



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN**



TITULO

**“PREVENCIÓN NORMATIVA CONTRA MANIOBRAS
FRAUDULENTAS, EN AGRAVIO DE ACREEDORES, ANTES DE
LA INSCRIPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER

KELLY MARGOTH JIMÉNEZ GARCIA

ASESOR:

Mg.

MG. JAVIER DÍAZ DÍAZ

CHICLAYO-PERÚ

2019

**“PROPUESTA NORMATIVA CONTRA MANIOBRAS
FRAUDULENTAS, EN AGRAVIO DE ACREEDORES, ANTES DE
LA INSCRIPCIÓN DE UNA MEDIDA CAUTELAR”.**

Tesis presentada por la Bachiller **KELLY MARGOTH JIMENEZ GARCIA**, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

KELLY MARGOTH JIMENEZ GARCIA
Bachiller

MG. JAVIER DIAZ DÍAZ
Asesor

Aprobado por:

MG. LITO BECERRA ANGULO
Presidente

MG. ELEO MITRIDATES GRILLO PAICO
Secretario

MG. FLOR DE MARÍA CHUZÓN JIMÉNEZ
Vocal

DEDICATORIA

A mis padres, Esteban y Felicita, quienes me brindaron su apoyo moral y económico, para culminar mi carrera profesional, gracias a su formación en valores, me mantuve perseverante hasta lograr mis objetivos.

A mis hermanos Gloria, Aarón, Moisés y Omar, por ser mi fuente de motivación para seguir adelante, para llegar a ser un ejemplo que les impulse a lograr sus metas.

A mi esposo Jhony, por su amor y paciencia al ayudarme a perseverar ante cualquier obstáculo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por darme la vida y la oportunidad de estudiar la carrera profesional de derecho, para enfrentar con éxito las grandes oportunidades y desafíos.

A la Universidad Particular de Chiclayo, que me abrió sus puertas para desarrollar mi formación profesional, siendo la fuente de inspiración nuestro lema, “Creativa, Competitiva y Humana”.

A los Catedráticos de la Facultad de Derecho, que con el pasar de los años se convirtieron en mi ejemplo a seguir.

RESUMEN

La presente Tesis de investigación, está enfocada a plantear una propuesta normativa contra maniobras fraudulentas, en agravio de acreedores, antes de la inscripción de una medida cautelar, cuya finalidad es prevenir o evitar que el deudor disponga de su patrimonio, a fin de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva del proceso judicial.

Esto es, debido al tiempo que transcurre desde la presentación de la solicitud cautelar hasta la decisión del Juzgado, la entrega de los partes judiciales para su inscripción en Registros Públicos; y verificándose en dicho lapso un grave peligro en la demora que no es cubierto de forma eficiente y oportuna por alguna norma dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, de modo tal que ante dicho vacío; los deudores que tiendan a burlar el pago de sus acreencias, encuentran la oportunidad para disponer fraudulentamente de su patrimonio, verificándose un supuesto de desprotección del acreedor que amerita ser legislado adecuadamente.

La presente Tesis tiene por objetivo: Plantear una propuesta normativa que posibilite la inscripción de una acción o medida de bloqueo a nivel registral en favor de los acreedores, de carácter temporal, esto es, con plazo de caducidad, que resguarde el patrimonio a afectar hasta el otorgamiento de la medida cautelar correspondiente, y de esta manera otorgar a los acreedores un poder o una facultad de carácter legal a nivel de los Registros Públicos.

Consecuentemente, proponer alternativas de solución a nivel normativo, que resulten eficaces y coadyuven a la protección cautelar que contempla el Código Procesal Civil.

ABSTRACT

This research thesis is focused on proposing a normative proposal against fraudulent maneuvers, to the detriment of creditors, before the registration of a precautionary measure, whose purpose is to prevent or prevent the debtor from disposing of its assets, in order to ensure the compliance with the final decision of the judicial process.

This is, due to the time that elapses from the presentation of the precautionary request until the decision of the Court and the handover of the judicial parties for their registration in Public Registries; and verifying in that period a serious danger in the delay that is not covered in an efficient and timely manner by any rule within our Legal System, in such a way that before said void; the debtors who tend to evade the payment of their debts, find the opportunity to fraudulently dispose of their assets, verifying an assumption of lack of protection of the creditor that deserves to be adequately legislated.

