello, donde se pueda permitir la valoración de las pruebas de forma contundente, como es el proceso de tercería en una vía abreviada.

²⁵² “Procede la desafectación, si se acredita el perfeccionamiento del acto traslativo de dominio del vehículo automotor reclamado, con documento de fecha cierta y con eficacia jurídica. La transmisión de bienes muebles se perfecciona con la tradición y no por la inscripción en el registro de propiedad”. Fundamento en el exp. N.º 2202-98. *Ibíd*em, p. 100.

²⁵³ “Basta un documento indubitable que acredite la propiedad del tercero, de cómo, para que no sea necesario entrar al análisis de la manera en que se hizo la transferencia, ni su modalidad para amparar la desafectación, porque tratándose de una medida cautelar, dichas consideraciones resultan ajenas al proceso, por su carácter instrumental”. Fundamentos en el exp. N.º 265-98. *Ibíd*em, p. 99.

²⁵⁴ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 145.

Finalmente, y concluyendo lo escrito hasta aquí, se ha podido encontrar un sentido al artículo 535 del Código Procesal Civil respecto a la admisibilidad de la demanda de tercería de propiedad, donde se ha podido evidenciar un supuesto concreto de aplicación como es el de estar ante una adquisición derivada, pues es solo ante este caso que el tercerista tuvo la posibilidad de contar con un instrumento de fecha cierta que de certeza de la celebración de su acto o negocio jurídico traslativo del derecho de propiedad, no obstante, tratándose del propietario que adquirió por usucapión, no corresponde exigirle contar con un documento de fecha cierta en respaldo de su adquisición, toda vez que según la previsión normativa contenida en el artículo 950, esta es de índole originaria porque se fundamenta en el cumplimiento y verificación de requisitos legales para la validez y eficacia de un acto jurídico en sentido estricto.

De esta manera, queda en evidencia que el alcance limitado de la regulación del proceso de tercería ocasiona la desprotección del prescribiente.

Por otro lado, otras vías alternas a la presentación del documento de fecha cierta, como la suspensión de la medida cautelar, la responsabilidad por afectación de tercero y la garantía en defecto del documento de fecha cierta no son idóneos para el prescribiente.

En consecuencia, creemos que en el ordenamiento jurídico no se ha previsto un mecanismo de defensa adecuado para el prescribiente para el caso de posteriores anotaciones ni inscripciones de gravámenes sobre inmuebles, toda vez que, el documento de fecha cierta no se puede exigir por no guardar sentido ni coherencia con la naturaleza de dicha adquisición, lo que amerita su discusión y valoración probatoria en su oportunidad por la judicatura.

CAPÍTULO V

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA COMO FORMA DE DEFENSA DE LA PROPIEDAD²⁵⁵.

Luego de poder entender y esclarecer las deficiencias y lo corto que puede resultar la exigencia de pedir un documento con fecha cierta para admitir a trámite la demanda de tercería de propiedad, el tercerista debe a fines de amparar su pretensión tener que pasar por ese filtro prematuro al iniciar nada más el proceso, sin poder recurrir a la suspensión ni a la desafectación inmediata, dejando abierto claro el otorgamiento de una garantía al criterio del juez que consideramos nada justificado.

Ahora bien, corresponde analizar un enfoque de importancia en nuestra casuística, si bien hasta ahora el estudio sobre el particular ha sido enfocado sobre el proceso de tercería de propiedad, corresponde analizar cómo es que se logra manifestar la prescripción adquisitiva usada como forma de defensa de la propiedad ante otras categorías jurídicas como oposición al interés del usucapiente, para de esta forma poder hacer un símil ante un proceso de ejecución de un embargo o hipoteca a través de la tercería de propiedad.

²⁵⁵ Algunas de las ideas de este capítulo han sido previamente expuestas de forma parcial en: FUENTES COAGUILA, Darwin André, “La valoración del tiempo en la demanda de tercería de propiedad”. En: *Revista Derecho*, n.º 9, Tacna, 2021, pp. 127-148.

1. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un desalojo.

En este apartado se necesita hacer mención como doctrina jurisprudencial vinculante en el punto 5.6 del IV Pleno Casatorio Civil, el cual en suma, señala la dable oposición del demandado por desalojo por precario a través de la adquisición por prescripción adquisitiva, debiendo el juez de la causa, de haberle generado la convicción de tal alegación, desestimar la demanda de desalojo, o de no haberle generado convicción, seguir adelante con la pretensión formulada²⁵⁶.

Por este pronunciamiento ha surgido una gran acogida por parte de la doctrina mayoritaria en nuestro medio, principalmente, porque el criterio que la Corte Suprema tiene, es dable oponer la prescripción adquisitiva sin necesidad de contar con una sentencia que la declare, siendo imperativo presentar las pruebas que son necesarias para generar en el juez la convicción de que, en efecto, se trata de un prescribiente²⁵⁷.

Así, la Corte ha señalado “en los casos que procede el desalojo, uno es cuando el poseedor que alega haber ganado la propiedad por prescripción no exhibe prueba contundente sobre ese hecho jurídico”²⁵⁸, *contrario sensu*, el poseedor de haber probado la adquisición por prescripción adquisitiva de forma contundente ocasionará la no procedencia del desalojo. Así, “el juez nuevamente aquí tiene que realizar un pre examen de la situación puesta a su conocimiento, sin que ello implique que declare o niegue la usucapión”²⁵⁹.

En esta línea se puede dejar en claro el mensaje de fondo que la Corte Suprema establece, la prescripción adquisitiva debe en tanto a su invocación, ser valorada por el juez conforme al gran arraigo probatorio presentado por quien la alega.

²⁵⁶ Doctrina jurisprudencial vinculante 5.6. del IV Pleno Casatorio Civil de la Casación N.º 2195-2011-Ucayali del 14 de agosto de 2013.

²⁵⁷ “Es decir, si en el desalojo el demandado logró convencer al juez sobre su condición de prescribiente, la demanda será desestimada y el demandado podrá mantenerse en el bien”. PASCO ARAUCO, Alan, *El poseedor precario. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2019, pp. 150, 151.

²⁵⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge; MEJORADA CHAUCA, Martín y MORALES HERVIAS, Rómulo, “Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria”. En: *Ius et Veritas*; n.º 47, Lima: 2013, p. 353.

²⁵⁹ DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe, “El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil”. En: *Ius et Veritas*; n.º 53, Lima: 2016, p. 140.

Con este criterio es que la Corte Suprema declaró en sendas casaciones que “en la sentencia de vista instancia materia de casación contenida en la Resolución número ochenta, la Sala Superior ha incumplido el mandato dictado por esta Sala Suprema, toda vez que, tras advertir que aún no existía una sentencia firme que haya declarado fundada la demanda de Prescripción Adquisitiva, no analizó los medios probatorios recabados durante el proceso de Desalojo, a fin de determinar si se generaba convicción respecto a si la demandada podría haber usucapido el bien por reunir los requisitos legales establecidos”²⁶⁰.

Por lo mismo, se afirmó en el Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de Ventanilla en el año 2019, se adoptó como criterio la posición de la cual expresaba que “En los Procesos de Desalojo por ocupación precaria, si el demandado alega que ha operado a su favor la usucapión (sin decisión firme a su favor que lo declare), se deben evaluar sus pruebas para verificar si tiene derecho a poseer por usucapión, pues la sentencia que eventualmente obtendría es declarativa y no constitutiva”²⁶¹.

A pesar de tener también en nuestra jurisprudencia pronunciamientos contradictorios y, por ende, errados, debe advertirse que, con dicha doctrina vinculante establecido por la Corte Suprema, es que contamos con una regla vinculante para que el juez valore la oposición de la prescripción adquisitiva (sin que medie sentencia) ante un desalojo, toda vez que, una vez consumada la misma, es que el efecto adquisitivo en virtud de la norma se produce *ipso iure*, estando así ante un propietario auténtico.

Esta doble oposición de la prescripción adquisitiva es una manifestación clara de que dicho remedio se configura como una forma de defensa de la propiedad.

²⁶⁰ Fundamento décimo primero de la Casación N.º 575-2017-Tacna del 17 de noviembre de 2017.

²⁶¹ Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de Ventanilla del 15 de julio de 2019.

2. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un desalojo extrajudicial.

Como bien se sabe, en determinadas circunstancias el orden jurídico permite el uso legítimo de la autotutela, escapando así del camino ordinario para la resolución de conflictos a cargo del Estado bajo la figura del juez como tercero dirimente.

Es así, que la defensa posesoria regulada en nuestro Código Civil, ha sido entendida como un desalojo extrajudicial debido a las ulteriores modificaciones²⁶² que ha tenido, dejando varias normas bajo una comprensión dificultosa.

No nos esforzaremos en dar un estudio íntegro del desalojo extrajudicial, sino más bien en aquello que es materia de problema, la doble oposición de la prescripción adquisitiva ya consumada.

Podemos citar al artículo 920 en lo siguiente:

“En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario a usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años”.

Se debe precisar que el texto es de los pocos en nuestro ordenamiento jurídico que reconoce los efectos *ipso iure* de la prescripción adquisitiva, quiere decir; sin necesidad de sentencia que la declare.

No obstante, alguien podría afirmar que en éste supuesto el despojado cuente con un plazo de 10 años para accionar el desalojo extrajudicial. Sin embargo, se ha dicho con razón que, “la finalidad de dicho segundo párrafo deja en claro que sobre terrenos sin construcción o en proceso constructivo existe una posesión ficta que legitima al afectado a accionar extrajudicialmente, pero siempre dentro del plazo de 15 día desde que tomó conocimiento”²⁶³. Por lo mismo, la Exposición de Motivos ha tenido en cuenta a considerar que el propietario merece que el sistema jurídico le reconozca una posesión inmediata ficta²⁶⁴.

²⁶² Nos referimos a la modificación efectuada por la entrada en vigencia de la Ley N° 30230, publicada el 12 de julio de 2014.

²⁶³ PASCO ARAUCO, Alan, *El poseedor precario. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 298.

²⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley N° 30230.

Así pues, sostener que el legislador le haya dado un plazo de diez años para ejercer la defensa extrajudicial, según otra opinión, “contradice toda noción básica no solo de este tipo de tutela, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto”²⁶⁵, toda vez que, se interpretaría que las acciones judiciales como los interdictos tienen un plazo de un año y las acciones no judiciales tienen uno de 10 años, quiere decir, la regla se convertiría en excepción.

Es así que consideramos errada aquella interpretación en la cual se afirma que tratándose de terrenos sin edificación o en proceso del mismo, se tiene 10 años para ejercer el desalojo extrajudicial.

En virtud a ello, es que el último párrafo del citado artículo dicta en términos más amplios lo mismo que la norma citada en precedencia:

“En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950° de este Código”.

Como se afirmó en precedencia, la finalidad del segundo párrafo del artículo 920 es considerar una posesión ficta al propietario que no ejercer una posesión real, propietario que tendrá conforme al primer párrafo 15 días para accionar desde que tuvo conocimiento de su despojo y no 10 años, toda vez que al no encontrarse en el bien (momento del despojo) no pudo darse por enterado.

Entonces la última frase del segundo párrafo del artículo 920, emite un mensaje claro. La prescripción adquisitiva opera *ipso iure*, toda vez que, pasados los 10 años y cumpliendo con una posesión pacífica, continua, pública y como propietario, el poseedor no podrá ser desalojado por medio del desalojo extrajudicial, toda vez como dicta el artículo referido, “en ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos 10 años”.

²⁶⁵ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, citada por: SOLÍS CÓRDOVA, Mario, “Comentario al artículo 920°”. En: *Código Civil comentado*, t. V, 4.ª ed., coordinado por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 206, 207.

¿Quién es aquel que usufructúa un bien como propietario por lo menos 10 años? La respuesta es intuitiva, da mención en el fondo al poseedor precario que consuma la prescripción larga o extraordinaria, pues estando ante un nuevo propietario adquirente por prescripción, no puede ser despojado de la posesión.

“Lo que resulta innecesario y demuestra el poco tecnicismo jurídico a la hora de redactar la modificación es el uso del término “usufructuar”, pues quien se porta como propietario con fines prescriptorios lo hace con *animus domini* y quien solo posee como usufructuario lo hace con *animus iure in re utendi*, que constituye una escala de intensidad menor en el ejercicio de la posesión”²⁶⁶.

Recordemos pues, como se desarrolló en el capítulo referido a la prescripción adquisitiva que, el *animus domini* se entiende con la posesión en nombre propio, la cual implica una subdivisión, entre las llamadas posesión en concepto de dueño y la posesión en concepto distinto de dueño.

La posesión en concepto de dueño es aquello que importa para usucapir cualquier derecho real susceptible de posesión, pero cuando la norma hace referencia al “poseedor que ha usufructuado el bien como propietario”, no refiere que el poseedor ha adquirido por prescripción un derecho de usufructo, sino uno de propiedad, toda vez que, lo ha poseído como propietario tal y como detalla la norma.

En suma, nuestro artículo 920 dicta que aquel que adquiere un bien por prescripción adquisitiva, no puede ser despojado de la posesión, toda vez que al ser sus efectos *ipso iure*, estaríamos ante un propietario, consecuentemente, la oposición de la prescripción ante un desalojo extrajudicial es reconocido en términos positivos.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 206.

3. La oposición de la prescripción adquisitiva ante una reivindicación.

Quizás de los puntos más controversiales de lo que refiere a la oposición de la prescripción y así haya tenido más auge, es ante quien busca reivindicar el bien. Es necesario pues nuestro actual artículo 927 del Código Civil:

“La acción reivindicatoria es imprescriptible. **No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción**” (el énfasis es nuestro).

La idea no es difícil de entender, el propietario tiene un límite para poder ejercer las facultades que su derecho le permita ejercer, la principal es – como en este caso – la pérdida de su derecho, toda vez que, un propietario no puede pretender reivindicar su bien contra aquel que haya adquirido ya la propiedad, justamente porque al haber ya un nuevo propietario, se entiende que aquel que pretende reivindicar ya dejó de serlo, consecuentemente, no puede ser ejercido un remedio de tutela de un derecho que ya perdió.

Esta lógica que aparentemente es evidente, no ha tenido un desarrollo sano en su aplicación como interpretación en nuestra jurisprudencia, toda vez que, en sendas casaciones hubo una orientación errada a requerir de otras exigencias que no detalla el dispositivo normativo a quien opta por oponer la prescripción adquisitiva, todo eso es generada desde cómo se conciba a la sentencia del proceso de prescripción adquisitiva, pero de ello conversaremos en un apartado específico.

Cabe mencionar sobre la dable oposición de la prescripción adquisitiva ante quien pretende reivindicar el bien que respecto a su interpretación en términos normativos es sumamente claro, concordando con su exposición de motivos se afirma:

“La segunda parte de este artículo – 927 – contiene un error substancial, que infortunadamente no se accedió a corregir y es el de señalar: ‘No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción’.

Aquí el error conceptual es evidente aquél que adquirió el bien por prescripción es sin lugar a dudas, el nuevo propietario, ya que el verbo está en pasado: ‘adquirió’. En consecuencia,

el que perdió el bien se convierte simplemente en un ‘ex propietario’ quien, lógicamente, ya no tiene ni los derechos que otorga la propiedad, ni las acciones que la tutelan. Ahora bien. ¿Quién es el titular de la acción reivindicatoria? Indiscutiblemente el nuevo propietario, es decir, el que adquirió el bien por usucapión.

Pero este error desafortunado, que tuvo plena oportunidad de ser evitado, conlleva implicancias mayores si se efectúa una interpretación de la norma. No es que la acción reivindicatoria "no proceda contra aquél que adquirió el bien por prescripción" sino que, muy por el contrario, **es la persona que se ha beneficiado con la usucapión y se ha constituido en propietario quien puede, de ser el caso, reivindicar su bien incluso del ex-propietario, es decir del que lo perdió por prescripción**²⁶⁷ (el énfasis es nuestro).

Como añadidura, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano propone modificar el actual artículo 927 en las siguientes líneas:

“La acción reivindicatoria y cualquier otro medio de tutela de la propiedad son imprescriptibles. Ninguna de ellas procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción, **la cual se puede oponer en vía de acción o de excepción**” (el énfasis es nuestro).

Así pues, la preocupación de decir lo mismo pero en términos más explícitos es de esta manera, poder reorientar la aplicación y entendimiento de dicha norma en nuestra jurisprudencia. La exposición de motivos señala lo siguiente:

“Con la propuesta de modificación también se pretende aclarar la relación entre la acción reivindicatoria y la prescripción adquisitiva para evitar pronunciamientos judiciales que dispongan que quien ha adquirido un bien por prescripción no puede oponerse a la acción reivindicatoria u otra pretensión de tutela de la propiedad en el mismo proceso judicial, sino que

²⁶⁷ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil*, compilación hecha por Delia Revoredo de Debakey t. V, Lima: Diagramación E.I.B.M., 1985, p. 175, 176.

debe iniciar su propio proceso judicial de prescripción adquisitiva de dominio. Finalmente se reafirma la función de la prescripción adquisitiva como medio de defensa de la propiedad”²⁶⁸.

Así pues, la uniformidad que presenta contar esta posición en nuestro medio es mayoritaria, por lo que con todo esto podríamos preguntarnos, si el poseedor que adquiere por prescripción el bien puede frenar una reivindicación considerada ésta como la acción por excelencia de la propiedad. ¿Por qué tampoco podría hacerle frente también ante una tercería de propiedad?

A nuestro parecer la respuesta es afirmativa, toda vez que, tan luego como se cumpla el plazo que la ley fija, “aquél deviene desde este momento titular que usucapió, le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo”²⁶⁹.

Es así que, para finalizar esta parte, se permitió comprender el momento en el que se produce la eficacia de la prescripción adquisitiva, tomando como evento más importante el adquisitivo, el mismo que se produce de forma automática cumplido el plazo prescriptorio y ostentando una posesión pública, pacífica, continua y como propietario, todo esto respaldado por nuestra normativa actual y por un sector de la jurisprudencia.

Por lo mismo, la tesis declarativa es coherente con la naturaleza de la sentencia, toda vez que, será el juez, quien reconozca la situación y derecho preexistente del prescribiente, más no lo convertirá en propietario con la sentencia pues ya lo era. De esta forma podemos esclarecer porque sentencias importantes como la del IV Pleno Casatorio Civil adoptan la tesis de la sentencia declarativa.

De igual forma, se ha podido analizar distintos escenarios donde se presentan conflictos intersubjetivos ante un prescribiente, como el de quien pretende reivindicar el inmueble, el de quien intenta un desalojo extrajudicial y el de quien invoca una acción de desalojo. Todos estos supuestos que tienen reconocimiento normativo y jurisprudencial, ninguno prospera frente a

²⁶⁸ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil publicado mediante Resolución Ministerial N.º 0046-2020-JUS con fecha 05 de febrero de 2020.

²⁶⁹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 17.

quien adquirió por prescripción adquisitiva, aun cuando el precribiente no cuente con sentencia que lo respalde.

Según la posición prevalente en nuestro medio, la prescripción adquisitiva de dominio consumada pueda ser opuesta como medio de defensa de la propiedad pues al ser un hecho jurídico que el juez reconoce por medio de una sentencia declarativa, se acepta de forma pacífica su consumación inmediata y, siendo así, se permite su oposición ante quienes declaren tener algún derecho sobre el inmueble.