The objective of this thesis is: To propose a normative proposal that allows the registration of an action or blocking measure at the registry level in favor of creditors, of a temporary nature, that is, with expiration term, which protects the assets to affect up to the granting of the corresponding precautionary measure, and in this way grant the creditors a power or a power of a legal nature at the level of the Public Registries. Consequently, propose alternative solutions at a normative level that are effective and contribute to the precautionary protection contemplated in the Civil Procedure Code.

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUCCIÓN	xv

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.-REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	16
1.2.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	17
1.3.-FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	18
1.4.-JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	18
1.5.-OBJETIVOS.	20
1.5.1.-Objetivo General.	20
1.5.2.-Objetivo específico.....	20
1.6.-HIPÓTESIS.	20
1.7.-VARIABLE.....	21
1.7.1.-Variable independiente	21
1.8.-METODOLOGÍA.....	21
2.1.-TUTELA JURISDICCIONAL Y CAUTELAR	23
2.1.1.-El patrimonio del deudor como garantía genérica de sus obligaciones.....	23
2.1.1.-La tutela jurisdiccional de los derechos	23
2.1.3.-Formas de Tutela Jurisdiccional.....	24
2.1.4.-Tutela Ejecutiva	24
2.5.5.-Tutela cautelar	25

CAPITULO II

PROCESO CAUTELAR

2.2.-NOCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR.	25
2.3.-CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	25
2.4.-REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.	26
2.4.1.-Fumus Boni iuris.....	26
2.4.2.-Peligro en la demora.	27
2.4.3.-La razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión.	27
2.4.4.-Contracautela	27
2.5.-CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....	31
2.6.-LEGITIMIDAD ACTIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	31
2.7.-LEGITIMIDAD PASIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	32
2.8.-ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.	32
2.10.-CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.....	35
2.11.-RESPONSABILIDAD POR DETERIORO O PERDIDA DE BIEN AFECTO A MEDIDA CAUTELAR.....	35
2.11.1.-Responsabilidad del Juez o del secretario.	35
2.12.-EXTINCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA CON EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEROGADO	37
2.13.-CANCELACION DE LA MEDIDA CAUTELAR.....	38
2.14.-PROCEDIMIENTO CAUTELAR.....	39
2.14.1.-Concepto	39
2.14.2.-Competencia.....	40
2.14.3.-Requisitos de la solicitud cautelar	41
2.14.4.-Casos especiales de improcedencia.	41
2.14.5.-La providencia cautelar	42

2.14.6.-Tramite y ejecución de la medida cautelar	44
2.14.7.-Variación de la medida cautelar	46
2.14.8.-Sustitución de la medida cautelar.....	46
2.14.9.-Medida Cautelar fuera de proceso	47
2.14.9.1.-Medida anticipada	51
2.14.10.-Eficacia de la medida cautelar	51
3.14.11.-Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.....	51
2.15.-MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA.....	52
2.16.-PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.	52
a).-Apariencia o verosimilitud del derecho invocado	53
b).-peligro en la demora.	54

CAPITULO III

EL EMBARGO

3.1.-DEFINICION.....	55
3.2.-PRESUPUESTOS.....	56
3.3.-ALCANCES	57
3.4.-IDENTIFICACION DE LOS BIENES EMBARGADOS.	57
3.5.-NATURALEZA.....	58
3.6.-BIENES INEMBARGABLES	58
3.7.-CLASES DE EMBARGO	59
3.7.1.-Embargo en forma de depósito	60
3.7.1.1.-Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona	60
3.7.1.2.-El depositario.....	61
3.7.1.3.-Cateo en el embargo en forma de depósito.	61
3.7.2.-Embargo en forma de inscripción.....	62
3.7.2.1.-Anotación preventiva de embargo	63

3.7.3.-Embargo en forma de retención	63
3.7.4.-Embargo en forma de intervención	67
3.7.4.1.-Embargo en forma de intervención en recaudación	67
3.7.4.2.-Embargo en forma de intervención en información	69
3.7.5.-Embargo en forma de administración	70