Por ello, si el ordenamiento jurídico permite al prescribiente defender su derecho de propiedad oponiendo su forma adquisitiva originaria, no encontramos buenas razones para no hacer lo mismo al sustanciarse un proceso de tercería de propiedad, en donde la afectación haya sido materializada a través de un embargo o hipoteca indebidamente constituidos.

CAPÍTULO VI

LA OponIBILIDAD DE LA ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

Ahora bien, luego de haber visto cómo es que la prescripción adquisitiva puede ser un argumento válido para hacerle frente a un desalojo, desalojo extrajudicial y hasta una reivindicación, podremos analizar también que, en tantas adquisiciones de derechos, la prescripción adquisitiva puede ser también valedera su oposición pero esta vez no contra determinadas pretensiones como las antes vistas, sino también ante categorías jurídicas que pueden ser el resguardo de un interés particular, como son de los adquirentes o acreedores insatisfechos, sobre esto prestaremos atención en las siguientes líneas.

1. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un tercero de la fe pública registral.

La fe pública registral es una categoría de índole registral, que funciona y se justifica su aplicación para beneficio del mercado. Se ha dicho correctamente que, “hay fe pública registral en la medida en que los terceros pueden colocar su confianza en aquello que el Registro publica y en la medida que, en virtud de esa confianza, la situación aparental que en el Registro existe se superpone a

la auténtica realidad jurídica extrarregistral y constituye para ellos, la única situación jurídicamente existente”²⁷⁰.

Lo que dice Díez-Picazo es cierto, no obstante, consideramos en términos de lo que viene siendo nuestra realidad nacional que aquello que publicita el registro no tiene necesariamente que en todos los casos, cerrar los “ojos” ante la realidad material, toda vez que, pueden pasar situaciones que deban ser merecedoras de ser analizadas, hasta el punto de cuestionar la propia seguridad que puede generar el Registro y así lograr decaer sus efectos como y siendo el principal, la adquisición por parte de un potencial adquirente.

Supongamos pues que Ticio es propietario inscrito en el registro, sin embargo, quien ejerce la posesión del bien es Cayo, quien lleva poseyendo el bien por más de diez años continuos, Ticio aprovechándose de aún figurar como propietario registral, decide venderle el bien a Sempronio, quien celebra contrato de compraventa e inscribe el bien a su nombre, seguidamente al decidir tomar posesión encuentra a Cayo en el bien, quien se niega a ceder su posesión.

Este escenario, el de la usucapión *contra tabulas*, genera pues una preferencia de un interés en desmedro de otro, donde en la balanza deben ser pesados la situación del adquirente y la del usucapiente. Entonces pues, para poder resolver esta cuestión, es que debemos apelar a la buena fe del adquirente y cómo ésta es entendida.

El factor desencadenante para determinar la prevalencia de un interés sobre otro será a través de la buena fe relacionada con la posesión como hecho. Y siendo ello así, cabe preguntarnos ¿todas las posesiones son iguales ante un tercero registral?²⁷¹, ante ello siguiendo el enfoque, cabe determinar si quien ejerce la posesión es un poseedor en principio, legítimo o ilegítimo, y sobre la base de ello poder admitir la idea que su derecho pueda oponerse a la adquisición del tercero registral.

²⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, ob. cit., p. 450.

²⁷¹ Sobre su respuesta, léase también a: PASCO ARAUCO, Alan, “¿Actúa de mala fe quien compra un inmueble sin ver la posesión? Una regla peligrosa para el tercero registral”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 249, Lima: 2019, p. 52.

Si pensamos en que el prescribiente una vez adquirida la propiedad al momento en que cumpla con los requisitos que exige el artículo 950 del Código Civil, el “propietario” registral celebra un acto o negocio jurídico de disposición posteriormente. En efecto, ya dejó de ser propietario en virtud a la adquisición originaria a favor del poseedor, consecuentemente quien adquiere confiando en el registro, cree que quien le vende es el titular del derecho.

Sin embargo, creemos si el adquirente registral, conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionar su adquisición que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente²⁷², efectivamente su buena fe debe ser cuestionada, toda vez que, la posesión en principio es una forma de publicidad, pero no únicamente la posesión como tal, sino cómo es que se ejerce. En efecto, es distinto cómo un arrendatario o usufructuario ejerce una posesión de cómo la ejerce un prescribiente, sobre este punto en más específico regresaremos en los siguientes rubros.

En ese sentido, es que el ordenamiento español en la Ley Hipotecaria Española adoptó la siguiente regulación en su artículo 36 remitiéndose al artículo 34, el cual es el antecedente histórico de nuestro artículo 2014.

“Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente de su adquisición:

- a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficiente para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

²⁷² En este sentido: ARATA SOLÍS, Moisés y GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo, “La prescripción adquisitiva *contra tábulas* versus la protección al tercero registral: Reflexiones en torno a un proyecto de reforma”. En: *Themis*, n.º 60, Lima: 2011, p. 147; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 249.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición”²⁷³.

La norma citada responde pues a una postura a favor del prescribiente en desmedro del adquirente quien confió en la información publicitada por el registro, toda vez que, “la posesión está fuera del registro, es pues se trata de un hecho, y no se trata de un título formal, por lo que la posesión consolidada no puede resolverse por la verificación, que es lo que hace un tercero registral”²⁷⁴.

Antes de proseguir con los fundamentos y razones para preferir al prescribiente sobre el tercero registral, debe repararse que la norma que pretende aplicarse correctamente para dirimir el conflicto, no es el 2014 sobre la fe pública registral, toda vez que, dicha categoría presupone una cadena de transferencia, por ejemplo, Ticio vende a Cayo, el contrato entre ambos es nulo y Cayo vende a Sempronio donde este último tendría la situación jurídica de tercero en cuanto al negocio celebrado por Ticio y Cayo, por ende, no debería afectarlo al desconocer dicha vicisitud negocial.

“En la prescripción adquisitiva contra el sistema tabular, en cambio, no existe una cadena de transferencias; lo que tenemos es siguiendo el ejemplo planteado lo siguiente: 1) Cayo un poseedor prescribiente, 2) en el Registro aparece Ticio como propietario y este transfiere a Sempronio, quien inscribe el bien a su favor; 3) Cayo pretende afectar con su prescripción a Sempronio”²⁷⁵. Como puede verse aquí, no hay ninguna cadena de transferencias, sino una sola transferencia de Ticio a Sempronio, es más, no habiendo cadena de transferencia es que no se llega a anular, rescindir, cancelar o resolver la adquisición de Sempronio.

Al respecto se afirmó que “la prescripción adquisitiva, por el contrario, no genera ninguna de estas situaciones: el hecho de que alguien sea declarado propietario por prescripción, no anula ni rescinde ni resuelve el derecho de quien transfirió el bien a favor del “tercero”; es por

²⁷³ Artículo 36 de la Ley Hipotecaria Española.

²⁷⁴ GONZALES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentación de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 332.

²⁷⁵ PASCO ARAUCO, Alan, *Fe pública registral. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2020, pp. 410, 411.

ello que la posición de Sempronio en un caso de prescripción contra tabulas no encajaría dentro del supuesto de hecho del 2014 CC²⁷⁶.

En consecuencia, la norma correcta a aplicarse para dirimir el supuesto de hecho, es el artículo 2022, referido a la oponibilidad entre derechos reales, el cual pasaremos a explicar.

2. La oposición de la prescripción adquisitiva ante un tercero de la oponibilidad.

El artículo 2022 consagra el principio de oponibilidad en contraposición al de inoponibilidad, toda vez que, éste implica una sanción a aquel titular que no inscribió su adquisición, esto claro entiende a tener un efecto negativo sobre aquel que no inscribe su derecho²⁷⁷. El mismo tiene las siguientes líneas:

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

La *fattispecie* de la norma, nos presenta dos titulares de distintas como iguales situaciones jurídicas subjetivas, respecto a la prescripción adquisitiva *contra tabulas*, estamos ante dos situaciones iguales, toda vez que, dos propietarios están discutiendo no la titularidad en principio, sino la oponibilidad – y así pues la preferencia – de uno respecto del otro.

En efecto si aplicamos el 2022 tendría que vencer aquel que inscribió su adquisición primero y de buena fe, sea a título oneroso o gratuito²⁷⁸, sin embargo, no basta con ello para resolver el conflicto, sino recaer nuevamente, qué debe entenderse por “buena fe”.

Debemos partir pues que, a pesar de no figurar de forma expresa en el artículo, es taxativo el hecho que la misma requiere de buena fe para proteger al tercero adquirente con el principio

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 411.

²⁷⁷ Estando ante un escenario donde se pretenda aplicar el principio de oponibilidad, el título de quien transmite es válido como eficaz, solo que se prefiere a un adquirente en vez de otro (sentido negativo), lo cual no ocurren en la fe pública registral, donde el registro tiene una función conservadora y sanadora (sentido positivo) de la adquisición que haya conllevado la buena fe del tercero registral.

²⁷⁸ Esto último a diferencia de la adquisición que busca proteger al tercero de la fe pública registral, donde tiene que ser una adquisición a título oneroso.

de oponibilidad, pensar lo contrario sería ir en contra de la armonía que tiene nuestro actual sistema en términos de conflictos de derecho de goce.

Si pensamos por ejemplo en nuestro artículo 1135 respecto a la mal llamada concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, detalla la exigencia expresa de proteger a aquel que actúa de buena fe, de forma igual en nuestro artículo 2014 sobre fe pública registral, el artículo 948 referido a la adquisición “*a non domino*” de bien mueble, artículo 665 sobre la disposición por parte del heredero aparente a favor de un adquirente de buena fe, así como el artículo 1670 sobre la concurrencia en tanto a la preferencia del derecho de arrendamiento. Por ende, sistemáticamente, se puede interpretar sin llegar a duda alguna que el artículo 2022 requiere de buena fe como coherentemente tiene nuestro actual sistema de preferencia, esto es, en proteger a aquel que no solo inscribe, sino que confía en los signos de reconocibilidad social.

Por lo mismo, acertadamente se argumentó que “aunque como muchas cosas, se entiende que la ley no lo tiene que decir todo textualmente, que es evidente que, para beneficiar a alguien con la aplicación de cualquiera de los efectos protectores del Registro, cualquiera sea el principio o regla específica en el que se sustente dicho beneficio, se requiere tener buena fe. La racionalidad final de tal exigencia radica en que el sistema de transferencia es consensual y, en tal sentido, el sistema registral protector que lo complementa si bien llega a dejar de lado la lógica del consensualismo, ello ocurre así, solo si la razón de ello es la protección a un tercero que actúa de buena fe”²⁷⁹.

Así pues, la jurisprudencia de forma correcta ha cumplido su función de enmendar los errores del legislador – como el hecho de haber omitido la buena fe al menos de forma expresa – en sendas casaciones, por citar, la Corte afirmó que “para que se configure el mejor derecho que otorga preferencia es necesario la concurrencia de la buena fe y la inscripción en el registro de la propiedad inmueble, porque el adquirente que obra de mala fe en el momento de celebrar el acto

²⁷⁹ ARATA SOLÍS, Moisés, “Comentario al artículo 2022°”. En: *Código Civil comentado*, t. X, ob. cit., pp. 442, 443.

jurídico o en el momento de inscribirlo en el registro o en ambos momentos, conociendo la obligación asumida por el deudor, carece de tutela”²⁸⁰.

También al expresar que “la buena fe es una presunción que admite prueba en contrario, correspondiendo a la parte que alega lo contrario – mala fe – probarla en forma indubitable”²⁸¹, o cuando detalla que “la buena fe es un presupuesto insalvable para determinar el mejor derecho de propiedad”²⁸².

Ahora bien, volviendo sobre el particular, el conflicto entre la prescripción adquisitiva *contra tabulas*, el fundamento primordial para preferir al adquirente originario que a aquel que se funda en los criterios registrales es su buena fe con la que haya concurrido este o, mejor dicho, la mala fe con la que actuó.

Es así que la buena fe si bien requerida al tercero registral tendrá que ser matizada o entendida conforme la situación lo requiera, por lo que en algunos casos – no en todos –, la posesión jugará un rol fundamental para poder mermar la pretendida buena fe con la que haya procedido el tercero registral.

Por citar, en la Casación n.º 2444-2015-Lima, en la cual se resolvió una demanda de nulidad de acto jurídico, la situación mostraba en el mérito o fondo ser un conflicto entre oponibilidad de derechos, donde la Corte buscó el análisis de la buena fe expresando en su considerando décimo lo siguiente: “La posesión del inmueble la ostentan los demandantes, conjuntamente con la demandada (...). Este dato relevante, pues imponía un deber de diligencia a la compradora que no puede omitir preguntar a sus coposeedores la razón de dicha posesión, más aún cuando pretende adquirir todo el bien”²⁸³.

También cuando expresó que “lo mínimo razonable y comprensible de una persona que está interesada en adquirir un inmueble es por lo menos preguntar al poseedor en qué situación

²⁸⁰ Casación N.º 2531-2000-Huaura del 01 de diciembre de 2003.

²⁸¹ Casación N.º 2901-2003-Cono Norte del 30 de marzo de 2005.

²⁸² Casación N.º 100-1996-Lambayeque del 17 de julio de 1998.

²⁸³ Casación N.º 2444-2015-Lima.

se encuentra el inmueble o cuál es el derecho que le asiste (...) por lo tanto la conducta de la compradora (...) no puede ser amparada por el derecho”²⁸⁴.

El Pleno Jurisdiccional Distrital Civil realizado por la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en donde se acordó por mayoría: “Debe prevalecer el derecho de quien en base a la posesión continua, pacífica y pública, ha publicitado su derecho, en tanto la posesión es también una forma de publicidad más objetiva; y porque con ello se brinda protección a quien da al bien el uso, disfrute y goce que corresponde a su naturaleza económica (...); en tanto que el tráfico de bienes basado en el registro corresponde a una ficción que no debería tener mayor relevancia económica ni jurídica que el hecho mismo de la posesión en que se funda la usucapación”²⁸⁵.

Así las cosas, la Corte en distintos pronunciamientos, ha ligado conceptos como “posesión y “buena fe”, estando estos pensados para aquel que adquiriera un bien inmueble – inmatriculado – y pretenda ser acreedor de los beneficios que otorga la publicidad registral, entre otros, la oponibilidad de su derecho.

En efecto, el entender que uno para que tenga buena fe es necesario verificar datos extra registrales como lo es la posesión no es fácil de decir, pero acortando este panorama trataremos esto referido al particular, sobre la prescripción adquisitiva, y si la posesión que se ejerce para tal hecho jurídico, resulta ser de tal relevancia como para enervar la buena fe de otro, que pretende ser preferido en cuanto al goce del bien, en otras palabras. ¿Se puede invocar el tener buena fe cuando se haya omitido en ver la posesión de un usucapiente?

Según Díez-Picazo “la buena fe desde una concepción subjetiva consiste en que la diferenciación entre un sujeto que actúa de buena fe y otro que actúa de mala fe la utiliza el ordenamiento jurídico para eximir o exonerar al primero de la sanción que sería propia respecto del acto por él realizado o bien para favorecer a este acto y otorgarle unos efectos jurídicos que

²⁸⁴ Casación N.º 3187-2013-Cajamarca del 30 de julio de 2015.

²⁸⁵ Pleno Jurisdiccional Distrital Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 04 y 05 de noviembre de 2011.

de otra manera no podría alcanzar”²⁸⁶. Así pues, “la buena fe desde un puro aspecto psicológico o psíquico, consistente en un equivocado conocimiento de la realidad. Es una creencia o, inversamente, una ignorancia”²⁸⁷. Esta clase de buena fe, es la que se trata comúnmente cuando se habla de derechos reales.

“Sin embargo, de ello no se debe deducir que la utilización de la idea de buena fe por una norma signifique la apertura de un portillo por donde se haga posible un “proceso de intenciones”. Pues también las ideas de buena y de mala fe permiten una cierta objetivación, de manera que, en cada caso en concreto, no habrá que analizar tanto la genuina y subjetiva buena o mala fe del sujeto, que es lo que ordenaría siempre el posible ‘proceso de intenciones’”²⁸⁸. Esta es la segunda concepción de buena fe, la objetiva, donde “es de buena fe la persona que actúa con la convicción de que no lesiona derechos o intereses ajenos. De acuerdo con la concepción ética para ostentar buena fe es preciso actuar diligentemente y actuar en general de acuerdo con unos cánones o criterios de conducta que sean socialmente aceptables”²⁸⁹.

De esta forma, poco importa el error o ignorancia del hecho, sino del haber obrado de una manera tal que mediante ciertos actos ordinarios se hubiere conocido el error.

En la primera concepción cualquier tipo de ignorancia o error, cualquiera que fuera la causa y situación que lo motivó, puede servir para fundar una buena fe. En la segunda en cambio no, solo fundará la buena fe en un error o una ignorancia que sea estrictamente no excusable. Habrá entonces que analizar la medida en que el sujeto operó con la diligencia normalmente

²⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis, prólogo a WIEACKER, Franz, *El Principio General de la buena fe*, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Santiago: Ediciones Olejnik, 2019, p. 13. Hacemos la salvedad en cuanto a la traducción al español de esta obra, la cual ya fue advertida por una opinión respetable en nuestro medio, “el traductor español José Luis Carro, apoda al librito como *El principio general de la buena fe*, expresión que no es utilizada por Wieacker en ninguna de sus páginas, pues él habla, coherentemente de la <<cláusula normativa general>> (*Generalklausel*) de la buena fe (*True und Glauben*)”. LEÓN HILARIO, Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, prólogo de Paolo Grossi, Lima: Palestra, 2004, p. 121.

²⁸⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, ob. cit., p. 458.

²⁸⁸ WIEACKER, Franz, *El Principio General de la buena fe*, ob. cit., p. 13.

²⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, ob. cit., p. 458.

exigible en esa situación dada y dilucidar si con esa normal diligencia el error pudo y debió desvanecerse²⁹⁰.

Con esto mencionado podemos contrastar la aplicación de la buena fe que se le exigirá al adquirente cuando su titularidad entre en colisión con la del prescribiente. Ahora bien. ¿Qué tipo de buena fe se le debe exigir al adquirente?

Nosotros somos de la idea que debe ser la buena fe objetiva, con la carga de verificar la posesión del bien, por dos razones fundamentales, la primera en que de acuerdo con el derecho en cuestión, el que se trate, si pensamos en el derecho de propiedad, el mismo que para su ejercicio se requiere en gran manera la toma de posesión sobre el inmueble, sin dejarnos en muchas dudas, efectivamente el adquirente le interesa el estado posesorio que tiene dicho bien, toda vez que, con el poder del mismo podrá ejercer en plenitud su derecho sea dándole uso o derivándole a otro.

Otra segunda razón enlazada a la precedida, es la intensidad que tiene la posesión que se ejerza sobre el bien, porque como anticipamos antes, no todas las posesiones son iguales ante un adquirente. Sobre el particular, la forma como posee un prescribiente es, en suma, reveladora en cuanto a su exteriorización. Recordemos que un prescribiente actúa como propietario, pues en su ejercicio posesorio el denota esa calidad mediante actos concluyentes, continuos como públicos, al punto en llegar que cualquier persona al verle, lo creará propietario.