CAPITULO IV

CALIFICACIÓN REGISTRAL

4.1.-DEFINICIÓN	72
4.2.-ESENCIA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL	73
4.3.-NATURALEZA JURÍDICA	73
4.4.-CARACTERES	75
4.5.-ALCANCES DE LA CALIFICACIÓN	76
4.5.1.-Calificación conjunta	78
4.6.-LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL	78
a) En la primera instancia:	79
b) En la segunda instancia	80
4.7.-EFECTOS.	81
A) Calificación positiva	81
B) Calificación suspensiva	81
B.1.Las observaciones	81
B.2.Liquidación de derechos	82
C) Calificación negativa.	82
C.1.Tacha sustantiva.	82
C.2.Tacha procesal	83
C.3.Tacha por falsedad documentaria	83
D) Otras decisiones	83
4.8.-PLAZOS PARA LA CALIFICACIÓN Y REINGRESO DE TÍTULOS.	83

Reingreso de mandatos judiciales.....	84
4.9.-NOTIFICACIONES	85
a) Notificación de tachas y observaciones	85
b) Notificación de tacha de resoluciones judiciales	85
4.10.-ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN EN LA CALIFICACIÓN	85
4.10.1.-Abstención Causada.....	85
4.10.2.-Abstención Voluntaria	86
4.10.3.-Recusación	86

CAPITULO V

EL BLOQUEO REGISTRAL

5.1.-DEFINICIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL.	87
5.2.-CONCEPTO	87
5.3.-EL BLOQUEO REGISTRAL Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.	87
5.4.-VIGENCIA DE LA ANOTACIÓN DE BLOQUEO REGISTRAL.....	89
5.5.-EFECTOS.	90
5.6.-CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL.....	90
5.7.-LA PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DEL BLOQUEO.	91
5.8.-ASPECTOS NORMATIVOS DEL BLOQUEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	91
5.8.1.-Marco Legal General.....	91
5.8.2.-En el Código Civil:.....	92
5.8.3.-En el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos:	93
5.8.4.-En el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios	93
5.8.5.-En el Decreto Ley 18278 y sus modificatorias.....	94
5.8.6.- Sujeto legitimado para solicitar el bloqueo al Registro	95
5.8.7.-Sujetos a cuyo favor se anota el Bloqueo Registral	95
5.8.8.-Procedimiento y calificación del bloqueo registral.	95

5.9.-JURISPRUDENCIA REGISTRAL VIGENTE VINCULADA AL BLOQUEO REGISTRAL.....	98
Resolución N° 1190-2014-SUNARP-TR-L de 26/06/2014.....	98
Resolución N° 1524-2014-SUNARP-TR-L de 15/08/2014.....	98
Resolución N° 1836-2014-SUNARP- del 26/09/2014.....	98
Resolución N° 1663-2014-SUNARP-TR-L de 03/09/2014.....	99
Resolución N° 2274-2011 –SUNARP-TR-L del 16/12/2011	99
Resolución N° 1918-2011-SUNARP-TR-L de 14/10/2011.....	99
Resolución N° 875-2011-SUNARP-TR-L del 27/06/2011	99
Resolución N° 1991-2011-SUNARP-TR-L de 28/10/2011.....	100
Resolución N° 700-2011-SUNARP-TR-L de 24/05/2011.....	100
Resolución N° 1251-2009-SUNARP-TR-L de 14/08/2010.....	100
Resolución N° 865-2010-SUNARP-TR-L de 18/06/2010.....	100
Resolución N° 327-2010-SUNARP-TR-L de 05/03/2010.....	101
Resolución N° 1930-2009-SUNARP-TR-L de 30/12/2009.....	101
Resolución N° 1904-2009-SUNARP-TR-L del 29/12/2009	101
Resolución N° 1712-2009-SUNARP-TR-L de 20/11/2009.....	101

CAPITULO VI

ARGUMENTOS A FAVOR DE QUE REVALEZCA EL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO

6.1.-Oponibilidad erga omnes del derecho real vs. Oponibilidad ínter partes del derecho de crédito	102
6.2.-Las disposiciones del “derecho común” excluyen la aplicación de normas registrales.....	102
6.3.-No se pueden embargar bienes que no son del deudor	103
6.4.-El carácter sagrado e inviolable del derecho de propiedad.....	104
6.5.-La necesidad de criterios de solución divergentes en el artículo 2022° del Código Civil.	104

6.6.-El embargo no es un derecho, sino una medida de ejecución y, por lo tanto, no puede afectar la propiedad de un tercero.....	106
6.7.-Si se hace prevalecer al embargo frente a la propiedad no inscrita se vulnera la Constitución	106
6.8.-Los argumentos jurisprudenciales a favor del derecho de crédito inscrito, sostenidos con anterioridad a la emisión de la casación n° 5135-2009-Callao.	108
6.9.-Los argumentos jurisprudenciales contenidos en la casación N°5135-2009-Callao, a favor de que prevalezca el derecho de crédito inscrito.	109
6.10.-Argumentos a favor de que prevalezca el derecho de crédito inscrito en forma de embargo, siempre que el acreedor haya actuado de buena fe. ...	111
6.10.1.-El conflicto se da entre dos derechos subjetivos, mas no entre un derecho subjetivo y un acto procesal	111
6.10.2.-Las diferencias entre las funciones y las estructuras de los derechos subjetivos no determinan criterios dirimientes para el conflicto.	112
6.10.3.-La oponibilidad erga omnes no es una cualidad exclusiva de los derechos reales sino común a todos los derechos subjetivos, entre ellos, el derecho de crédito.	112
6.10.4.-La oponibilidad erga omnes como característica común de los derechos subjetivos y la oponibilidad registral como criterio dirimente de conflictos.	113
6.10.5.-La evolución social y económica marcan la trascendencia del derecho de crédito y la necesidad de una tutela más efectiva sobre los derechos de propiedad.	114
6.10.6.-Las apreciaciones subjetivas y su carente relevancia jurídica.	115
6.10.7.-El argumento evolutivo y la norma oculta en el segundo párrafo del artículo 2022 del CC.	116
6.10.8.-Las disposiciones del “derecho común” no excluyen a las normas que resuelven conflictos en función a la inscripción registral.....	116

CONCLUSIONES	118
RECOMENDACIONES	119
Bibliografía.	126

INTRODUCCIÓN

La presente investigación, se ha centrado en analizar la necesidad de una modificatoria normativa, en base a que existe una gran cantidad de medidas cautelares de embargo en forma de inscripción sin ejecución hasta la fecha, en este caso el sistema financiero a través de los Bancos, Cajas de Ahorro y crédito, y otras entidades financieras, que realizan créditos y cuando el cliente omite los pagos viene la problemática de salvaguardar la garantía del crédito, debido a que al tiempo que transcurre desde la presentación de la solicitud cautelar hasta la decisión del Juzgado y la entrega de los partes judiciales para su inscripción en Registros Públicos; y verificándose en dicho lapso un grave peligro en la demora que no es cubierto de forma eficiente y oportuna por alguna norma dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico.

El objetivo general de la presente investigación, está en consolidar una propuesta normativa para prevenir la realización de maniobras fraudulentas ejecutadas por los deudores en agravio a los acreedores, antes de la inscripción de una medida cautelar.

Para cumplir con nuestro propósito, esta tesis está dividida en seis capítulos: Capítulo I - Marco de la Investigación, Capítulo II- El Proceso Cautelar, Capítulo III- El Embargo, Capítulo IV- La calificación Registral, Capítulo V-El Bloqueo Registral, Capítulo VI- Argumentos a favor de que prevalezca el derecho de propiedad no inscrita. Al final de la presente investigación, se precisa una serie de conclusiones y recomendaciones que se derivan

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En el Departamento de Cajamarca, especialmente en la Provincia de Jaén, un gran sector de entidades financieras, personas naturales y jurídicas dedicadas al negocio del otorgamiento de créditos a favor de terceros, se han visto seriamente afectadas debido al tiempo que transcurre entre la presentación de su solicitud cautelar, la decisión del Juzgado y la entrega de los partes judiciales para su inscripción en Registros Públicos, verificándose en dicho lapso un grave peligro en la demora que no es cubierto de forma eficiente y oportuna por norma alguna dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, de modo tal que ante dicho vacío, los deudores que tiendan a burlar el pago de sus acreencias, encuentran siempre la oportunidad para disponer fraudulentamente de su patrimonio, verificándose un supuesto de desprotección del acreedor que amerita ser legislado adecuadamente.