“La carga ética de diligencia del adquirente no debe tampoco exagerarse. No elimina la buena fe cualquier posesión que el adquirente hubiere debido conocer. La atribución del deber de conocer, dice Lacruz, debe hacerse con criterios restrictivos, entendiendo que sólo una situación posesoria clara, manifiesta, paladina e inequívoca, que además sea, también claramente, a título de duelo, destruye la buena fe”²⁹¹.

²⁹⁰ “La concepción ética trata de ser más exigente. El sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia no es merecedor de la protección – o de la exoneración de la sanción – que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible”. WIEACKER, Franz, *El Principio General de la buena fe*, ob. cit., pp. 13, 14.

²⁹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, ob. cit., p. 459.

En ese sentido, la posesión en principio es una forma de publicidad, pero no únicamente la posesión como tal, sino también cómo es que se ejerce. En efecto, es distinto cómo un arrendatario, habitador o usufructuario ejerce una posesión de cómo la ejerce un prescribiente, toda vez que, su intensidad es claramente distinta.

El usucapiente ejerce una posesión en concepto de dueño (que es una subdivisión de la posesión en nombre propio), la misma que implica un subjetivismo y objetivismo, siendo ambos complementarios. Pero, “para que el poseedor tenga una posesión en concepto de dueño y pueda usucapir, no es suficiente la voluntad o la intención interna de apropiársela en el momento de acceder a la posesión o en un momento ulterior; sino que se exige que ese *animus domini* se manifieste externamente en actos propios de dominio”²⁹².

Estas fases, subjetiva y objetiva, son correlativas, la intención de querer ser propietario y la de comportarse como uno, no pudiendo existir una sin la otra.

Así pues, nuestra jurisprudencia la ha estado entendiendo en ambas esencias, desde el enfoque subjetivo la Corte Suprema declaró que “el *animus domini*, como elemento subjetivo, equivale a la intencionalidad de poseer como propietario. Esta expresión, se emplea para indicar la voluntad de un sujeto de tratar una cosa como suya. Si bien el fundamento de la prescripción es la posesión, también es fundamento la propiedad o la simple tenencia”²⁹³.

Mientras que desde una visión objetiva al expresar que, ciertamente, “el *animus domini* tiene que ser exteriorizado, pues mientras el ánimo se mantenga en la interioridad del poseedor, no es relevante para el Derecho y por ende no es susceptible a ser regulado por éste”²⁹⁴.

En ese sentido, el usucapiente muestra su clara conducta a través de actos posesorios, pensemos en las construcciones sobre el terreno, las modificaciones, el uso de las aceras, entre otras.

²⁹² SANCIÑERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, ob. cit., p. 67.

²⁹³ Fundamento 3 de la Casación N.º 3246-2015-Lima del 25 de enero de 2017.

²⁹⁴ Fundamento 13 de la Casación N.º 1730-2014-Del Santa del 14 de marzo de 2014.

Así pues, fuera de cuestionar si es correcto o no entregarle esta carga de verificar la posesión al adquirente, podemos mencionar sin dejar lugar a la duda que, aparte de la inscripción de un derecho, “existen otras apariencias legitimadoras que para ser de buena fe este tercero no puede desconocer”²⁹⁵, en especial referido a la posesión, no una simple, sino una con la intensidad de propiedad.

Dentro del tráfico inmobiliario, el rol que juega la apariencia jurídica es vital para la buena fe, cual en términos del tráfico inmobiliario la podemos entender entre otras cosas que, “para moderar la buena fe no basta con la publicidad registral. A ésta debe unirse, para confirmar la ignorancia de lo sucedido fuera del Registro, una actitud diligente, cuidadosa, que demuestre que el tercero adquirente hizo todo lo que estaba a su alcance para averiguar la bondad de la situación”²⁹⁶.

Este entendimiento de buena fe es la que la jurisprudencia ha estado adoptando en las citadas casaciones, a nuestro parecer de forma exagerada, toda vez que, la carga de ver posesión solo será exigible en determinadas circunstancias cuando sea meritorio. Esto pues, lo será cuando habiendo una adquisición del tercero registral, hay un derecho que puede hacerle frente en su mayor expresión en la realidad extra registral, como es una posesión apta para usucapir, en dicho escenario, es meritorio entrar a analizar la posesión como carga impuesta al comprador que debe obrar de forma diligente.

3. La oposición de la prescripción adquisitiva ante el acreedor embargante.

Sobre esta premisa, es imposible no mencionar al VII Pleno Casatorio Civil, en el cual se discutió la preferencia entre la propiedad no inscrita frente al embargo anotado preventivamente, situación

²⁹⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Extranjera*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. II, Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 273.

²⁹⁶ KIPER, Claudio Marcelo, “La buena fe en el Sistema Registral Inmobiliario. El principio de la fe pública registral”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Nacional*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 601.

que se analizará, pero con especial énfasis en esto nuevo que pretendemos agregar a la discusión, la adquisición originaria por prescripción adquisitiva.

En estas líneas que siguen propondremos algunas ideas que pueden apoyar a que el derecho de propiedad adquirido por el prescribiente pueda ser preferido al del acreedor, y así poder ser oponible en y mediante un proceso de tercería de propiedad.

Visto ello, el VII Pleno Casatorio inclinó la balanza a favor de la propiedad no inscrita, sirviéndose para ello del siguiente texto normativo del artículo 2022 en su segundo párrafo

“Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”.

Para poder encontrar el sentido adecuado a la citada norma, debemos partir, que la misma está pensada por su ubicación, en dirimir un conflicto de derechos a través del sistema de oponibilidad de derechos, tanto para el primer párrafo como para el segundo párrafo del artículo 2022, con la salvedad que este último pretende dirimir el conflicto con las normas del así llamado “derecho común”, pero al final, dirimirlas en términos de oponibilidad.

“La idea de ‘derecho común’ en la tradición jurídica occidental aun en cualquiera de sus acepciones propias del llamado mundo moderno nos conduce a la idea del Derecho Civil dentro del cual encontramos como principio informador de tales conflictos al principio de oponibilidad”²⁹⁷. Así pues, es pacífico en nuestro medio que el término que usa la norma, “derecho común” se refiere a las reglas del derecho civil²⁹⁸.

Es más, por medio de una interpretación sistemática-terminológica, en nuestro ordenamiento jurídico tenemos distintas normas que de igual forma remiten al “derecho común”, por citar, artículos 2 y 50 del Código de Comercio, artículo 116 del Texto Único Ordenado de la

²⁹⁷ ARATA SOLÍS, Moisés, “Comentario al artículo 2022”. En: *Código Civil comentado*, t. X, ob. cit., p. 467.

²⁹⁸ TORRES MALDONADO, Marco Andrei y CASALLO TRAUCO, Abner Francisco, “La tercería excluyente de dominio versus el embargo. Algunas consideraciones más allá del falso dilema”, art. cit., pp. 62, 63; detallando un aspecto histórico: ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”. En: *Revista Ius et Veritas*, n.º 52, Lima: 2016, pp. 162, 176.

Ley General de Cooperativas, D.S. N° N°074-90—TR y de los artículos 4, 276 inc.1 y 349 inc. 6 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros.

Por ende, “se ha utilizado la frase “derecho común” como sinónimo de principios generales del Derecho Civil, una interpretación sistemática armonizadora nos debe llevar a equiparar estos términos”²⁹⁹, consecuentemente, resulta coherente y razonable que el segundo párrafo del artículo 2022 nos remita a solucionar el conflicto en base a una oponibilidad que deberá ser resuelto por los principios generales del derecho civil.

Así pues, se ha afirmado que “el ‘derecho común’ debe reflejar un esquema coherente de justicia y equidad que recorre transversalmente las otras fórmulas legales que regulan casos similares de conflictos de derechos”³⁰⁰.

Ahora bien, ¿cuál es ese principio del derecho civil que deberá dirimir la oponibilidad de derechos de distinta naturaleza? En principio esta regla deberá ser buscada, bajo una interpretación sistemática respecto a los muchos escenarios que regula el Código Civil sobre el cómo soluciona conflictos de distinta naturaleza, no obstante, no en base al cómo dichas normas han sido redactadas en el Código Civil – como se ha intentado hacer de una forma simplista por los jueces en el VII Pleno Casatorio³⁰¹ –, sino más bien analizando esas normas conforme a los principios y razones que subyacen de las mismas.

De esta forma, “la interpretación sistemática aspira a que las normas del orden jurídico coincidan en los principios, razones o defunciones que subyacen en ellas, se trata de una pretensión de coherencia jurídica (hacer que toda norma sea derivable de principios más

²⁹⁹ VELÁSQUEZ, Raffo, “Interpretación del artículo 2022 del Código Civil en el VII Pleno Casatorio. Notas críticas a la técnica interpretativa”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 39, Lima: 2016, p. 325.

³⁰⁰ VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, t. I, coordinado por Fort Ninamancco Córdova, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 559.

³⁰¹ Esto fue así, pues los jueces en el VII Pleno Casatorio Civil, interpretaron sistemáticamente que el segundo párrafo del artículo 2022 descartaba el criterio registral como criterio de oponibilidad, pues en todos los artículos que se sirvieron para su interpretación sistemática (arts. 1135, 1136, 1584, 1591, 1670, 1708, 2023), contenían de forma clara y explícita al criterio registral como forma de solución de conflicto, por lo que el segundo párrafo del art. 2022 debería tener una solución distinta pues no se redacta en sus líneas que deba haber una solución conforme al registro.

generales) y no de una pretensión de coherencia en la sintaxis de los textos normativos (hacer que todo texto sea coincidente con un solo estilo de redacción)³⁰².

Así pues, nuevamente planteamos ¿cuál es ese razonamiento del derecho civil que deberá dirimir la oponibilidad de derechos de distinta naturaleza? Hemos podido esclarecer que dicho fundamento debe ser acorde a los principios y razones que tengan las demás normas que regulan supuestos sobre alguna concurrencia de derechos de goce, mas no al cómo estas fueron redactadas, pues nuevamente, si tomamos en cuenta la redacción de cada norma para interpretar el segundo párrafo, llegaremos a la errada conclusión que el derecho común resuelve un conflicto de derechos de distinta naturaleza de forma distinta de aquellas otras normas que resuelven el conflicto conforme al criterio registral, pues en todas ellas de forma clara lo precisa, mas no en el segundo párrafo del 2022, por lo que el conflicto debe ser solucionado de forma distinta.

Repárese que este principio del derecho civil deberá estar acorde y fiel al contenido a un sistema de oponibilidad, toda vez que, todo el artículo 2022, ambos párrafos buscan solucionar conflictos de derechos subjetivos sobre la base de la oponibilidad de uno respecto del otro.

Así pues, podemos decir que “existe un principio general en nuestro sistema civil, o mejor aún, el ‘derecho común’ prevé que la oponibilidad de los derechos se haga depender de su conocimiento por terceros. Tal saber puede ser acreditado con la inscripción registral y, en algunos casos, con otros medios idóneos”³⁰³.

En ese sentido, el derecho común al remitirnos al sistema de oponibilidad de derechos basados en los principios generales del derecho civil para resolver un conflicto entre derechos, la coherencia de ese sistema de oponibilidad en cuanto a sus normas (arts. 1135, 1136, 1584, 1591, 1670, 1708, 2023), una interpretación sistemática de todas indican que es insuficiente la

³⁰² VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, ob. cit., p. 552.

³⁰³ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo, “VII Pleno Casatorio: ¿embargo vs. tercería? Enfoque desde la teoría de la oponibilidad”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 28, Lima: 2015, p. 113.

existencia de un derecho para oponerlo³⁰⁴, sino más bien es necesario su publicidad para hacerlo oponible hacia terceros, y de esta forma tengan conocimiento de tal situación jurídica.

Repárese que este conocimiento al que alude el “derecho común” como forma de solución, no excluye el criterio registral, a pesar de que otras opiniones piensan solucionar un conflicto en base al criterio registral que ya habría sido adoptado en el primer párrafo, por lo que, si el legislador hubiese querido que la solución sea la misma, no hubiera regulado el segundo párrafo a no ser que la solución sea distinta.

“La argumentación no deja de tener cierta lógica, empero debe ser dejada de lado, pues, tal razonamiento se apartaría, sin ninguna justificación, de la *ratio legis* y de la orientación seguida por otras normas del mismo cuerpo normativo que resuelven conflictos entre situaciones jurídicas subjetivas que recaen sobre bienes registrados, valiéndose de la inscripción. Además, el artículo 2022 del CC no es el único caso en el que dentro de una específica norma se ha dado una misma solución para dos supuestos distintos, basta ver, por ejemplo, el artículo 911 del CC, en donde dos supuestos distintos: posesión sin título y posesión con título fenecido, tienen una misma solución: serán posesiones precarias. Lo mismo puede decirse del artículo 161 del CC, en donde supuestos distintos: exceso de representación y defecto de representación, tendrán una misma solución: la ineficacia del negocio jurídico”³⁰⁵.

Otro argumento que utilizó la Corte Suprema fue el siguiente:

“El derecho registral es una rama especializada, puesto que gran parte de su normativa no consta en el Código Civil, sino en reglamentos y leyes especiales, motivo por el cual

³⁰⁴ Repárese que por la simple existencia de un derecho que es reconocido por un determinado ordenamiento jurídico, es oponible, indistintamente qué naturaleza tenga dicho derecho subjetivo, toda vez que, la existencia del mismo impone el respeto por parte de todo sujeto de derecho, en ese sentido, puede decirse que esta “oponibilidad” del derecho es común en todos a través de la llamada “obligación pasiva universal”, esto es, la oponibilidad vista desde el lado externo del derecho subjetivo. Sobre esto último, puede leerse un estudio sobre la antigua discusión – ya superada – entre los derechos reales y personales: RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, traducido por J.R. Xirau, Madrid: Reus, 2004.

³⁰⁵ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, ob. cit., p. 219.

debe entenderse al “Derecho común” como no incluyente de las reglas registrales que, por ser especializadas son ajenas al Derecho común”³⁰⁶.

Esto último subyace de la Exposición de Motivos del artículo 2022, el cual sobre su segundo párrafo señala:

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

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

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

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

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

³⁰⁶ Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

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

Este es un caso de enfrentamiento entre el titular de un derecho real y uno de un derecho personal en que, por aplicación del derecho común, resulta victorioso el titular del derecho real³⁰⁷.

En tal sentido observamos que la Exposición de Motivos toma en consideración la tesis sostenida por Ubilluz y de Pardo Márquez³⁰⁸ respecto al carácter *erga omnes* y a la persecutoriedad que ostenta tener el derecho real sobre el personal y, además que, tomando como supuesto de hecho el que se vino analizando en el VII Pleno Casatorio.

Respecto de esto que viene a ser la estructura de un derecho subjetivo determinado, el hecho que un derecho sea estructuralmente distinto a otro no es argumento para que pretenda ser superior a otro derecho subjetivo. Esto último ha sido discutido a nivel de diferenciar los derechos reales y personales, discusión que aclaramos, la doctrina más contemporánea ha tenido a bien en superarla³⁰⁹, inclusive siendo esto último atendido y reconocido en la misma sentencia del VII Pleno Casatorio, pues se señala que:

“No resulta adecuado seguir postulando la diferencia entre tutela *erga omnes* (absoluta) y tutela *inter partes* (relativa), puesto que los mal llamados derechos relativos también

³⁰⁷ Exposición de Motivos del artículo 2022 del Código Civil, citado por ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., p. 173.

³⁰⁸ Para un estudio histórico sobre la segunda parte del artículo 2022, nos remitimos a: ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., p. 161 y ss.

³⁰⁹ A nivel nacional puede leerse entre otros a: BULLARD, Alfredo, *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*, Lima: Ara Editores, 2011, p. 227 y ss.; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, ob. cit., p. 71; PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, ob. cit.; VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo, “VII Pleno Casatorio: ¿embargo vs. tercería? Enfoque desde la teoría de la oponibilidad”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, ob. cit., pp. 102-105; desde la perspectiva del deber jurídico como medio de realización y medio de protección: ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, ob. cit., p. 38 y ss. A nivel extranjero recomendamos: RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, ob. cit.; OCAÑA GÁMIZ, Javier, *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, ob. cit., pp. 1 y ss.

tienen tutela extracontractual o *erga omnes*, por lo que no cabe amparar un argumento que se construya sobre la base de esa diferenciación”³¹⁰.

Así pues, la misma Corte cree conveniente ir a contracorriente con lo señalado en la Exposición de Motivos, rechazando de esta manera la idea que subyace de la misma, esto es que el “derecho común” deba prevalecer un derecho subjetivo por su estructura mas no por la protección registral que hayan podido conseguir, no obstante ello, la Corte acepta el extremo según el cual, el “derecho común” deba ser resuelto por normas que no tienen como referencia alguna al registro, exponiendo así ninguna claridad de ideas, pues rechaza la única razón que toma la Exposición de Motivos por la cual el derecho común debe excluir al derecho registral que es el atender a la estructura del derecho. ¿Cómo entonces llena la Corte el fundamento según el cual, el derecho común prescinde del derecho registral?

Esto último valiéndose a lo expresado por Larroumet, “El derecho común es el conjunto de reglas del derecho civil que tiene una vocación general, cuando estas no están separadas por reglas especiales (...) El campo del derecho civil comprendía originalmente prácticamente todo el derecho privado, pero la especialización en el ejercicio de ciertas actividades o en la propiedad de ciertos bienes ha hecho que nazcan ramas nuevas que se han separado del derecho civil. Sin embargo, eso no significa que las reglas del derecho civil no sean parte del derecho común, sus reglas están llamadas a intervenir en todas las hipótesis en que su aplicación no contradiga reglas especiales de una rama especial lejana al derecho civil o, aún, en ausencia de regla contraria, cuando ellas no contradigan los principios esenciales o el espíritu de una rama especial”³¹¹. Sin embargo, esto último no es así, no respecto a lo manifestado por Larroumet, sino al cómo la Corte Suprema lo entendió.

En efecto, Larroumet hace referencia a una rama del derecho especializado lejana al derecho civil (derecho común), cabría preguntarse ¿el derecho registral es una rama lejana al derecho civil? Si bien es una rama especializada, no creemos que sea lejana al derecho civil, sino

³¹⁰ Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

³¹¹ LARROUMET, citado en los fundamentos de la Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

más bien que viene a ser un complemento de este último, en términos de poder adoptar categorías jurídicas del derecho civil a la incidencia registral como signo de reconocibilidad social.

Se afirmó de forma correcta que el VII Pleno Casatorio se vale de esta cita para concluir que el Derecho Registral no forma parte del Derecho común, lo que en realidad no es acorde con lo dicho ni pretendido por Larroumet. Siguiendo las ideas de este autor, debería concluirse que la diferenciación entre el Derecho común y Derecho especializado solo ocurriría cuando este último se convierte en rama especial lejana al Derecho Civil, de modo que ya no forma parte del Derecho Civil al dirigirse por principios propios³¹².

Ahora bien y prosiguiendo, en precedencia hemos podido mencionar que tanto la oponibilidad de un derecho dependerá del conocimiento que tienen los terceros a través – entre otras maneras – de los signos de reconocibilidad social que tenga como también la buena fe con el que se haya procedido.

Así, coincidimos con que en el Código Civil, y así también en el derecho privado hay una regla implícita, “nadie puede verse afectado por aquello que no estuvo en posibilidad de conocer”³¹³.

De esta forma, “si antes de adquirir un bien, el tercero conoce del litigio entre el ofertante del bien y un acreedor, donde por lo demás se ha solicitado u obtenido un embargo aún no inscrito, y a pesar de eso, ese tercero decide adquirir el bien, no podrá luego oponer su derecho de propiedad al acreedor embargante. Y en contrapartida, si el acreedor conoce que el bien que pretende embargar a su deudor ya fue transferido a un tercero y a pesar de eso gestiona su medida

³¹² “Solo señalaremos que Larroumet no hace referencia o sugerencia sobre el Derecho Registral, solo menciona que incluso las ramas que se alejan del Derecho Civil y se rigen por sus propios principios, siguen tomando en cuenta los principios del Derecho Común que se aplican siempre que no contradigan los principios que gobiernan el sector especializado”. VELÁSQUEZ, Raffo, “Interpretación del artículo 2022 del Código Civil en el VII Pleno Casatorio. Notas críticas a la técnica interpretativa”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, ob. cit., p. 327

³¹³ PASCO ARAUCO, Alan, *Fe pública registral. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, ob. cit., p. 355.

cautelar o de ejecución, no podrá luego oponer su crédito garantizado contra la propiedad no inscrita del tercero que se ha convertido en el nuevo propietario”³¹⁴.

De esta forma, para poder dirimir de forma completa que derecho es oponible a otro, debe analizarse el conocimiento que se tuvo o se podría a ver obtenido respecto al otro derecho. Lamentablemente el análisis que realizó el VII Pleno Casatorio olvida dar tratamiento y presencia a la buena fe con la que se proceda, mirando para el lado del acreedor como para el propietario.

Esto es así, pues y como se afirmó en precedencia, “no basta el dato objetivo de la inscripción para dilucidar a quién se prefiere (o sea quién consideramos como titular de un determinado derecho sobre el mismo bien), sino que se requiere de la buena fe del adquirente, una buena fe (subjetiva) que, tratándose de bienes inscritos, se presume si es que él obró en base a la fe que le daba el registro. Pero, nótese, que esa buena fe se presume hasta en tanto y en cuanto no se demuestre que aquel que inscribió “sabía de la inexactitud del registro” (último párrafo del artículo 2014 del Código Civil)”³¹⁵.

“Lo justo y equitativo es que el tercero propietario o el acreedor, no se beneficien con medidas que desde antes conocen que perjudicarán a otros. La interpretación más integral del ordenamiento indica que: Nadie puede beneficiarse de sus acciones que, conoce, van a perjudicar a otros. Más aún si nuestro sistema jurídico no protege a quien desde antes de adquirir o de embargar sabía que el bien estaba sometido a la esfera jurídica de un tercero”³¹⁶. En esto último se basa el sistema de oponibilidad del “derecho común”, pues dependerá del conocimiento del tercero si merece o no oponer su derecho, toda vez que, de forma coherente, todas las razones que subyacen de las normas del derecho común al dirimir un conflicto de derechos de distinta

³¹⁴ VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, ob. cit., p. 559.

³¹⁵ ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., pp. 190, 191.

³¹⁶ VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, ob. cit., p. 559.

naturaleza, tienen como solución el conocimiento que pueda lograr para su posible oponibilidad, conocimiento que se puede lograr gracias al registro³¹⁷.

Y esto pues, nos remitimos a lo antes mencionado respecto a la oposición de la usucapión al adquirente registral que se ampara en el artículo 2022 sobre el principio de oponibilidad entre derechos reales. En ambas partes de la norma, primer párrafo referido al conflicto entre derechos reales, y el segundo sobre derechos subjetivos de distinta naturaleza, el criterio de oponibilidad debe atender también a la buena fe con la que se proceda, puesto que, de demostrarse la mala fe del acreedor y así pues su conocimiento, la propiedad del tercerista deberá ser preferida, de igual manera, si el acreedor procedió de buena fe, se deberá llevar con normalidad el embargo, declarando infundada la tercería.

En ese sentido, “la acreditación de la mala fe del acreedor embargante determina el resultado del conflicto entre un derecho de crédito inscrito en forma de embargo y un derecho de propiedad no inscrito, toda vez que, quien ha afectado un bien conociendo o encontrándose en posibilidad razonable de conocer que el mismo ya no pertenecía a su deudor, no puede pretender encontrar tutela en la apariencia, o específicamente en el Registro”³¹⁸.

Es así que, “frente al conflicto entre dos afirmados titulares de determinados derechos sobre el bien, el mismo se resolverá, si no se destruye la presunción de buena fe (o sea la mala fe, que en el caso significa el saber de la inexactitud del registro), a favor de quien inscribió primero; viceversa, si se destruye la presunción, si se llega a probar que el que inscribió primero su derecho conocía de la inexactitud del registro, el conflicto no puede resolverse en base al mero dato de la

³¹⁷ Por citar, podemos mencionar al artículo 1129 del Código Civil, donde entra en conflicto una deuda (derecho de crédito) y un derecho de retención (derecho real), sobre esto último nos remitimos a: PASCO ARAUCO, Alan, “Incoherencias, vacíos y dudas en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 31, Lima: 2016.

³¹⁸ RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, ob. cit., p. 241. También conforme con esto último: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., pp. 790, 791; PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, ob. cit., p. 14; TORRES MALDONADO, Marco Andrei y CASALLO TRAUCO, Abner Francisco, “La tercería excluyente de dominio versus el embargo. Algunas consideraciones más allá del falso dilema”. En: *Actualidad Jurídica*; n.º 264, Lima: 2017, p. 67; VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, ob. cit., p. 559.

prioridad de la inscripción, sino en base a las pertinentes normas sustanciales, pues la protección del registro habrá desaparecido”³¹⁹.

Ronquillo cita la Casación n.º 3321, en la cual se pudo demostrar la mala fe del acreedor embargante, pues “en una sesión de Junta de Propietarios de fecha 11 de marzo de 1998, el ahora acreedor embargante, actuando en representación del codemandado (titular registral y deudor) señaló que su representante es titular de los departamentos 201, 801 y 802 y de los estacionamientos 10, 08 y 09, sin hacer mención del departamento 301 ni del estacionamiento 06 (bienes de propiedad del tercerista); asimismo en el acta de la referida Junta – documento que fuera firmado por todos los intervinientes en esta, entre ellos el acreedor embargante y el tercerista – se consignó como propietario del Departamento 301 al tercerista”³²⁰.

En esa misma línea consideramos que la razón por la cual el prescribiente debiera ganar es en tanto pruebe su derecho de propiedad alegado con base a su adquisición originaria, pero además pueda su derecho serle oponible a la anotación preventiva del embargo que goza de prioridad registral, de esta forma, alegando y acreditando la mala fe del acreedor, esto es que al haber una anotación preventiva por mediante de una disposición judicial, pudo conocer que el bien inmueble o encontrándose en posibilidad razonable de conocer que el mismo ya no era propiedad de su deudor, sino que era ya propiedad del tercerista prescribiente.

Así pues, “tratándose del embargo, si en el proceso de tercería se llegara a demostrar que el acreedor embargante tenía conocimiento de la inexactitud del registro, en cuanto sabía que el bien había sido previamente enajenado a favor de tercero, el derecho del tercerista prevalecerá, puesto que la presunción de haber obrado de buena fe es destruida y como tal desaparece la protección”³²¹.

³¹⁹ ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., p. 191.

³²⁰ Casación N.º 3321-2011-Lima del 30 de mayo de 2013.

³²¹ ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., p. 191.

En ese sentido, si bien el remedio de la tercería de propiedad busca ser un control contra embargo mal ejecutados, pues su razón reside en “el derecho del tercerista a deshacer el error en la atribución de la titularidad del bien embargado”³²², creemos que únicamente no puede ser vista de esa forma, sino más bien como un remedio que – como muchos otros – deba analizarse la oponibilidad, pues estamos ante un conflicto de derechos de goce respecto a un inmueble.

En realidad, considerar que la propiedad no inscrita deba prevalecer sobre el crédito publicitado sin razón alguna o sin razones atendibles, es motivo de cuestionamiento, toda vez que, uno al acceder a un signo de reconocibilidad social como es el Registro, goza de publicidad registral y, así pues, de oponibilidad y prioridad registral al anotar el embargo. Repárese además que ambos derechos, propiedad y crédito deben ser medidos con la misma vara, a pesar de ser un derecho real adquirido por medio de la prescripción adquisitiva.

4. La oposición de la prescripción adquisitiva ante el acreedor hipotecario.

Pasando ahora respecto a la oposición del propietario ante el acreedor que constituye una hipoteca, consideramos que su prescripción adquisitiva debe ser opuesta y de ser necesario, primar sobre la hipoteca bajo un criterio de oponibilidad de derechos.

Como pudimos detallar antes, el Código Civil regula determinados supuesto donde se contraponen distintos derechos subjetivos, por ejemplo, en nuestro artículo 1135 respecto a la mal llamada concurrencia de acreedores sobre bienes inmuebles, detalla la expresa exigencia de proteger a aquel que actúa de buena fe, de igual forma en nuestro artículo 2014 sobre fe pública registral, el artículo 948 referido a la adquisición “*a non domino*” de bien mueble, artículo 665 sobre la disposición por parte del heredero aparente a favor de un adquirente de buena fe, así como el artículo 1670 sobre la concurrencia en tanto a la preferencia del derecho de arrendamiento, el artículo 2022 que regula la oponibilidad entre derechos reales respecto a un mismo inmueble.

³²² NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, ob. cit., p. 140.

El acreedor hipotecario de la misma manera, tiene un interés sobre un inmueble determinado, siendo así, igual que los casos mencionados en precedencia, decide confiar en lo publicitado por el registro en cuanto al estado del bien y, sobre todo, en su titularidad.

Por otro lado, se ha mencionado en precedencia que la posesión juega un rol importante en el tráfico inmobiliario, pues los argumentos que vino asumiendo la Corte Suprema respecto a este deber de diligencia en mirar la posesión del bien, es un argumento útil para aquel que busca adquirir un derecho que respecto a su contenido, tenga necesidad de ser ejercido con provecho a través del uso de la posesión, siendo de esta forma por ejemplo, al comprador le interesa verificar la posesión del inmueble puesto que el derecho que adquiere a través de la compraventa, que es la propiedad, involucra necesariamente el ejercicio de la posesión, quiere decir, al comprador le interesa el estado posesorio del inmueble, por ello tiene sentido que en el mercado, sea bastante común en los potenciales adquirentes verificar el bien a adquirir de forma presencial, por el interés en poseerlo, entre otras cosas.

Sobre aquel acreedor que decide con su deudor, gravar un bien con una hipoteca, consideramos que no se tiene ese mismo interés sobre la posesión, toda vez que, el derecho real de hipoteca no contiene facultades respecto al ejercicio de la posesión.

Si bien la posesión es una forma de publicitar derechos, solo será dicha publicidad útil, en tanto aquel derecho que sea materia de interés sobre el bien, se vaya a ver afectado por la publicidad posesoria, pues es distinto el interés en la posesión para un comprador o un usufructuario que para un acreedor que pretenda constituir una hipoteca en el inmueble.

En esa línea de ideas, aquello que publicita la posesión no le debería de afectar al acreedor, a pesar de que el poseedor sea usucapiente, pues el derecho real de hipoteca no contiene ningún tipo de interés respecto a la posesión. Así pues, no resulta razonable exigirle al acreedor que verifique la posesión del inmueble como se le exige al comprador, pues no es un riesgo típico para un acreedor ver el estado posesorio de un inmueble para poder hipotecarlo, toda vez que, dicho derecho no contiene facultades posesorias para ser ejecutado.

Aquel argumento que adopta la Corte de Casación sobre una diligencia mínima para el comprador, respecto al revisar la posesión del inmueble, es un argumento que para nosotros, debe ser contextualizado en el caso, aquella carga que se le impone tiene sentido al adquirir un derecho que tiene facultades posesorias, es en virtud a ello que al comprador se le exige ello, por el interés en su adquisición.

Argumentar que el prescribiente gracias a su derecho adquirido de forma originaria, genere la cancelación de una hipoteca constituida de forma posterior a la dicha adquisición, alegando que el acreedor no verificó la posesión y por ello tener mala fe, implica en el fondo, sancionar al acreedor por una situación que no estuvo dentro de su esfera de acción controlar.

Recordando líneas arriba, el artículo 2022 describe la oponibilidad entre derechos reales, recordemos que la oponibilidad no se limita al acto jurídico de inscripción ni a publicitar un derecho de mejor manera antes que otro, sino también en la buena fe con la que se haya inscrito y confiado en la publicidad registral.

En ese sentido, enervar la buena fe del acreedor hipotecario al obviar informarse respecto a la situación fáctica o posesoria del bien o, mejor dicho, alegar que el acreedor hipotecario inscribió de mala fe su hipoteca al no verificar la posesión del inmueble como fuente de información para constituir su derecho, pues de haber verificado la posesión habría podido percatarse que había un poseedor que ya habría consumado la prescripción adquisitiva. Esta premisa solo debe servir para aquellos derechos que necesitan para su ejercicio y provecho, la posesión, en principio para el comprador, sin embargo, al acreedor hipotecario no le es útil en lo más mínimo la posesión del inmueble para hacerse de la utilidad que le provee tal derecho de garantía.

Imponerle tal carga al acreedor hipotecario, para que el prescribiente alegue la mala fe del acreedor al no verificar la posesión es un exceso, pues como se detalló, no es un riesgo típico para el acreedor verificar la posesión del bien para constituir una hipoteca, pues ésta prescinde de contener para su satisfacción garantista, algún interés en la posesión.

En ese sentido, el prescribiente no podrá serle de utilidad su publicidad posesoria para enervar la buena fe con la que haya procedido el acreedor a inscribir su hipoteca, otra historia es respecto al deudor, pues éste al saber que el bien ya no le pertenece está ejerciendo un acto dispositivo (hipotecar) sobre un inmueble que ya no es suyo pero que aprovechando la información registral, se hace pasar por dueño, tal cual como un mismo vendedor que vende más de dos veces un mismo bien, la llamada doble venta, aquí en efecto, el ordenamiento jurídico pone a disposición la tutela resarcitoria a través de la responsabilidad civil, por lo que el propietario no queda desamparado.

Ahora bien, si el prescribiente en un proceso de tercería de propiedad busca desafectar su inmueble de una hipoteca, debe demostrar y probar no solo que su adquisición fue anterior a la inscripción de la hipoteca sino también, probar la mala fe con la que haya procedido a inscribir dicha garantía, esto es, probando que, el acreedor tenía conocimiento que el bien ya no era de su deudor sino de un propietario que adquirió de forma originaria, si bien la posesión no le sea útil para enervar la buena fe del acreedor, consideramos hay otros argumentos que están en cabeza del prescribiente demostrar.

Así pues, en nuestro medio se afirmó que “en la demanda (de tercería de propiedad) se puede alegar la mala fe del ejecutante al constituir la hipoteca, por lo que la mera inscripción registral no puede ser suficiente para rechazar de plano una demanda; por el contrario, la alegación de la propiedad obliga al juez a valorar las pruebas, escuchar a las partes, pronunciarse sobre el fondo y señalar por qué vence el tercerista o el ejecutante”³²³.

En esta línea, “para que la tercería resulte eficaz (no a nivel de admisibilidad de la demanda, sino a nivel de resolución del conflicto), no es suficiente para el demandante probar su derecho de propiedad, sino que deberá probar que ese derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutante, y ello deberá hacerlo ya sea alegando que su derecho de propiedad (que ya está constituido) ha sido protegido con la Inscripción registral prioritariamente inscrita, o que

³²³ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 790.

el derecho del ejecutante, si bien ha sido inscrito con anterioridad, ha sido constituido de mala fe; de esta manera, el objeto de prueba para el tercerista es demostrar que su derecho de propiedad es oponible al derecho del ejecutado, y a su vez, el ejecutante podrá alegar que su derecho de embargo es oponible a la propiedad del tercerista, ya sea porque tiene prioridad registral, ya sea porque existe connivencia entre tercerista y demandado, por lo que la inscripción y la buena o más son siempre criterios de oponibilidad que deben verificarse para resolver el conflicto y no para admitir la demanda”³²⁴.

El tercerista prescribiente al poder probar haber adquirido por usucapión de forma anterior a la inscripción de la hipoteca, deberá también argumentar la mala fe con la que procedió el acreedor, pues solo de esta forma no tendrá un derecho real oponible al del prescribiente.

En últimos pronunciamientos de la Corte de Casación, en varias otras ocasiones determinados sujetos tuvieron que demostrar la mala fe de aquel que adquiere un derecho confiando en lo que publicita el registro, por citar, ante la acción pauliana con la finalidad de hacer inoponible un negocio jurídico de disposición, la Corte declaró que “los actos de transferencia a conviviente y familiares fueron realizados con el ánimo de disminuir en forma fraudulenta el patrimonio de la demandada, con la finalidad de eludir el cobro de una deuda, pues el adquirente es conviviente de la demandada (...) con quien ha procreado incluso un hijo, (...) por tanto estaban en aptitud razonable de conocer el crédito existente a favor de la empresa”³²⁵, en este escenario, la Corte de Casación linda la mala fe con la relación familiar entre los involucrados.

Así también, la mala fe puede verificarse respecto a lo declarado en el contrato, por citar, se declaró que, “la conducta de los demandados se advierte que han actuado de mala fe al celebrar primero un contrato oneroso y posteriormente uno gratuito, a sabiendas del perjuicio que se causa al demandante, pues, es inverosímil que los vendedores den en venta el inmueble por un precio

³²⁴ *Ibidem*, p. 791, 792.

³²⁵ Fundamento 9 de la Casación N.º 1208-2013-Loreto del 03 de abril de 2014.

menos al de adquisición y que posteriormente la compradora lo done a favor de uno de sus vendedores”³²⁶.

Por otro lado, otro argumento y que creemos que es lo que debería hacer el prescribiente, es anotar su demanda en el registro para así publicitar y advertir la mutación que habrá en la partida registral, como señala la Corte Suprema respecto a una acción pauliana donde, “la adquirente del bien inmueble, hoy codemandada (...) estuvo en aptitud de conocer la futura deuda alimenticia que se devengaría a cargo de su contratante y hoy codemandado (..), ello por cuanto a la celebración del contrato de compraventa (...) ya figuraba inscrita la medida cautelar de embargo en forma de inscripción”³²⁷.

Con esto intentamos decir que la mala fe puede ser demostrada por el usucapiente sin dejar de mencionar que su posesión no podrá servirle para ello, así pues, dependerá del caso en particular para que éste pueda probarla, caso contrario, su derecho real adquirido no será oponible a este derecho real de garantía y la tercería de propiedad no será estimada.

³²⁶ Fundamento 3 de la Casación N.º 1763-2009-La Libertad del 12 de noviembre de 2009.

³²⁷ Fundamento 5 de la Casación N.º 644-2010-La Libertad del 16 de marzo de 2011.

CAPÍTULO VII

LA POSIBILIDAD DE VALORAR LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA COMO ACCIÓN EN UN PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD.