Si bien es cierto, se puede sustentar el argumento de la abundante carga procesal que existe en los Juzgados Civiles y de Paz Letrado, para atender oportunamente los petitorios cautelares, que en este caso, se esgrimen antes de la interposición de la demanda principal (Medidas Cautelares Fuera del Proceso); sin embargo, el problema no tanto radica en cuánta celeridad puedan aplicar los Juzgadores para resolver los pedidos cautelares, sino en que de hecho existe un lapso o espacio de tiempo entre que se peticiona la tutela y se resuelve, que puede generarse una situación de desprotección del acreedor ante la posibilidad real de que el deudor disponga de su patrimonio de forma fraudulenta a través de transferencias simuladas a favor de terceros.

Frente a esa problemática, consideramos que no basta que nuestro Ordenamiento Jurídico haya dispuesto en el artículo 195 del Código Civil (Acción Pauliana), porque este supuesto en realidad si bien da una salida al acreedor burlado, no resulta eficaz ni eficiente, pues enfrasca al acreedor ya incumplido por su deudor en un proceso judicial tedioso y eventualmente más extenso de lo esperado; lo cual en última instancia afecta la fluidez del tráfico jurídico, incrementando los costos de transacción.

Por lo tanto, bajo la anotada óptica, nuestra tesis buscará plantear una alternativa de solución que se enfoque en lograr una protección más adecuada de los acreedores para efectos de prevenir o evitar el ser burlados por sus deudores, entre tanto que el Juzgado meritúa su solicitud cautelar, implicando ello una modificación normativa a nivel de las normas del Código Procesal Civil que regula las medidas cautelares, de tal manera que se pueda proveer de un mecanismo de respuesta eficiente, que prevenga el daño de forma adecuada y oportuna, a fin que los derechos de los acreedores sean protegidos, teniendo en cuenta que en nuestra provincia de Jaén, un promedio de 50% de deudores han transferido sus bienes a fin de evitar una ejecución de los mismos, mediante un proceso judicial.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

De un estudio de la realidad que nos muestra el tráfico jurídico, hemos podido advertir la desprotección normativa que existe en relación con el aseguramiento del pago de las acreencias en las cuales por diversas circunstancias, e incluso por lo elevado que pueden resultar los costos de transacción para formalizar una determinada garantía por lo menos simultáneamente con la celebración del contrato de crédito, no se ha previsto una garantía registral antes de que se verifique el incumplimiento.

Si bien es cierto, nuestro Código Procesal Civil en su Título IV Capítulo I contempla la figura de las medidas cautelares, permitiendo incluso el otorgamiento de las mismas antes de la iniciación del proceso judicial principal, lo cual impediría la ejecución de alguna maniobra evasiva o de fraude por parte del deudor, sin embargo, la misma realidad nos muestra que dicha regulación referente a las así llamadas “medidas cautelares fuera del proceso” (Art 608 y siguientes del Código Procesal Civil), se muestra insuficiente en el supuesto en que ocurrido el incumplimiento e incluso agotado el diálogo o requerimiento extrajudicial entre el acreedor y deudor, aquel se encuentra en estado de necesidad de recurrir a la instancia jurisdiccional en procura de tutela.

En estas circunstancias, y ante la presentación de una petición cautelar, el lapso que toma su calificación y otorgamiento por parte del Juzgador, determina un “tramo” valioso y decisivo de pendencia, durante el cual qué duda cabe el deudor

tiene el chance de recurrir al fraude disponiendo ficticia o realmente de su patrimonio para efectos de burlar el pago de su acreencia, generando un perjuicio muchas veces irreversible para el acreedor, quien pierde así toda posibilidad real de recuperar su capital e intereses correspondientes; resultando necesario pues ante esta problemática, complementar pues la regulación de las medidas cautelares con una legislación que contemple el vacío anotado.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la propuesta normativa adecuada, para prevenir las maniobras fraudulentas que realizan los deudores, antes de la inscripción de una medida cautelar en agravio de sus acreedores con la finalidad de burlar las acciones de cobranza eficaces?