1. La cognición que importa tener un proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico.

Si lo que pretendemos es la dable discusión de la adquisición de la propiedad por medio de la prescripción adquisitiva – que dicho sea de paso es una cuestión probatoria bastante fuerte – en el proceso de tercería de propiedad, debemos prever también la posibilidad de que la vía procesal – que en este caso es el proceso abreviado – pueda permitirse la discusión de aquello que pretende plantarse al proceso como objeto de discusión. En ese sentido, nuestro legislador optó por designar al remedio de la tercería de propiedad al proceso abreviado para ser entablado en éste.

Debemos previamente entender que la razón por la que motiva al legislador en designar un remedio específico a una determinada vía procesal, para su discusión en ésta, es la cognición adecuada que requiera la discusión para poder ser resuelta con éxito.

La cognición alude a la profundidad y amplitud que tiene el juez para poder conocer distintas cuestiones en un proceso. Así pues, cuando el legislador estructura las distintas vías procesales, asigna a cada vía un nivel determinado de cognición para el correcto conocimiento de la discusión entablada. Hasta aquí podemos escribir sobre el particular que dependiendo del nivel o grado de cognición que tenga el proceso abreviado en lo que respecta al proceso de

tercería de propiedad, se podrá verificar si es posible discutir la prescripción adquisitiva en esta vía, la abreviada.

Así entonces, los niveles de cognición podrán ser, el plenario, siendo estos procesos largos que permiten una amplia defensa para las partes del proceso, pudiendo de esta forma el juez tener un conocimiento más profundo de lo discutido y entablado en el proceso. Ahora bien, dentro de la categoría del proceso plenario, la doctrina diferenció entre los procesos plenario ordinario y el plenario rápido, teniendo ambos como característico de un proceso plenario, un conocimiento total de la controversia, con la particularidad que un plenario rápido, “se ha simplificado las formas, reduciendo los plazos pero sin que exista una restricción de la cognición”³²⁸, toda vez que, sigue siendo un proceso plenario.

A contraposición del proceso de cognición sumaria, el mismo que hay restricciones sobre aquello que conocerá el juez, reduciendo cuestiones como el ofrecimiento de pruebas o tipos de discusiones que puedan entablar las partes. Pues como se ha afirmado que “la cognición viene definida sumaria, no porque sea parcial, sino porque es superficial, en cuanto la actividad cognoscitiva del juez”³²⁹, “siendo diversa la estructura del procedimiento cognitivo (más en particular: siendo diversa la recíproca posición procesal de las partes, improntada en el principio de igualdad; y siendo distintos los poderes del juez, especialmente en lo referido a la apreciación de las pruebas)”³³⁰.

“Juicio sumario es lo contrario del plenario y supone un juicio con limitaciones; se limitan las alegaciones de las partes, el tema de la prueba y a veces los medios de prueba, y la cognición judicial, por lo que al centrarse el juicio en un aspecto del conflicto existente entre las

³²⁸ CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino, “Entre los procesos penarios y de cognición sumaria. A propósito del IX Pleno Casatorio en materia Civil”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 221, Lima: 2017, p. 49.

³²⁹ PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 584

³³⁰ Refiriéndose al proceso cognitivo pleno: ANDOLINA, Italo, “Cognición” y “ejecución forzada” en *el Sistema de la Tutela Jurisdiccional*, traducción de Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2008, p. 71.

partes la sentencia que se dicte no producirá cosa juzgada (material), pudiendo las partes acudir a un juicio plenario posterior, en el que podrá plantearse con toda amplitud el conflicto”³³¹.

Ahora bien, sobre el particular, un proceso de tercería de propiedad se tramita en la vía del proceso así llamado “abreviado”, en principio el proceso es de naturaleza plenaria, por las siguientes razones.

El proceso de tercería de propiedad limita su discusión a dos hechos jurídicos, probar que la propiedad haya sido adquirida con anterioridad a la anotación del embargo o la inscripción de la hipoteca, así como su oponibilidad sobre el crédito, en ese sentido, el proceso tiene una cognición parcial, toda vez que, la discusión se enfrasca por disposición normativa en determinar la ocurrencia de dichos supuestos, esto implica una limitación sobre las materias que pueden conocer el juez.

Por lo mismo, la tercería excluyente de propiedad tiene una cognición plenaria en cuanto a la presentación y análisis de pruebas en lo que respecta a las hipótesis en discusión de este proceso, toda vez que, para verificar dichas hipótesis el juez se servirá de cualquier medio que proporcionen las partes para acreditarlos al no existir limitación alguna establecida por norma, quiere decir, es un proceso plenario porque no hay limitación de lo que puede constituir objeto de discusión, caso contrario, estaríamos tratando de un proceso con una cognición sumaria establecida por la norma.

La pregunta sería. ¿Se limita el ofrecimiento de medios probatorios en el proceso de tercería de propiedad? La respuesta es negativa, “no hay limitación de alegaciones, ni de medios de prueba (ofrecibles, admisibles y actuables), ni de la que derivaría de la estructura del procedimiento”³³². Esto último en razón del mismo artículo 535 del Código Procesal Civil, donde deja en claro que la demanda será admitida si el demandante adjunta el documento de

³³¹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, t. II, 9.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 456.

³³² ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 535º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. IV, ob. cit., p. 313.

fecha cierta o, en su defecto, si no otorga una garantía que responda por la eventual ocurrencia de un daño al acreedor.

“Se exige para admitir la demanda de tercería, pero si no se tiene (se tiene, por ejemplo, un mero documento privado sin “fecha cierta”), la demanda puede ser igualmente admitida prestándose “garantía suficiente a criterio del juez para responder por los daños y perjuicios que la tercería pudiera irrogar” (artículo 535 del Código Procesal Civil). Por tanto, en este último caso, es perfectamente posible tratar de probar la adquisición del derecho de propiedad (y el momento de la adquisición), con medios de prueba distintos de los documentales. Hay que recordar que en nuestro ordenamiento las tercerías son procesos plenarios, no sumarios (como se suele decir), pues la cognición del juez no se encuentra limitada ni por hechos que puede conocer ni por las pruebas que se pueden practicar”³³³.

La razón de dar dicha alternativa al tercerista es poder demostrar como pueda, de la forma que mejor le parezca, su propiedad anterior a la anotación preventiva del embargo o inscripción de hipoteca, así como la oponibilidad de la misma. “Sin embargo, una cosa es sostener la necesidad del instrumento de fecha cierta con el fin de plantear la tercería, lo que es absolutamente razonable, y otra muy distinta consiste en restringir los medios probatorios a la prueba tasada de los instrumentos que se otorgan por mérito de la fe pública”³³⁴, pues como veremos, la jurisprudencia ha tenido para bien, en dar valoración a otros medios de prueba que no sea el documento de fecha cierta, toda vez que, al tener el proceso una naturaleza plenaria, no se limita la defensa y, así, la proposición de medios probatorios para acreditar la pretensión.

En suma, el proceso de tercería de propiedad es uno donde la cognición está imitada en el sentido de la discusión planteada en el proceso, esto es, la adquisición de la propiedad anterior a la anotación preventiva del embargo o la inscripción de la propiedad anterior a la inscripción de la hipoteca como a la oponibilidad de la misma, sin embargo, las formas de probar estas

³³³ ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”, art. cit., pp. 182, 183

³³⁴ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, ob. cit., p. 142.

hipótesis no presentan limitación de defensa alguna para las partes, sentido propio de un proceso con cognición plenaria.

“Debe tenerse en cuenta que es perfectamente posible analizar la mala o buena fe en el proceso de tercería de propiedad, que es un proceso abreviado. Así es, como ha sido advertido, en los proceso abreviados se puede analizar la buena o mala fe, tal como sucede en los procesos de prescripción adquisitiva, motivo por el cual es perfectamente viable que se pueda analizar en un proceso de tercería de propiedad la mala fe de los demandados, en este caso del titular de la garantía hipotecaria”³³⁵.

Este detalle es muy importante, pues existe una creencia difundida de que las tercerías (en general) constituyen “incidentes” de la ejecución y que, como tales, se sustanciarían con cognición sumaria. Ello no es así: para que haya sumariedad de la cognición, se requiere que la propia ley limite las alegaciones de las partes, el objeto del debate y/o los medios de prueba de los que puedan servirse, o también que el procedimiento sea tan “comprimido” que no permita actuar medios de prueba que potencialmente podrían aportar las partes³³⁶.

En ese sentido, es sumamente coherente, acorde a la naturaleza del proceso de tercería de propiedad, la discusión de la prescripción adquisitiva de dominio, toda vez que, el mismo proceso en cuanto a su estructura y naturaleza, permite una amplia defensa, pudiendo el tercerista probar con un arsenal de medios probatorios, su adquisición por prescripción adquisitiva, así como su oponibilidad.

Coincidimos con quienes afirman respecto en materia probatoria que, los “sujetos que intervienen en un proceso o procedimiento con relación a una discusión en particular (como es el caso del tercerista) , pues su actividad probatoria sólo podrá circunscribirse a la discusión

³³⁵ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, citado por: MARTÍNEZ MARAVÍ, Carmen Yleana, “La tercería de propiedad contra créditos garantizados con hipotecas y embargos”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, ob. cit., p. 384.

³³⁶ ARIANO DEHO, Eugenia, “La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido?”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, ob. cit., pp. 20, 21.

procesal que genere; pero, dentro de él, y con relación a él, podrán ofrecer los medios probatorios que consideren necesarios y, en general, participar en forma amplia en la actividad probatoria”³³⁷.

2. La flexibilización del requisito de documento de fecha cierta en la jurisprudencia peruana.

Un tema que se permite en los procesos plenarios – como es uno de tercería de propiedad – es una defensa amplia e irrestricta para las partes, sin limitación normativa alguna como factor de sumarización.

Siendo así, esto influye bastante sobre el requisito de admisibilidad como es el documento de fecha cierta, toda vez que, si bien la norma dicta en presentarlo, nada impide presentar otros medios probatorios para probar la pretensión.

Pues como se ha afirmado, sobre el artículo 535, “este artículo establece los requisitos para que la demanda sea admitida y no para que el juez resuelva sobre el fondo, situación que realizará luego de llevar a cabo las audiencias y la adecuada valoración de la prueba. Así, el documento público y privado de fecha cierta no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate y mucho menos se convierten en criterios de preferencia pues la norma en cuestión se limita a señalar los requisitos que debe observar toda demanda de tercería para ser admitida a trámite, mas no establece la prevalencia de derecho de propiedad alguno”³³⁸.

Coincidimos con esta opinión, toda vez que, si bien el documento de fecha cierta genera certeza en cuanto al momento de la adquisición, no impide esto al juzgador quedarse allí y no meterse al fondo del asunto con aquello que proporcionen las partes.

³³⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2.^a ed., Lima: Ara Editores, 2015, p. 126.

³³⁸ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 812.

Así pues, la Corte Suprema le dio valor probatorio a la copia de un contrato que no tenía firma legalizada por notario, sino más bien una certificación por el mismo en el anverso del contrato³³⁹.

Por tanto, “esta ejecutoria permite acreditar la data del contrato mediante cualquier documento que produzca convicción al juzgador, con lo cual rechaza el formalismo probatorio o de la prueba tasada, por lo que los hechos podrán acreditarse no solo con los documentos que legalmente tienen la consideración de público o de privado con fecha cierta, sino también aquellos otros que por sus especiales características permitan deducir razonablemente que no es posible falsear la fecha, siempre que se encuentre debidamente corroborado por los documentos anteriores y posteriores”³⁴⁰.

Citando también otro pronunciamiento de la Corte Suprema, donde declaró la admisibilidad de una demanda de tercería de propiedad a pesar de que la adquisición derivada del derecho se sostenía en un documento privado, esto es, sin fecha cierta, toda vez que, considerando el contexto en el cual surgió, admitía una mejor interpretación por parte del juzgador, la fecha del título³⁴¹.

Ambos pronunciamientos de la Corte resultan ser oportunos, en tanto a la razón de las circunstancias, es posible admitir a trámite una demanda de tercería de propiedad sustentada en un contrato que carezca de fecha cierta, pues por otros medios que generen convicción al juzgador, podrá generarle certeza sobre la fecha del nacimiento del derecho.

³³⁹ Que, bajo este contexto, de la revisión de la minuta obrante a fojas dieciséis, se advierte que si bien el documento en cuestión no contiene firma legalizada y no fue presentado para que el notario “certifique la fecha” como indica el inciso 3 del artículo 245 de la norma adjetiva, dicha circunstancia se equipara con la certificación que el notario Percy González Vigil hace en el anverso de la minuta que obra a fojas treinta vuelta, donde certifica: “que la presente fotocopia ha sido tomada de la minuta de compraventa que celebran de una parte como vendedora Cooperación Gremoc Sociedad Anónima y de la otra parte como comprador el señor Manuel Emilio Mesarine (...). De lo que se colige que nos encontramos ante “otro caso análogo” regulado en el inciso 5 del mismo artículo, pues el notario acredita la fecha en la que la minuta obra en original en su protocolo de minutas; por tanto, si bien la intervención notarial no fue expresamente para la certificación de la fecha, su participación en los hechos ha originado dicha certificación de fecha. Fundamento 6 de la Casación N.º 3434-2012-Lima del 21 de agosto de 2013.

³⁴⁰ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, ob. cit., pp. 143, 144.

³⁴¹ Fundamento 2 de la Casación N.º 567-2001-Lima del 27 de marzo de 2002.

Esto también, dicho sea de paso, es coherente con la cognición plenaria que pueda tener un proceso, pues al no haber restricción de medios probatorios, podrá acreditar una premisa con las pruebas que considere necesarias y oportunas.

Debemos recordar que, respecto a la prueba, su ofrecimiento si bien es limitado, sus restricciones deben ser razonables, sobre el particular, la única limitación a probar el derecho de propiedad es respecto a la discusión, la adquisición de la propiedad anterior a la anotación preventiva del embargo o la inscripción de la propiedad anterior a la inscripción de la hipoteca.

Siendo ello así, los fines que pretenden alcanzar el proceso de tercería de propiedad, corresponde en ser un límite al ejercicio de ofrecer medios probatorios³⁴².

En ese sentido, el proceso de tercería de dominio, al tener una cognición plena donde “resulten controvertidos no solo los hechos constitutivos del derecho deducido en juicio, sino también los hechos modificativos, extintivos, impeditivos, en base al principio subjetivo de la carga de la prueba”³⁴³. Corresponde la doble posibilidad de probar y así, causar convicción al juzgador sobre lo discutido.

Sobre el particular, la prescripción adquisitiva deberá ser atendida, como valorada en sus circunstancias, al igual como se hizo con la citada jurisprudencia, puesto que, atendiendo a su naturaleza probatoria, no presentando un documento de fecha cierta, pues como se argumentó en precedencia, el mismo no tiene cabida al tratarse de una adquisición originaria por usucapión.

Así pues, como en ciertos casos, hay otros que merecen de una interpretación del artículo 535 de Código Procesal Civil, una que atienda a las necesidades del tercerista que haya adquirido por prescripción adquisitiva, probando pues con la interposición de la demanda de forma

³⁴² “Los límites a su ejercicio, se encuentran determinados por su propia naturaleza (el ser un derecho procesal que integra el contenido de un derecho fundamental), por la función que cumplen en todo proceso o procedimiento (atribuir y garantizar a sus titulares el poder de producir la prueba), por los fines que persiguen (la convicción del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos objeto de prueba y el aseguramiento u obtención de la verdad jurídica objetiva), así como por las relaciones de coordinación y complementariedad que guardan con los principios generales del Derecho, especialmente con los de naturaleza procesal”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, ob. cit., p. 119.

³⁴³ PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 587.

contundente, su adquisición en tal grado que le causa la convicción al juzgador que efectivamente hubo adquisición del derecho anterior a la traba del embargo.

Y, dicho sea de paso, la convicción que le vaya a generar al juez no deberá ser únicamente al iniciar el proceso, sino en todo el transcurso del mismo, para así poder tener un mejor conocimiento de lo discutido, en tanto se trata de una prescripción adquisitiva.

Es por ello que no compartimos en nada la esencia del requisito de admisibilidad para una tercería de propiedad, porque da la impresión que, con la única prueba de un documento de fecha cierta, que sea anterior al embargo, se podrá decidir la suerte del proceso desde ese momento, con la interposición de la demanda, por lo que no cabría mayor discusión, esto sin duda es un error. Pues como bien se ha dicho, “este artículo establece los requisitos para que la demanda sea admitida y no para que el juez resuelva sobre el fondo, situación que realizará luego de llevar a cabo las audiencias y la adecuada valoración de la prueba. Así, el documento público y privado de fecha cierta no permite al juzgador prejuzgar lo que debe ser materia de debate y mucho menos se convierten en criterios de preferencia pues la norma en cuestión se limita a señalar los requisitos que debe observar toda demanda de tercería para ser admitida a trámite, mas no establece la prevalencia de derecho de propiedad alguno”³⁴⁴.

En virtud a ello, y a la cognición que contiene el proceso de tercería de propiedad, es menester, que la discusión de fondo, en tanto al preferir el derecho adquirido de propiedad o al acreedor, deba pasar por un análisis de fondo que supere el requisito del documento de fecha cierta, sino que el análisis que realice el juez, deba ser uno que atienda a las circunstancias de la adquisición, como es una de prescripción adquisitiva.

Sin mencionar que debe ser claro el momento de la adquisición, pues así se podrá determinar la preferencia, atendiendo ello, el tercerista debe acreditar fehacientemente como pueda que su adquisición originaria fue anterior a la anotación preventiva del embargo o inscripción de la hipoteca, caso contrario deberá ser preferido el interés del acreedor.

³⁴⁴ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, ob. cit., p. 812.

3. La prescripción adquisitiva se gana con el solo paso del tiempo.

Un argumento si bien nada nuevo, no deja de ser importante resaltarlo, y es que la prescripción adquisitiva es por esencia, un hecho jurídico, su determinación en el tiempo como su ejercicio y efecto adquisitivo se gestiona de hecho, debiendo ser con posterioridad reconocida por un órgano jurisdiccional u otros medios alternativos.

No obstante, la Corte Suprema en sendas casaciones ha emitido opiniones contradictorias respecto a la naturaleza de la prescripción adquisitiva.

Así pues, la Corte declaró en el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Civil y Familia, donde la pregunta era. ¿La prescripción adquisitiva de dominio opera en forma automática o necesita declaración judicial, es decir, la sentencia que se dicte tiene carácter declarativa o constitutiva? Donde la mayoría del Pleno acordó: “el derecho de propiedad que se adquiere vía prescripción adquisitiva de dominio debe ser declarado judicialmente. La sentencia tiene carácter constitutiva”³⁴⁵.

Por lo mismo al declarar que “una vez cumplidos los requisitos de toda prescripción adquisitiva, incluido el paso del tiempo, se genera un derecho expectatio sobre el derecho de propiedad, el cual debe ser necesariamente declarado por la autoridad competente y mediante sentencia firme”³⁴⁶.

Y así podríamos seguir, sin embargo, tal posición no debe ser compartida, toda vez que, al asimilar que la sentencia es requisito para que el prescribiente pueda adquirir, como defender su derecho, parte de entender que la sentencia es constitutiva, pues es a partir que con la misma la situación del poseedor muta a la de propietario.