Problemas Específicos.

- a. ¿Cuál es justificación fáctica y legal para formular una propuesta normativa, con la finalidad de prevenir las maniobras fraudulentas, en agravio de los acreedores antes de la inscripción de una medida cautelar que proteja la cobranza de su crédito?
- b. ¿La necesidad de implementar una solución normativa, para regular la situación en que un deudor burla a su acreedor disponiendo de sus bienes patrimoniales antes de ser afectado cautelarmente?
- c. ¿Cuál es la naturaleza del perjuicio, que se le causa a los acreedores con las maniobras fraudulentas de los deudores para evadir la cobranza de los créditos, antes de la inscripción de una medida cautelar, que justifica la implementación de una propuesta normativa que solucione dicha problemática?
- d. ¿Qué alternativa de solución se debería proponer, para prevenir el agravio a los acreedores por parte de sus deudores que realizan acciones fraudulentas para evadir la cobranza de los créditos, antes de la inscripción de una medida cautelar?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

El sistema de protección cautelar que provee nuestro Código Procesal Civil en su Libro IV a partir del artículo 608°, con el fin de asegurar el cumplimiento de la

sentencia definitiva, y cuyas características implican un prejuizgamiento sobre la base de una análisis tan solo verosímil del derecho a reclamar en el principal, resultando provisoria, instrumental y variable; es una institución procesal que se cimienta en la esencia misma del principio constitucional de la tutela procesal efectiva reconocido por el inciso del artículo 139 de nuestra Constitución.

Dentro de esta perspectiva, la tutelar cautelar, por su propia naturaleza jurídica, apunta básicamente a asegurar la eficacia de la sentencia que se emita en el proceso con autoridad de cosa juzgada, contrarrestando el riesgo de que la misma sea burlada o resulte inoficiosa por diversas circunstancias entre las que cuentan naturalmente el actuar malicioso del ejecutado. También se puede verificar que su contemplación y otorgamiento en un caso determinado, contribuye a ese gran objetivo que persigue el proceso judicial como es el establecimiento de la paz social en justicia, generando un clima de sosiego o tranquilidad en el beneficiado.

Bajo estos alcances, y considerando el rango constitucional de derecho fundamental que la constituye, el reconocimiento de la tutela cautelar mediante una regulación legal de desarrollo o concretización que resulte lo más plenamente protectora o suficiente, implica una exigencia de lo más crucial y determinante, con la finalidad de lograr una mayor eficacia del principio constitucional de la tutela procesal efectiva.

Por lo tanto, queda claro la importancia y la justificación que amerita la realización del presente trabajo de investigación con una propuesta clara de llenar, por así decirlo, un vacío normativo que se puede verificar en la regulación cautelar en aquellos supuestos en que se ha producido el incumplimiento de una acreencia y el deudor incluso ha perdido o socavado su voluntad de honrar el pago, y ante este hecho, el acreedor concibe el temor fundado de verse burlado por un acto de fraude, cuya cristalización puede ocurrir en vista de que si bien el acreedor actúa solicitando una medida cautelar para inscribirla sobre el patrimonio registrado de su deudor, dicha pendencia de la calificación puede dar pie a que el deudor disponga de su patrimonio de forma real o ficticia, tornando eventualmente en ilusoria una sentencia definitiva.

A ello, debemos añadir que en nuestro país se puede verificar una coyuntura política y social, en la que el elemento de la corrupción convive en las

instituciones, de tal manera que se necesita incrementar los canales de protección jurídica del cobro de las acreencias, en términos más expeditivos, en vista que debido a dicho evento anómalo, resulta factible que se filtre información privilegiada o reservada, a los deudores morosos sobre las solicitudes cautelares presentadas, antes de que se disponga su ejecución a nivel judicial, lo que daría pie a que los afectados dispongan de su patrimonio, resultando inoficioso por lo tanto el mandato judicial que se expida en su momento.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- Objetivo General.