Es bueno pues recordar las enseñanzas de Albaladejo cuando decía que “la adquisición del usucapiente se produce *ipso iure*, tan luego como se cumple el plazo que la ley fija. Por tanto,

³⁴⁵ Pleno Jurisdiccional Distrital en Materias Civil y Familia en Ica del 08 de septiembre de 2008.

³⁴⁶ Fundamento 7 de la Casación N.º 3332-2013-La Libertad del 24 de noviembre de 2014.

aquél deviene desde este momento titular del derecho que usucapió, y le competen los correspondientes medios para defenderlo y hacerlo efectivo”³⁴⁷.

Entender que la prescripción en su íntegra composición es un hecho jurídico, quiere decir que tanto su inicio como culminación se producen en dicho margen.

Otro argumento de peso filosófico es el siguiente, “la usucapión es una situación de hecho, por su propia definición y esencia, por tanto, es incoherente que un estado fáctico quede amarrado a un título formal como requisito constitutivo, pues, en ese caso, la prescripción adquisitiva dejaría de ser tal, para convertirse en título hierático, en contra de su naturaleza”³⁴⁸.

Es así que, si pretendemos reconocer el efecto adquisitivo *ipso iure*, se necesita partir de que la sentencia es de naturaleza declarativa, la misma que tiene un importante trasfondo.

Se ha afirmado que “la sentencia declarativa es aquella que se limita a declarar la existencia o inexistencia de un derecho”³⁴⁹. Esto es así en virtud del proceso declarativo – como lo viene siendo uno por usucapión – pues se ha dicho que, “la existencia de la situación declarada por el juez es independiente de su declaración; si alguien discute mi propiedad sobre una finca determinada y el juez la declara, la propiedad existe después de tal declaración igual que existía antes. En este caso el proceso actúa, no sobre la existencia de la situación, sino sobre su certeza en cuanto la declaración del juez convierte la norma jurídica en un precepto relativo al caso deducido en el proceso; si bien mi propiedad existía también antes de ser declarada judicialmente, antes existía en virtud de una norma y después en virtud de un precepto específico que elimina toda incertidumbre”³⁵⁰.

³⁴⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, ob. cit., p. 17.

³⁴⁸ GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, ob. cit., p. 231.

³⁴⁹ CHIOVENDA, Guiseppe, citado por: COUTURE, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 339.

³⁵⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción de Jaime Guasp, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 43.

En esas líneas, podemos decir que la sentencia declarativa, se obtiene el reconocimiento por parte del juez, de una situación jurídica subjetiva que existía antes y con autonomía al proceso, pues con el pronunciamiento del juzgador se obtendrá una certeza y certidumbre.

Así pues, teniendo la sentencia una naturaleza declarativa podemos afirmar no solo el efecto adquisitivo *ipso iure* de la prescripción adquisitiva, sino también los medios de defensa adecuados para tutelar el derecho, toda vez que, al existir el derecho, nada impide defenderlo con los remedios que proporcione el orden jurídico.

De hecho, nuestra jurisprudencia ha tenido a bien, en reconocer la tesis declarativa de la sentencia por prescripción adquisitiva, por citar, cuando declara la Corte Suprema que “del proceso de prescripción adquisitiva de dominio tiene carácter netamente “declarativo” de derecho, lo que significa que, acreditada una posesión continua, pacífica y pública como propietario durante más de diez años, hace merecedor al poseedor para convertirse en propietario”³⁵¹.

Por lo mismo al declarar que “la prescripción adquisitiva de dominio también llamada usucapión es el modo de adquirir el dominio o los derechos reales por la posesión a título de dueño, y se sustenta en la posesión de un bien por un determinado lapso de tiempo, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos por ley, esto es, que se trate de una posesión continua, pacífica y pública”³⁵².

Y, así pues, el IV Pleno Casatorio Civil, en su doctrina jurisprudencial vinculante, punto 5.6 afirma que “corresponde al juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usucapión. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante”³⁵³.

³⁵¹ Fundamento 9 de la Casación N.º 2528-2017-Lima Norte del 21 de septiembre de 2018.

³⁵² Fundamento 4 de la Casación N.º 4927-2015-La Libertad del 7 de agosto de 2018.

³⁵³ Precedente 5.6. del IV Pleno Casatorio Civil de la Casación N.º 2195-2011-Ucayali del 14 de agosto de 2013.

Bajo esta idea, si bien se necesita reconocer el carácter declarativo de la sentencia por usucapión y así, su adquisición *ipso iure*, es más importante reconocerle dicho atributo al momento de oponerlo con otro derecho, sobre el particular, en un proceso de tercería de propiedad.

Cabe también añadir que conforme al artículo 952 del Código Civil, la sentencia que declara la propiedad, cancela el asiento a favor del antiguo dueño, la pregunta que cabría pensar. ¿Qué sucede si hubiere gravámenes anotados de forma posterior a la adquisición originaria?

La pregunta es importante porque de ella parte pues en esclarecer, que el pronunciamiento judicial de una prescripción adquisitiva, va a reconocer desde que ésta fue eficaz, quiere decir, desde que se consumó la prescripción que bajo la tesis declarativa sería con el solo paso del tiempo, por lo que los gravámenes fueron constituidos por quien no era el deudor, si fuere hipoteca, o por un acreedor que afectó el inmueble de su deudor si fuera por medio de una anotación de un embargo.

Así pues, bajo estos escenarios ya analizados, corresponde realizar un criterio de oponibilidad de derechos subjetivos. No obstante, debemos aclarar que si bien por regla general el prescribiente con su sentencia no logrará cancelar los gravámenes constituidos de forma posterior a su adquisición³⁵⁴, consideramos que deberá recurrir a un proceso de tercería de propiedad a fin de desafectar su inmueble con los argumentos señalados en los rubros anteriores³⁵⁵, toda vez que, el Código Civil únicamente toma en consideración como efecto de la inscripción de la sentencia, la cancelación del asiento del anterior propietario que es afectado por la usucapión.

³⁵⁴ Repárese que aquí no estamos siendo partidarios de la retroactividad de la prescripción adquisitiva como bien se aclaró en la primera parte de este trabajo.

³⁵⁵ De forma minoritaria se ha escrito que: “si decimos que la sentencia de prescripción adquisitiva solo reconoce un derecho de propiedad, si es que a la fecha de la hipoteca ya existía un nuevo propietario por usucapión, considero que debería levantarse no solo la hipoteca sino otras cargas y gravámenes, por lo que debería modificarse el Código Procesal Civil y las normas referidas a la prescripción adquisitiva notarial, para que se disponga también el levantamiento de cargas y gravámenes, previa verificación de la constitución de las mismas y la fecha de adquisición”. HUERTA AYALA, Oscar, *Inscripción registral de la prescripción adquisitiva de dominio notarial*, Lima: Grijley, 2020, p. 147.

Ante lo expuesto, se pudo analizar diversos supuestos que deben ser resueltos conforme a nuestro sistema de oponibilidad de derechos, esto es, qué derecho debe prevalecer o ser preferido respecto del otro. Sobre el particular, es este sistema el que debe dirimir el escenario donde concurren un propietario que ya consumó la prescripción y un acreedor que de forma posterior embargó el bien inmueble u obtuvo la constitución de una hipoteca a su favor.

Ante el escenario donde un acreedor haya obtenido la constitución de una hipoteca, que termina por afectar el derecho de propiedad del prescribiente, el remedio idóneo para la desafectación del inmueble es acudir a un proceso de tercería de propiedad. Ahora bien, como está regulada la tercería contra hipoteca, esta opción es inaccesible, motivo por cual hemos argumentado y propuesto para que este caso pueda ser solucionado en dicho proceso debe ventilarse por medio del sistema de oponibilidad diseñado en el Código Civil.

Sobre esto último, el prescribiente deberá probar no solo que adquirió el inmueble de forma anterior a la inscripción de la hipoteca, sino que, además, deberá cuestionar la buena fe con la que haya procedido el acreedor al constituir su garantía, para que, de esta manera, no pueda gozar de los privilegios que otorga el registro. Esto, sin dejar lugar a la duda, es una discusión que debe permitirse dentro del proceso de tercería de dominio, al ser el primer remedio pensado para proteger el derecho de propiedad contra gravámenes indebidamente constituidos.

El segundo escenario, estando ante el acreedor que embarga el inmueble, creemos que el criterio de solución no debe ser distinto al antes visto, pues si bien aquí, conforme a nuestra legislación debemos aplicar las “normas del derecho común”, esto no se aleja del cómo está diseñado nuestro sistema de oponibilidad de derechos, pues será el derecho común el que dirima la oponibilidad a través del conocimiento por los terceros, esto último atendiendo a la buena fe o mala fe que hubiere, pues es a través de esta regla transversal del conocimiento que está construido nuestro sistema de oponibilidad en el derecho civil.

Es así que, y sin mayor cuestionamiento, es admisible la posibilidad de valorar la buena fe o mala fe del acreedor, como también la adquisición del derecho de propiedad del tercerista, toda vez que, la cognición plenaria con la que fue diseñado el proceso de tercería de propiedad

permite la valoración del material probatorio pertinente con la finalidad del proceso, en ese sentido, sirve para poder probar la propiedad adquirida por usucapión como también, eventualmente, la mala fe del acreedor a fin de generar la inoponibilidad de su derecho de crédito.

4. Casación n.º 1164-2016-Lima: Prescribiente vs. Acreedor hipotecario.

Llegados hasta aquí, es conveniente mencionar la historia que motivó la presente investigación, para así poder demostrar la posible argumentación de lo aquí escrito a casos que surgen y son ventilados en nuestros tribunales.

En la Casación 1164-2016-Lima³⁵⁶, de fecha 10 de mayo de 2017, publicada el 03 de abril de 2018, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema resolvió una demanda de tercera excluyente de propiedad. Los hechos que dieron mérito la controversia se detallan a continuación:

- (i) El señor Marco Antonio Yanac Neira (en adelante el “deudor”) figura como propietario de la casa habitación ubicada en avenida Las Flores - Lote 1 de la Manzana B Unidad 7 de la Ciudad Satélite Canto Grande - San Juan de Lurigancho (actualmente Avenida Las Flores Números 120-122) inscrita en la Partida Electrónica Número 49053149 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima (en adelante el “inmueble”).
- (ii) Sobre el inmueble, Arturo Alejandro Huamán Rivera y María del Rosario Rázuri Bermúdez (en adelante los “propietarios”), ejercen la posesión por más de 20 años, motivo por el cual deciden demandar al deudor por prescripción adquisitiva de dominio bajo el expediente N° 20793-2010 ventilado ante el Segundo Juzgado Civil de Lima, con auto admisorio de fecha 28/01/2011, redistribuido al Tercer Juzgado Mixto de San Juan de Lurigancho, con número de expediente 232-2012, ahora Primer Juzgado de San Juan de Lurigancho.

³⁵⁶ Casación N.º 1164-2016-Lima del 10 de mayo de 2017.

- (iii) Luego de entablado el proceso sobre usucapión, en su transcurso el deudor decide en hipotecar el inmueble a través de la celebración de un mutuo con garantía hipotecaria con Avelino Huillcas Huamán quien es casado con Casimira Pipa Amau (en adelante los “acreedores”) quienes serían los suegros del deudor y demandado en el proceso seguidos por los propietarios, es de agregar que la hipoteca se inscribió el 18/12/2012.
- (iv) De esta forma es que los acreedores deciden iniciar un proceso de Ejecución de Garantía bajo el expediente N° 2334-2013.
- (v) En lo siguiente el juez del Primer Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Lurigancho declara fundada la demanda de prescripción adquisitiva de dominio con fecha 30/01/2015, quedando consentida la misma el 28/05/2015.
- (vi) Así es como los propietarios interponen demanda de tercería de propiedad, solicitando se disponga la suspensión del proceso de Ejecución de Garantía N° 2334-2013 que se encontraba en etapa de ejecución y de ser fundada su pretensión, desafectar el inmueble.

Siendo así, ante esta última pretensión el juez de primera instancia decide declarar improcedente la demanda de tercería de propiedad mediante resolución del 03 de junio de 2015 bajo los siguientes argumentos:

- (i) Si bien en la demanda la parte demandante adjunta una copia certificada de la sentencia de fecha 30/01/2015 donde se declara fundada la pretensión de adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva.
- (ii) Es de considerarse que los demandantes no acreditan que el inmueble ubicado en Avenida Las Flores - Lote 1 de la Manzana B Unidad 7 de la Ciudad Satélite Canto Grande - San Juan de Lurigancho (actualmente Avenida Las Flores Números 120-122) inscrita en la Partida Electrónica Número 49053149 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima, se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación que corre anotada en el Asiento D00001-Rubro Cargas y Gravámenes.

- (iii) Los demandantes anotaron la demanda de prescripción en el Registro de Propiedad Inmueble de Lima sobre el inmueble, no obstante, la sentencia que declaró fundada su adquisición se retrotrae a la fecha de la anotación de la demanda, cuya anotación también es posterior a la inscripción de la hipoteca.

Respecto la Sala Civil de la Corte Superior, decide en confirmar la resolución apelada mediante auto de vista de fecha 12 de enero de 2016, que declara la improcedencia de la demanda al considerar lo siguiente:

- (i) La Sala cita el artículo 533 del Código Procesal Civil dando énfasis a su último párrafo, “puede fundarse (la tercería de dominio) en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a la dicha afectación”, en ese sentido, para interponer una demanda de Tercería de Propiedad contra garantías reales (como es el caso de la hipoteca), ésta solo resulta procedente cuando el derecho de propiedad del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a la afectación.
- (ii) Respecto al Derecho de Propiedad invocado, los demandantes han adjuntado a su demanda la sentencia contenida en la Resolución Número 33, de fecha treinta de enero de dos mil quince, que obra a fojas tres a quince, expedida por el Primer Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Lurigancho, que los declara propietarios por Prescripción Adquisitiva de Dominio del bien inmueble materia de ejecución, así como la Resolución Número 55, de fojas diecisiete y dieciocho, que declara consentida dicha sentencia.
- (iii) Los documentos adjuntados (resolución que contiene la sentencia que declara fundada la pretensión de usucapión y la resolución que contiene el auto que declara consentida la misma) resultan insuficientes para ejercitar la presente acción, pues el derecho invocado por los terceristas no se encuentra inscrito, tal y como consta la Partida Electrónica N.º 49053149, en ese sentido, el derecho alegado por los demandantes no se encuentra inscrito con anterioridad a la afectación.

Finalmente, el pronunciamiento de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema consistió en declarar infundado el recurso extraordinario de casación interpuesto por los demandantes, por medio de su resolución del 10 de mayo de 2016, consecuentemente no Casaron el auto de vista bajo las siguientes ideas:

- (i) Citando de igual forma la última parte del artículo 533 del Código Procesal Civil, añade en que estamos ante una discusión de derechos de la misma naturaleza, derecho de propiedad (adquirido por prescripción) versus la garantía real (hipoteca).
- (ii) Aclara que, si bien los terceristas adquirieron la propiedad por prescripción adquisitiva, no obstante, la hipoteca que constituyó el titular registral (el deudor) sobre el inmueble materia de litis, fue inscrita con anterioridad, es decir, el 18/12/2021.
- (iii) Si bien los terceristas poseyeron el inmueble por más de 10 años, pues los propietarios empezaron a poseer en el año 1977, se considerarían como propietarios en el año 1987 (10 años después), sin embargo, esto no es suficiente por cuanto al no haberse podido inscribir registralmente su propiedad, no le es oponible a la hipoteca registrada. Citando al VII Pleno Casatorio Civil, la demanda no puede ampararse, pues la tercería solo aplica para derechos de distinta naturaleza, por ejemplo, una propiedad contra un embargo, en el presente caso se disputa 2 derechos reales: propiedad e hipoteca, razones más que suficientes para desestimar la pretensión de los accionantes.

4.1. Error del juez de primera instancia.

El juez de primera instancia reconoce que, si bien se adjuntó la sentencia que los declara prescribientes esta no pudo ser eficaz como medio probatorio y, así pues, como medio de convicción, toda vez que, el *ad quo* descarta en valorar la sentencia en tanto refiere, (i) que la sentencia por usucapión no se encuentra inscrita de forma anterior a la hipoteca y (ii) si bien los demandantes anotaron la demanda por usucapión en el registro, la

hipoteca es de fecha anterior a la anotación de la demanda y así, los efectos de la sentencia se retrotrae a la fecha de la anotación preventiva.

Dichos argumentos del *ad quo* para desestimar la pretensión de los accionantes son cuestionables. Respecto al primer punto el *ad quo* aplica la preferencia de nuestro sistema de oponibilidad de derechos de goce de forma errada, toda vez que, si bien valora la fecha en la cual la hipoteca fue inscrita, no analiza la buena fe como requisito del mismo, pues para que uno sea acreedor de la protección que brinda un registro de derechos, debe confiar en la información que se publicita, ahora bien, si bien dicha presunción – de buena fe – se presume, es posible que sea enervada, probando la mala fe del acreedor hipotecario.

En ese sentido, creemos que su presunción de buena fe pudo ser fácilmente desacreditada, toda vez que, los acreedores eran los suegros del deudor, al tener por acreditada el parentesco familiar y como nuestra jurisprudencia ha tomado en cuenta en sendas casaciones mencionadas en precedencia, puede ser acreditada la mala fe de éstos, al coadyuvar los intereses de su “deudor”.

Por lo mismo, es que pudo afirmarse su conocimiento respecto del proceso de prescripción adquisitiva, recordemos que el mismo fue iniciado en el 2010, y la hipoteca que fue inscrita tanto como el crédito que lo vio nacer datan de fechas posteriores, toda vez que, la hipoteca se inscribió en el año 2012, iniciado el proceso de ejecución de garantía en el año en el 2013. De esta forma, se puede concluir fácilmente que tanto los suegros tenían conocimiento de este proceso por usucapión al ser de fecha anterior, de misma manera al deudor, pues al tener conocimiento del proceso que se le había entablado por prescripción, habría hipotecado adrede el inmueble a sus familiares.

Estas dos cuestiones, tienen que ser analizadas de forma imperativa cuando se pretenda aplicar el sistema de oponibilidad de derechos, toda vez que, la buena fe es un requisito para gozar de la protección del registro, no se trata de quien inscribe primero, sino de quien inscribe primero de buena fe.

Otro segundo erro del juez, es concluir que, si bien hubo una anotación de la demanda, la sentencia que reconoce la usucapión se retrotrae al momento de la anotación preventiva, la pregunta que se genera es ¿y si no se hubiera anotado la demanda en el registro, a cuál fecha se tendría que retrotraer los efectos de la sentencia?, algo incoherente. Recordemos que la usucapión se produce *ipso iure*, esto es, con el solo paso del tiempo, pues la propiedad se adquiere desde que se cumple con los requisitos del artículo 950, en ese sentido, una sentencia que declara fundada una demanda de prescripción adquisitiva de dominio, reconoce la adquisición desde que se cumplió con el paso del tiempo y los requisitos de la norma.

4.2. Error de la Sala Civil de la Corte Superior.

La Sala Civil de igual forma, pero con otro argumento, no decide darle la razón a la parte demandante sosteniéndose en el artículo 533, donde afirma que para que una tercería de propiedad sea amparable ante una garantía real, el derecho del tercerista debe ser anterior a la inscripción de la garantía, toda vez que aquí no entra a tallar las normas del derecho común.