Consolidar una propuesta normativa, para asegurar la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, mediante el bloque registral por 60 días hábiles, incorporando dicha propuesta de modificación en el artículo 656° del Código Procesal Civil, que regula la citada modalidad cautelar .

1.5.2.- Objetivos específicos.

- a) Otorgarle a los acreedores una facultad de carácter legal que los legitime a presentar a nivel de los Registros Públicos, la solicitud de bloqueo registral del patrimonio de su deudor, con la posibilidad que sea calificada y atendida, como un mecanismo previo a la protección cautelar requerida judicialmente.
- b) Proponer alternativas de solución a nivel normativo, que resulten eficaces y coadyuven a la protección cautelar que contempla el Código Procesal Civil, en su artículo 656°, con el objetivo de disminuir los costos para el pago de un crédito financiero.

1.6.- HIPÓTESIS.

Si el Juez habilita al secretario judicial competente para expedir al accionante el parte judicial provisional, conformado por el oficio dirigido a SUNARP y las copias certificadas de la solicitud cautelar, entonces se realizará el bloqueo registral por 60 día hábiles, lo que impedirá que los deudores hagan uso de maniobras fraudulentas para desprenderse de su patrimonio; y, de este modo proteger el Derecho de los acreedores.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable independiente

- El parte judicial provisional (el oficio dirigido a SUNARP y las copias certificadas de la solicitud cautelar).

1.7.2.- Variable dependiente.

- El bloqueo registral

1.8.-METODOLOGÍA.

1.8.1.-Tipo y nivel de investigación.

Método deductivo.

Por qué nos ha permitido realizar una investigación partiendo desde un estudio general de la problemática en la Provincia de Jaén.

1.8.2.- Población

Población. Ciudad de Jaén.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

PROCESO CAUTELAR

2.1.- TUTELA JURISDICCIONAL Y CAUTELAR

2.1.1.-El patrimonio del deudor como garantía genérica de sus obligaciones.

Para definir este concepto el autor ZATTI, citado por Gunther B., Libro: *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*” quien señala que:

(COLUSSI, 2005)

“La obligación es una vinculación jurídica patrimonial, por cuya virtud, el deudor se compromete a efectuar una prestación (conducta), valorable económicamente, a favor de un acreedor, que es el titular del derecho a exigir el crédito. La obligación, por su carácter exigible, se relaciona directamente con la llamada responsabilidad patrimonial del deudor, por la cual, todos sus bienes o derechos quedan expuestos a la pretensión del acreedor. La doctrina también denomina esa figura como garantía patrimonial genérica, pues en la hipótesis de incumplimiento, el acreedor se satisface de modo sustitutivo con los bienes del deudor, y no con su persona; por lo que, el patrimonio constituye a la “garantía” del acreedor. Nótese que el deudor no ha prometido un bien específico para concretar la garantía, sino, que todos ellos quedan expuestos a la ejecución forzada¹”.

2.1.1.- La tutela jurisdiccional de los derechos

(PRIORI, 2006)

“La tutela jurisdiccional”, según el autor G. Priori es cuando “la protección se ejerce por un órgano con potestad judicial, cuya intervención busca asegurar que el diseño abstracto del ordenamiento jurídico pueda concretarse en el específico, incluso ante la renuencia de los sujetos obligados²”.

¹ ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio. *Lineamenti di Diritto Privato*, CEDAM, 2005, pp. 352-353.

² .- PRIORI POSADA, Giovanni. “La tutela Cautelar”. *Su configuración como derecho fundamental*, ARA Editores, Lima 2006. p.32.

2.1.3.- Formas de Tutela Jurisdiccional.

Gunther B, señala que “El proceso es el instrumento jurídico para la tutela de los derechos sustanciales mediante la intervención de un órgano imparcial, independiente, cuyas decisiones se fundan en el derecho. La tutela se manifiesta de tres formas: a) Cognición o de conocimiento; b) ejecutiva; y c) cautelar. La tutela de conocimiento busca declarar la certeza del derecho; la tutela ejecutiva permite la satisfacción de derechos mediante actos de ejecución forzada, lo que se justifica por la certeza del derecho, sea por haberse declarado en proceso de cognición, sea por constar en título fehaciente según la Ley”.