La Sala Civil de igual forma no se pronuncia respecto a la buena o mala fe que haya habido al momento de inscribir la hipoteca, no obstante, también añade sobre los documentos adjuntados (resolución que contiene la sentencia que declara fundada la pretensión de usucapión y la resolución que contiene el auto que declara consentida la misma) resultan insuficientes para ejercitar la presente acción, pues el derecho invocado por los terceristas no se encuentra inscrito, de esta forma apeándose de forma literal y nada más sobre la tercería respecto a garantías reales.

Recordemos que el proceso de la tercería de propiedad está enlazada a nuestro sistema de oponibilidad de derechos, al aplicarse el artículo 2022 no únicamente debe verse si se inscribió antes o después el derecho de aquel que pretender oponerse, esto sería darle una lectura parcial y errada al texto normativo, pues como se argumentó en

precedencia, el artículo 2022 lleva implícito a la buena fe como entrada discusión y análisis para saber si un derecho se prefiere sobre otro, en ese contexto, el tercerista propietario deberá acreditar que no solo adquirió antes el derecho, sino que también se valió de los distintos medios publicitarios u otros medios para así enervar la buena fe del acreedor hipotecario.

4.3. Error de la Sala Civil de la Corte Suprema.

La Corte Suprema cita al VII Pleno Casatorio, en el sentido de encuadrar a la prescripción adquisitiva de dominio y la hipoteca como un conflicto de derechos de la misma naturaleza (derechos reales), pues allí será preferido quien llegue primero al registro.

Ahora bien, debemos añadir que la usucapión fue eficaz desde 1987, pues los propietarios empezaron a ejercer posesión en el año 1977, en esta línea cabe añadir que, el VII Pleno Casatorio no es un buen argumento, en tanto pensamos que no resolvió nada en el mérito.

El VII Pleno Casatorio olvida cuestiones importantes, principalmente como es la valoración de la buena fe, los demás medios adquisitivos de la propiedad y la naturaleza cognitiva del proceso de tercería de propiedad.

Señala la Corte que “si bien los terceristas poseyeron el inmueble por más de 10 años, pues los propietarios empezaron a poseer en el año 1977, se considerarían como propietarios en el año 1987 (10 años después), sin embargo, esto no es suficiente por cuanto al no haberse podido inscribir registralmente su propiedad, no le es oponible a la hipoteca registrada”.

Nosotros al respecto consideramos más bien que los prescribientes al obtener una sentencia con fecha 30/01/2015 que los declaraba propietarios, debemos preguntarnos. ¿Desde cuándo los declara propietarios? En efecto, si bien la sentencia

data del 2015, el juez en sus considerandos debe – o debería – de exponer desde cuanto es el tiempo que toma en consideración para la consumación prescripción adquisitiva, pues como señala la Corte Suprema, los propietarios son considerados propietarios en el año 1987, quiere decir que la hipoteca habría sido constituida por quien no era el real propietario.

Si bien esto no es suficiente para impedir la ejecución de la garantía, además deben los prescribientes probar la mala fe del acreedor que hipoteca el inmueble, sobre el particular, la relación de familiaridad juega bastante a dichos efectos, pues el acreedor conoció que el inmueble ya no era de su deudor o encontrándose en la posibilidad razonable de conocer que el mismo ya no pertenecía a su deudor por estar abandonado desde hace 1977, de esta forma el derecho real de hipoteca no podría ser oponible a la propiedad no inscrita de aquellos que adquirieron originariamente, sin importar que la inscripción de su derecho de propiedad sea anterior a la de la hipoteca.

CONCLUSIONES

Primera.

La prescripción adquisitiva como institución del Derecho Privado, es una forma de adquisición originaria de la propiedad y de otros derechos reales, lo que conlleva a afirmar, la ausencia de negociación respecto a una transferencia que no existe por no ser una adquisición derivada. Siendo esto así, al no haberse previsto en el proceso de tercería de propiedad la posibilidad de admitir una demanda presentada por un prescribiente que no cuenta con sentencia declarativa de su derecho y, por el contrario, al exigirse un documento de fecha cierta como la principal manera de acreditar la adquisición del derecho de propiedad, de manera injusta y carente de razonabilidad se ocasiona la exclusión al prescribiente de este remedio de tutela de la propiedad contemplado por el ordenamiento jurídico para poder desafectar su inmueble de gravámenes constituidos de forma indebida. Como se ha expuesto, no habiendo otras vías alternas que le permitan obtener una solución satisfactoria al prescribiente lo reduce a un estado de indefensión. Por estas razones, resulta necesario ampliar los supuestos y alcances de la admisibilidad de la demanda de tercería de propiedad para posibilitar que los prescribientes puedan hacer valer su derecho sin verse irrazonablemente obligados a tener que presentar un documento de fecha cierta que resulta impertinente e incoherente con la forma en que han adquirido su derecho de propiedad.

Segunda.

En el momento en que una institución jurídica surte sus efectos, debe la normativa al igual que el derecho viviente – jurisprudencia – reconocerle sus efectos para así ser fiel a la configuración de dicha institución. Sobre el particular, la prescripción adquisitiva surte sus efectos una vez consumada ésta, pues basta el transcurso del tiempo y una posesión calificada para que se produzca el efecto adquisitivo. Gracias a esto, el propietario que se vea perjudicado ante una eventual acción de un tercero, debe poder oponer su adquisición por prescripción adquisitiva a pesar de que la misma no haya sido declarada por sentencia, pues únicamente declarará un derecho preexistente, mas no lo convertirá en propietario porque ya lo era, tal y como ha quedado establecido por un sector de la jurisprudencia más actual, así como en sendos Plenos Casatorios.

Tercera.

Al momento en que el juez decida la suerte de la tercería de propiedad planteada, deberá no solo tomar en consideración el criterio temporal, esto es que la adquisición originaria del prescribiente haya sido anterior a la anotación preventiva del embargo o inscripción de la hipoteca, sino que, además, al haber de por medio un conflicto de derechos intersubjetivos, deberá solucionarlo de acuerdo con el sistema de oponibilidad acogido en nuestro Código Civil. Esto implica que el juez deberá analizar también el conocimiento que haya tenido el acreedor, es decir, su buena o mala fe al momento de constituir el gravamen para determinar si es merecedor de la protección que brinda el registro como sistema de reconocibilidad social para posibilitar la oponibilidad de un derecho. Sin embargo, el planteamiento que subyace del VII Pleno Casatorio Civil, dista de acercarse a una solución en base a un criterio de oponibilidad, al no haberse esgrimido sólidos argumentos para no tomar en consideración la mala fe que eventualmente haya tenido el acreedor, tanto tratándose de embargos como de hipotecas, toda vez que, de su razonamiento no interesa como el propietario haya adquirido su derecho real, o cómo el acreedor haya constituido su gravamen de buena o mala fe, siendo además, poco sostenible el criterio de solución de conflictos de derechos de distinta naturaleza conforme a lo que se entendió como “derecho

común”. Por lo que concluimos, que los criterios de temporalidad y de buena fe, son los criterios que se deben tener en cuenta para resolver la pretensión de tercería excluyente de propiedad, conforme al sistema de oponibilidad adoptado en nuestro Código Civil.

Cuarta.

Hemos podido evidenciar objetivamente que en el proceso de tercería se genera una divergencia entre la tutela brindada y la tutela que debería otorgarse al propietario que adquiere por prescripción adquisitiva, y en consideración a todo lo argumentado respecto a la posibilidad jurídica de oponer la prescripción en el proceso de tercería de propiedad, hemos podido determinar que existe una deficiente regulación a nivel procesal, tanto en su fase inicial como en su fase resolutive, así como una incorrecta línea jurisprudencial respecto a pronunciamientos sobre la naturaleza de la usucapión, debiéndose implementar una serie de mejoras las cuales se argumentaron a lo largo de esta investigación, para de esa forma, colocar al remedio de la tercería de propiedad en su real dimensión, como un remedio apto que debe brindar plena tutela a la propiedad.

RECOMENDACIÓN: PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY

Sumilla: Proyecto de Ley que modifica los artículos 533 y 535 del Código Procesal Civil referido al proceso de tercería de propiedad.

Los integrantes del Grupo Parlamentario que suscriben ejerciendo el derecho de iniciativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y el artículo 75 e inciso 2) del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 533 Y 535 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL
REFERIDO AL PROCESO DE TERCERÍA DE PROPIEDAD.**

Artículo 1. – Objeto de la ley.

La presente ley tiene por objeto modificar el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil a fin de brindar una adecuada tutela al tercerista que se vea perjudicado por la indebida constitución de una garantía real sobre su inmueble y, además, en el supuesto caso que funde su adquisición del derecho de propiedad en base a la prescripción adquisitiva de dominio.

Artículo 2. – Modificación de los artículos 533 y 535 del Código Procesal Civil.

Modifíquense los artículos 533 y 535 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, promulgado por Decreto Legislativo N.º 768 bajo el siguiente texto:

“Artículo 533. –

La tercería de propiedad consiste en el pedido de desafectación del bien afectado judicialmente por embargo o por garantías reales, alegando un derecho que sea incompatible con la ejecución forzada de bienes.

La tercería preferente de pago consiste en el pedido para que se declare que el acreedor deba ser pagado con el precio de tales bienes.

En la tercería de propiedad, para desafectar el bien, será necesario probar la mala fe del acreedor que afecta indebidamente el bien que es ajeno a su deudor.

Artículo 535. –

El tercerista debe probar que su derecho es adquirido de forma anterior a la afectación del bien.

El juez admite la demanda si el tercerista ofrece documento de fecha cierta que acredita el derecho que invoca, salvo que su adquisición se funde en la prescripción adquisitiva de dominio, en cuyo caso le corresponde al tercerista acompañar a su demanda los medios idóneos para acreditarla. Si el tercerista no acompaña a su demanda el documento de fecha cierta u otros medios idóneos para acreditar su derecho, el juez rechazará el pedido sin más trámite.

Si el juez constata que el documento presentado es de fecha posterior a la anotación preventiva en registros públicos del embargo o inscripción de la garantía real, declarará liminarmente infundado el pedido del tercerista³⁵⁷.

³⁵⁷ Tanto en la redacción de la propuesta de los artículos 533 y 535 se vio influenciada por el Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil encargado al Grupo de Trabajo constituido mediante Resolución Ministerial 0299-2016-JUS,

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El propósito de esta propuesta de modificación respecto al artículo 533, es permitir que el proceso de tercería de propiedad pueda entablarse respecto bienes no sólo afectados por medidas cautelares como un embargo, sino también añadir a la discusión la constitución de garantías reales como la hipoteca, toda vez que, en nuestra sociedad, no han faltado los casos en los cuales a terceros propietarios se les hipoteca sus hogares de forma indebida por acreedores que conociendo o estando en la posibilidad de conocer la ajenidad del bien, ejecutan la garantía.

No obstante, iniciativas anteriores como el artículo único del Decreto Legislativo N.º 1069 publicado el 28 de junio de 2008 que modificó el artículo 533 del Código Procesal Civil, resultó ser una defectuosa modificación, toda vez que, excluyó de la discusión en la tercería de propiedad a un bien afectado con garantía real salvo ínfimas excepciones, limitando así la discusión únicamente al bien afectado por medida cautelar, motivo por el cual hemos optado por ampliar este mecanismo de tutela también ante la inscripción de indebidas garantías reales sobre bienes ajenos.

Así también, en el último párrafo se hace mención a la mala fe del acreedor, consideramos la razonabilidad de su exigencia a nivel de resolución del conflicto, pues sólo así se consigue coherencia con el sistema de oponibilidad adoptado en el Código Civil, sistema que establece cuáles son los criterios para determinar quién debe prevalecer e imponerse ante una concurrencia de derechos de goce sobre un bien. En ese sentido, la actual regulación solo consideró el criterio temporal, esto es que la adquisición del derecho real de propiedad del tercerista sea anterior a la anotación preventiva del gravamen, mas no el criterio de la buena fe, obviando injustificadamente considerar también la circunstancia que se refiere al conocimiento que eventualmente pudiera haber tenido el acreedor respecto de la ajenidad del bien, pues con la actual regulación, el acreedor

grupo presidido por el profesor Giovanni Priori Posada. Se recomienda revisar: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, Lima: MINJUSDH y Konrad –Adenauer-Stiftung e. V., 2021.

que embarga un bien y que cree de buena fe que efectivamente es de su deudor, puede resultar perjudicado a pesar de confiar en la publicidad registral, así como al acreedor que ha obtenido la constitución de mala fe la constitución de una hipoteca puede resultar favorecido injustamente frente al tercerista.

Por ello, es que consideramos a la figura de la buena fe, pues nuestro sistema protege a quien confía en lo publicitado por el Registro Público, siendo esto así, para que el derecho del real *domino* sea preferido por sobre el crédito del acreedor, sea acreedor embargante o hipotecario, deberá ser enervada su buena fe, así como al tercerista para oponer su derecho, deberá acreditar que su adquisición haya sido anterior, como además demostrar la mala fe del acreedor, esto es, probar que tenía conocimiento o pudo estar en la posibilidad de conocer que el bien ya no era de su deudor.

Como segundo punto, el artículo 535 hace expresa alusión al prescribiente, toda vez que, hemos podido percibir la situación en la que se encontraría este tipo de propietario ante una afectación indebida a su bien. Es por ello que, de forma expresa se opta por otorgarle un tratamiento especial que vaya acorde a la naturaleza originaria de su adquisición, pues al no poder contar con un documento de fecha cierta que acredite la transferencia de su derecho, podrá probarla a través de la presentación de todo el caudal probatorio típico o atípico que pueda ofrecer para su incorporación al proceso durante la etapa de la postulación, a fin de que de esa forma pueda causarle la convicción al juez de que ha adquirido el derecho de propiedad de forma anterior a la anotación preventiva del gravamen respectivo.

Esto último sustentado ya, en la posición que ha tenido a bien en adoptar nuestra jurisprudencia en diversos pronunciamientos, así como en sendos Plenos Casatorios Civiles en el sentido de la posibilidad jurídica que tiene el prescribiente de oponer su adquisición como medio de defensa a su derecho.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente iniciativa de Ley, no es contraria a lo que dispone la Constitución Política del Perú, por cuanto el efecto que va tener es poner a disposición de aquel propietario que haya adquirido la propiedad de un bien por prescripción adquisitiva y, que en lo posterior recaiga un gravamen determinado en su inmueble, pueda desafectarlo accediendo al proceso de tercería de propiedad como remedio de tutela de la propiedad.

Por lo mismo, se piensa en aquellos acreedores que conociendo la ajenidad del bien de su deudor, admiten su constitución como garantía real, afectando así la propiedad de un tercero. Así las cosas, el ordenamiento jurídico debe otorgarles a los propietarios los remedios adecuados y, de ser necesario, reformándolos acordes a su situación particular, como se pretende hacer a través de este Proyecto de Ley.

ANÁLISIS COSTO–BENEFICIO.

El presente Proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al erario nacional; toda vez que el propósito del mismo es modificar el Código Procesal Civil para permitir que en el proceso de tercería de propiedad de forma explícita se tome en consideración determinadas situaciones que ameritan ser discutidas en este proceso.

Por el contrario, su aprobación permitirá a muchos propietarios que hayan conseguido su derecho a través de la prescripción adquisitiva o que sus bienes hayan sido afectados por una indebida garantía real, poder acceder de forma segura al proceso de tercería de propiedad.

En ese sentido, la aprobación del presente proyecto de ley contribuirá a los esfuerzos políticos que el Congreso de la República viene realizando en aras de solucionar los diferentes problemas que surjan en la sociedad peruana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La usucapión*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. I, 6.^a ed., Santiago: Editorial Temis, 2001.
- ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. II, 5.^a ed., Santiago: Editorial Temis, 1993.
- ALTERINI, Jorge Horacio, *Acciones Reales. Análisis exegético del régimen jurídico de las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Derecho Inmobiliario Registral*, 4.^a ed., Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- ANDOLINA, Italo, “Cognición” y “ejecución forzada” en el Sistema de la Tutela Jurisdiccional, traducción de Juan José Monroy Palacios, Lima: Communitas, 2008.
- Anteproyecto de Reforma del Código Civil publicado mediante Resolución Ministerial N° 0046-2020-JUS de fecha 05 de febrero de 2020.
- ARATA SOLÍS, Moisés y GARCÍA MONTÚFAR, Guillermo, “La prescripción adquisitiva *contra tábulas* versus la protección al tercero registral: Reflexiones en torno a un proyecto de reforma”. En: *Themis*, n.º 60, Lima: 2011.
- ARATA SOLÍS, Moisés, “Comentario al artículo 2022º”. En: *Código Civil comentado*, t. X, 4.^a ed., coordinado por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco, Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

- ARIANO DEHO, Eugenia, “Las tercerías de propiedad en el CPC de 1993: Sus problemas y sus atajos”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 72, Lima: 2004.
- ARIANO DEHO, Eugenia, “Cosa juzgada y ‘nueva’ prueba en una (insólita) segunda tercería de propiedad”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 92, Lima: 2006.
- ARIANO DEHO, Eugenia, *Embargo, tercerías y remate judicial en la jurisprudencia procesal civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2009.
- ARIANO DEHO, Eugenia, *Estudios sobre la Tutela Cautelar*, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
- ARIANO DEHO, Eugenia, “Comentario al artículo 534°, 535°, 536°, 538° y 539°”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. IV, 1.ª ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- ARIANO DEHO, Eugenia, “El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima)”. En: *Revista Ius et Veritas*, n.º 52, Lima: 2016.
- ARIANO DEHO, Eugenia, “La tercería de preferencia: ¿un remedio incomprendido?”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar el remate de los bienes embargados*, coordinado por Renzo Cavani Brain, Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- AVENDAÑO V., Jorge y AVENDAÑO A., Francisco, *Derechos Reales*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, “El Registro Predial y la Seguridad Jurídica en los Predios Rústicos”. En: *Thémis*, n.º 26, Lima, 1993.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge; MEJORADA CHAUCA, Martín y MORALES HERVIAS, Rómulo, “Discusión en torno al Cuarto Pleno Casatorio Civil sobre el concepto de Posesión Precaria”. En: *Ius et Veritas*; n.º 47, Lima: 2013.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, edición al cuidado de Carlos Agurto González, Sonia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca, Buenos Aires: Ara Editores, 2019.

- BULLARD, Alfredo, *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. Obligaciones*, Lima: Ara Editores, 2011.
- BÜLOW, Oskar von, *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Lima: Ara Editores, 2008.
- BÜLOW, Oskar von, *Los presupuestos procesales*, traducido por Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, 2.^a ed., Lima: Ara Editores, 2015.
- CAPOBIANCO, Ernesto, *Lecciones sobre el Contrato*, traducido por Cesar E. Moreno More, Puno: Zela, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.
- CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción de Jaime Guasp, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Casación N.º 100-1996-Lambayeque del 17 de julio de 1998.
- Casación N.º 264-1998-Huánuco.
- Casación N.º 776-01-Apurímac del 30 de noviembre de 2001.
- Casación N.º 1931-99-Lambayeque del 09 de noviembre de 2001.
- Casación N.º 3580-00-Andahuaylas del 02 de febrero de 2002.
- Casación N.º 3020-01-Lima del 21 de febrero de 2002.
- Casación N.º 567-2001-Lima del 27 de marzo de 2002.
- Casación N.º 2432-2000-Lima.
- Casación N.º 2531-2000-Huaura del 01 de diciembre de 2003.
- Casación N.º 4367-2001-Sullana del 16 de diciembre de 2002.
- Casación N.º 2901-2003-Cono Norte del 30 de marzo de 2005.
- Casación N.º 624-2003-Lima.
- Casación N.º 2730-2003-La Libertad del 23 de noviembre de 2004.
- Casación N.º 1871-2003-Cañete del 28 de febrero de 2005.
- Casación N.º 808-2005-Lima.

Casación N.º 1532-2005-Lima del 10 de abril de 2006.

Casación N.º 2570-2002-Tacna.

Casación N.º 2229-2008-Lambayeque del 23 de octubre de 2008.

Casación N.º 1763-2009-La Libertad del 12 de noviembre de 2009.

Casación N.º 644-2010-La Libertad del 16 de marzo de 2011.

Casación N.º 3321-2011-Lima del 30 de mayo de 2013.

Casación N.º 2195-2011-Ucayali del 14 de agosto de 2013.

Casación N.º 7164-2012-La Libertad del 10 de noviembre de 2015.

Casación N.º 3434-2012-Lima del 21 de agosto de 2013.

Casación N.º 3187-2013-Cajamarca del 30 de julio de 2015.

Casación N.º 1208-2013-Loreto del 03 de abril de 2014.

Casación N.º 3332-2013-La Libertad del 24 de noviembre de 2014.

Casación N.º 2153-2014-Huánuco.

Casación N.º 1730-2014-Del Santa del 14 de marzo de 2014.

Casación N.º 2434-2014-Cusco del 03 de septiembre de 2015.

Casación N.º 214-2014-Ica del 12 de agosto de 2014.

Casación N.º 3671-2014-Lima del 07 de diciembre de 2015.

Casación N.º 3246-2015-Lima del 25 de enero de 2017.

Casación N.º 4927-2015-La Libertad del 07 de agosto de 2018.

Casación N.º 3366-2016-La Libertad del 05 de abril de 2018.

Casación N.º 1164-2016-Lima del 10 de mayo de 2017.

Casación N.º 575-2017-Tacna del 17 de noviembre de 2017.

Casación N.º 3815-2017-Lima Norte del 21 de junio de 2018.

Casación N.º 1610-2017-Lima Norte del 13 de julio de 2018.

Casación N.º 2528-2017-Lima Norte del 21 de septiembre de 2018.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina Del Carmen, *Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria*, prólogo de Juan Manuel LLoris Giner, Pamplona: Aranzadi, 1999.

CASASSA CASANOVA, Sergio, “El requisito (especial) de admisibilidad en el proceso de tercería (de propiedad)”. En: *Cómo probar la tercería de propiedad. Claves para evitar*

- el remate de los bienes embargados*, coordinado por Renzo Cavani Brain, Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- CASASSA CASANOVA, Sergio Natalino, “Entre los procesos plenarios y de cognición sumaria. A propósito del IX Pleno Casatorio en materia Civil”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 221, Lima: 2017.
- COOTER, Robert y ULEN Thomas, *Derecho y economía*, traducido y revisado por María Teresa Franco González, 6.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- COPA SILVA, América, “Comentario al artículo 235º”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. II, 1.ª ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- CÓRDOVA, Marcos M., “Efectos jurídicos de la fe en la apariencia. El heredero aparente”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Nacional*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2005.
- COUTURE, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires: Ediar Editores, 1948.
- COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, traducido al castellano de la 4.ª ed. italiana por Felipe de J. Tena y revisada por Leonardo Coviello, Lima: Ara Editores, 2007.
- DECRETO SUPREMO N.º 032-2008-VIVIENDA.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. I, Lima: Palestra, 2017.
- DEL RISCO SOTIL, Luis Felipe, “El desalojo por ocupación precaria a la luz del Cuarto Pleno Casatorio Civil”. En: *Ius et Veritas*; n.º 53, Lima: 2016.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, vol. III, 6.ª ed., Madrid: Civitas, 2007.
- DI MAJO, Adolfo, “El sistema de tutelas en el Derecho Civil”, traducido por Renzo Saavedra Velazco y autorizada por Leysser León Hilario, en: *Ius et Veritas*, n.º 31, Lima: 2005.

- ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*, Lima: Ara Editores, 2002.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales*, 1.^a ed., Lima: Palestra, 2020.
- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY N.º 30230.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, 1.^a ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. En: *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*; n.º 41, Lima: 1987.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- FERRI, Luigi, *La autonomía privada*, traducción y notas de Luis Sancho Mendizábal, Granada: Comares, 2001.
- FERRI, Luigi, *Lecciones sobre El Contrato. Curso de Derecho Civil*, presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, traducción de Nélvor Carreteros Torres, Lima: Grijley, 2004.
- FORNO FLÓREZ, Hugo, “La celebración del contrato por medio de subasta”. En: *Themis*, n.º 17, Lima: 1990.
- FUENTES COAGUILA, Darwin André, “La valoración del tiempo en la demanda de tercería de propiedad”. En: *Revista Derecho*, n.º 9, Tacna, 2021.
- GALLO, Paolo, *Derecho Privado*, Lima: Ara Editores, 2015.
- GAZZONI, Francesco, “Las situaciones jurídicas subjetivas”, traducido por José Luis Gabriel Rivera y revisada por Rómulo Morales Hervias, En: *Manuale di diritto privato. Edizioni Scientifiche italiane*. Nápoles, 2003.
- GONZALES BARRÓN, Gunther, “La prueba de la prescripción adquisitiva”. En: *La prueba en el Proceso Civil*, 1.^a ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- GONZALES BARRÓN, Gunther, *Derecho Registral y Notarial*, v. III, 4.^a ed., Lima: Legales, 2015.

- GONZALES BARRÓN, Gunther, *La usucapión: fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*, 4.^a ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- GONZALES BARRÓN, Gunther Hernán y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores, 2018.
- GONZÁLEZ LINARES, Nerio, *Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales*, 2.^a ed., Lima: Jurista Editores, 2012.
- HEIDEGGER, Martín, *Ser y Tiempo*, traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera, En: <https://www.philosophia.cl/>, 1927.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas. La Posesión*, t. II, Madrid: Espasa-Calpe, 1987.
- HUERTA AYALA, Oscar, *Inscripción registral de la prescripción adquisitiva de dominio notarial*, Lima: Grijley, 2020.
- IHERING, Rudolph von, *La teoría de la posesión*, Madrid: Reus, 1892.
- IRTI, Natalino, *Introducción al estudio del derecho privado*, traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, 1.^a edición en castellano de la 4.^a reimpresión de la 4.^a edición (1990) italiana, Lima: Grijley, 2003.
- KIPER, Claudio Marcelo, “La buena fe en el Sistema Registral Inmobiliario. El principio de la fe pública registral”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Nacional*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2005.
- LAMA MORE, Héctor Enrique, “Comentarios y reflexiones acerca de las tercerías de propiedad contra hipotecas y garantías reales inscritas”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 1/2, Lima: 2007.
- LAMA MORE, Héctor Enrique, “Análisis del nuevo texto del artículo 533º del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 5, Lima: 2009.
- LARENZ, Karl, *Derecho Civil. Parte General*, traducido por Miguel Izquierdo y Macías-Pieavea, Buenos Aires: Ara Editores, 2019.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. I, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. II, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil. Artículo por artículo*, t. III, con la colaboración de Teresa Quezada Martínez, Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La prueba en el proceso civil*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar y de Ejecución. Medidas cautelares*, t. I, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, *La Tutela Cautelar y de Ejecución. Procesos de ejecución*, t. II, 1.ª ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- LEÓN HILARIO, Leysser, *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, prólogo de Paolo Grossi, Lima: Palestra, 2004.
- LEÓN HILARIO, Leysser, *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3.ª ed., prólogo de Luigi Corsaro, Lima: Jurista Editores, 2011.
- LEÓN HILARIO, Leysser, *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*, Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- LIPARI, Nicolò, *Las categorías del derecho civil*, traducción y prólogo de Agustín Luna Serrano, Madrid: Dykinson, 2016.
- LOBO SÁENZ, María Teresa, “La fecha cierta de los documentos en relación con su eficacia probatoria”. En: *Revista de Derecho Privado, nueva época, año II*, n.º 5, México: 2003.
- LUJÁN SEGURA, Helder, “Comentario al artículo 245”. En: *Código Procesal Civil comentado por los mejores especialistas*, t. II, 1.ª ed., coordinado por Renzo Cavani, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.

- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil parte general*, t. II, 17.^a ed., Buenos Aires: Perrot, 1997.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil*, compilación hecha por Delia Revoredo de Debaquey t. V, Lima: Diagramación E.I.B.M., 1985.
- MARTÍNEZ MARAVÍ, Carmen Yleana, “La tercería de propiedad contra créditos garantizados con hipotecas y embargos”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, t. I, coordinado por Fort Ninamancco Córdova, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Pamplona: Thompson Civitas, 2008.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- MESINAS MONTERO, Federico, “Cuándo tercería, cuándo desafectación”. En: *Actualidad Jurídica*; n.º 102, Lima: 2002.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (MINJUSDH), Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil, Lima: MINJUSDH y Konrad –Adenauer-Stiftung e. V., 2021.
- MONROY GÁLVEZ, Juan, *Teoría general del proceso*, 4.^a ed., Lima: Communitas, 2017.
- MORALES HERVIAS, Rómulo, *Patologías y remedios del contrato*, 2.^a ed., Lima: Instituto Pacífico, 2019.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La posesión que conduce a la usucapión según el Código Civil español*, tesis para optar el grado de doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, t. II, 9.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MONTERO AROCA, Juan, *La prueba en el proceso civil*, 4.^a ed., Navarra: Aranzadi, 2005.

- NADAL GÓMEZ, Irene, *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.
- NICOLÓ, Rosario, “Las situaciones jurídicas subjetivas”, traducido por Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias. En: *Advocatus*, n.º 12, Lima: 2005.
- OCAÑA GÁMIZ, Javier, *La eficacia frente a terceros de los derechos reales y de crédito*, Granada: Comares, 2016.
- PALACIOS PAREJA, Enrique, “Legitimidad para obrar y usucapión en la jurisprudencia. A propósito de un proceso de reivindicación”. En: *Foro Jurídico*; n.º 7, Lima: 2007.
- PASCO ARAUCO, Alan, “La tercería de propiedad frente a la hipoteca y el embargo. Cuando la dogmática puede más que el sentido común, la buena fe desaparece”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 8, Lima: 2014.
- PASCO ARAUCO, Alan, “Incoherencias, vacíos y dudas en la sentencia del VII Pleno Casatorio Civil”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 31, Lima: 2016.
- PASCO ARAUCO, Alan, *Derechos Reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- PASCO ARAUCO, Alan, *El poseedor precario. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2019.
- PASCO ARAUCO, Alan, “¿Actúa de mala fe quien compra un inmueble sin ver la posesión? Una regla peligrosa para el tercero registral”. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 249, Lima: 2019.
- PASCO ARAUCO, Alan, *Fe pública registral. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- PODETTI, Ramiro, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires: Ediar, 1949.
- POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del derecho de dominio de la propiedad*, traducido por D. Manuel Deó, México: Fondo Abelardo A. Leal Leal, 1882.
- POSNER, Richard, “Savigny, Holmes y el análisis económico del derecho de posesión”, traducido por Javier Calmell del Solar Monasí. En: *Thémis*, n.º 48, Lima: 2007.

- PROTO PISANI, Andrea, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, traducido por Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui y revisada por Giovanni F. Priori Posada, Lima: Palestra, 2018.
- PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL Y FAMILIA del 08 de septiembre de 2008.
- PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL del 16 de diciembre de 2011.
- PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL del 04 y 04 de noviembre de 2011.
- PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL del 15 de julio de 2019.
- RIGAUD, Luis, *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*, traducido por J.R. Xirau, Madrid: Reus, 2004.
- RIOJA BERMÚDEZ, Alexander, “En defensa de la propiedad indebidamente embargada”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.º 6 y 7, Lima: 2010-2011.
- RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *Cuestiones de derecho inmobiliario*, Madrid: Ediciones Jurídicas DIJUSA, 2005.
- RONQUILLO PASCUAL, Jimmy J., *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- SAN AGUSTÍN, *Confesiones*. Colección Filosofía y Teoría Social, En: <https://www.librosenred.com/>, 2007.
- SANCIÑERA ASUMENDI, Camino, *La Usucapión Inmobiliaria*, 1.ª ed., Pamplona: Thomson Reuters, 2009.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Tratado de la Posesión*, dirigido por José Luis Monereo Pérez, Granada: Comares, 2005.
- SOLÍS CÓRDOVA, Mario, “Comentario al artículo 920º”. En: *Código Civil comentado*, t. V, 4.ª ed., coordinado por Manuel Muro Rojo y Manuel Alberto Torres Carrasco, Lima: Gaceta Jurídica, 2020.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, traducido por Jordi Ferrer Beltrán, 2.ª ed., Madrid: Trotta, 2005.
- TORRES MALDONADO, Marco Andrei y CASALLO TRAUCO, Abner Francisco, “La tercería excluyente de dominio versus el embargo. Algunas consideraciones más allá del falso dilema”. En: *Actualidad Jurídica*; n.º 264, Lima: 2017.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La buena fe en las transmisiones inmobiliarias a non domino”. En: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Doctrina Extranjera*, dirigido por Marcos M. Córdova y coordinado por Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, t. II, Buenos Aires: La Ley, 2005.
- VÁSQUEZ BARROS, Sergio, *Las Tercerías de Dominio y de Mejor Derecho: La traba de los bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Parte general*, t. I, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2019.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de los derechos reales. Posesión y propiedad*, t. II, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2019.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado del derecho de la prescripción y la caducidad*, Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial, 2021.
- VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo, “VII Pleno Casatorio: ¿embargo vs. tercería? Enfoque desde la teoría de la oponibilidad”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 28, Lima: 2015.
- VELÁSQUEZ, Raffo, “Interpretación del artículo 2022 del Código Civil en el VII Pleno Casatorio. Notas críticas a la técnica interpretativa”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n.º 39, Lima: 2016.
- VELÁSQUEZ, Raffo, “Pleno Nacional Civil 2020 y VII Pleno Casatorio: ¿por qué la propiedad prevalece sobre el crédito?”. En: *Los plenos civiles vinculantes de las cortes superiores. Análisis y comentarios críticos de sus reglas*, t. I, coordinado por Fort Ninamancco Córdova, Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- VILLEGAS OTERO, María Cecilia, “De cómo la ley puede atentar contra el mercado. La tercería de propiedad en el Código Procesal Civil”. En: *Ius et Veritas*; n.º 18, Lima: 1999.
- VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, traducción, edición y notas de Leysser L. León y prólogo de Francesco Galgano, Lima: Ara Editores, 2015.
- WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, vol. I, traducido por Ana Cañizares Laso, José

María Miquel González, José Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado, 7.^a ed., Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2007.

WIEACKER, Franz, *El Principio General de la buena fe*, prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo, Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

ZATTI, Paolo, “Las situaciones jurídicas”, traducido por Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro, revisión y notas de Rómulo Morales Hervias. En: *Revista Jurídica del Perú*, n.º 64, Trujillo: 2005.

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA DEL INFORME FINAL.

Bachiller: FUENTES COAGUILA, Darwin André.

“OPONIBILIDAD DE LA PROPIEDAD ADQUIRIDA POR USUCAPIÓN DENTRO DEL PROCESO DE TERCERÍA DE DOMINIO EN EL ACTUAL ORDEN JURÍDICO PERUANO”.			
Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>Principal ¿Es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva dentro del proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico?</p>	<p>General Analizar si es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva dentro del proceso de tercería de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico.</p>	<p>Principal Es jurídicamente posible oponer la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio consumada, en un proceso de tercería de propiedad.</p>	<p>Tipo de investigación Por la finalidad o propósito de la presente investigación, se trata de una investigación aplicada, al presentar un carácter teórico, pero con una propuesta de solución, el mismo que permitirá el desarrollo y comprensión de la oposición de la prescripción adquisitiva dentro de un proceso de tercería de propiedad, con la finalidad de probar la titularidad que se avoca. Por las fuentes de información, se trata de una investigación documental o bibliográfica, toda vez que la fuente principal de la que se partirá resulta del análisis y estudio documental como doctrinal, jurisprudencial y normativo de la prescripción adquisitiva como del proceso de tercería de propiedad.</p>
<p>Secundaria ¿Se debe exigir el documento de fecha cierta en la hipótesis donde el inmueble haya sido adquirido por medio de la prescripción adquisitiva de dominio?</p>	<p>Específico Demostrar que no se debe exigir el documento de fecha cierta en la hipótesis donde el inmueble haya sido adquirido por medio de la prescripción adquisitiva de dominio.</p>	<p>Específica Se debe prescindir del requisito del documento de fecha cierta al momento de acreditar la propiedad del bien afectado con el gravamen, toda vez que éste requisito no se puede exigir ante una adquisición originaria por prescripción adquisitiva, en cuanto ésta no requiere de una relación contractual previa para su adquisición, sino únicamente el transcurso del tiempo y demás exigencias de ley.</p>	

<p>Secundaria</p> <p>¿Es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente?</p>	<p>Específico</p> <p>Argumentar si es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente.</p>	<p>Específica</p> <p>Es jurídicamente posible oponer la adquisición de la propiedad por prescripción adquisitiva sin sentencia declarativa, como medio de defensa dentro del proceso de tercería excluyente, en cuanto ésta como adquisición originaria no la requiere para su eficacia ni para su valoración.</p>	<p>Por el ámbito en el que se desarrolla se trata de una investigación dogmática, puesto que se pretende el desarrollo de interpretación y argumentación en relación a instituciones y categorías jurídicas en torno a la prescripción adquisitiva y a la tercería de propiedad a la luz de normas jurídicas y doctrina de la materia.</p> <p>Nivel de investigación.</p> <p>El nivel de la presente investigación es uno de nivel descriptivo, toda vez que lo que se pretende es demostrar la discusión crítica en relación a la oposición de la propiedad adquirida por medio de la usucapión ya consumada, y de esta forma, que el prescribiente tenga a su alcance el remedio de la tercería de propiedad para desafectar su inmueble.</p>
<p>Secundaria</p> <p>¿Cuáles son los criterios que tendrá que acreditar el prescribiente para levantar el gravamen inscrito en su inmueble dentro del proceso de tercería de propiedad?</p>	<p>Específico</p> <p>Identificar mediante qué criterios tendrá que acreditar el prescribiente para poder levantar el gravamen inscrito en su inmueble dentro del proceso de tercería de propiedad.</p>	<p>Específica</p> <p>En el proceso de tercería de propiedad, el prescribiente deberá no sólo acreditar que la adquisición de su derecho de propiedad haya sido anterior a la inscripción del gravamen, sino que, además, deberá probar la mala fe que tuvo el acreedor al constituir dicho gravamen.</p>	