2.1.4.-Tutela Ejecutiva

Para definir lo que implica este tipo de Tutela, nos permitimos citar al autor ROCCO, quien señala:

“La tutela ejecutiva se produce cuando el derecho sustancial del acreedor se encuentra revestido de especial certeza mediante un título calificado, sea porque proviene de una sentencia en tutela de cognición, sea por la fortaleza del documento, por cuyo efecto, el órgano jurisdiccional se encarga de hacerlo efectivo mediante la concreción del derecho que emana del título, para lo cual se persigue la realización de los bienes del deudor con el fin que el producto sirva para la satisfacción del acreedor”³.

Asimismo, en esta línea el autor (ANDOLI, 2008) refiere que: “Por tanto, esta clase de tutela es una modalidad especialmente enérgica de la tutela jurisdiccional de los derechos, funda en la certeza del título, por lo que se procede a la liquidación del activo patrimonial del deudor”⁴.

³.-ROCCO, Ugo. *De la naturaleza del proceso de quiebra y de la sentencia que declara la quiebra*. Editorial Temis, Bogotá 2000.P,4.

⁴.- ANDOLI, Italo. *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*, traducción de Juan José Monroy Palacio. Librería comnitas, lima 2008,pp85-87.

2.5.5.-Tutela cautelar

Asimismo, el Tribunal constitución ha señalado que *“la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139° inciso 3), de la Constitución”*. (STC Exp.Nº 0023-2005-PI/TC).

2.2.- NOCIÓN DE MEDIDA CAUTELAR.

La medida cautelar, denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis u otra razón justificable traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.

2.3.- CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El artículo 612 del Código Procesal Civil está referido a las características de la medida cautelar y preceptúa lo siguiente:

«Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable».

El término provisorio (o provisional) hace referencia a la naturaleza temporal y no definitiva de aquélla, debiéndose tener en cuenta que la medida cautelar tiene un límite en el tiempo al estar condicionada su existencia a la no realización de determinados actos procesales. La vigencia en el tiempo de una medida precautoria es restringida y está en función de la culminación del proceso principal con la expedición de la sentencia o de otra resolución que ponga fin al proceso. Una vez producido esto la medida se extingue. El carácter provisorio de la medida cautelar supone inclusive su término por decisión del Juez, al considerar

que la verosimilitud del derecho en que se basaba la petición precautoria no es tal, o sea, que en el curso de la litis, y luego de ordenada la medida le asaltan serias dudas del fundamento de la solicitud de cautela, por 1: que opta por dejarla sin efecto. Esto mismo puede ocurrir si la parte que presentó dicha solicitud pide su levantamiento, o si éste deriva de la afectación indebida de algún bien de tercero, o si, de haberse admitido la contracautela sometida a plazo, el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza y eficacia dentro del tercer día de vencido el plazo (art. 613 -último párrafo- del C.RC.).

En cuanto al carácter instrumental de la medida cautelar, ello obedece a su sujeción al resultado del proceso principal, es decir, no tiene existencia propia, pues se encuentra ligada al último. Justamente la función de toda medida cautelar no es otra sino asegurar la ejecución del fallo correspondiente, por lo que representa un procedimiento accesorio que sigue la suerte del proceso principal.

La medida cautelar tiene carácter variable, porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea, es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente. En consecuencia, se puede modificar la forma de la medida de cautela, variar los bienes sobre los que recae o su monto, y sustituir al órgano de auxilio judicial.

2.4.- REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Son requisitos de las medidas cautelares los siguientes: A. el *fumus boni iuris* (art. 611 -inciso 1)- del C.RC.); B. el peligro en la demora (art. 611 -inciso 2)- del C.RC.); C. la razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión (art. 611 -inciso 3)- del C.RC.); y D. el ofrecimiento de contracautela (art. 610 -inciso 4)- del C.RC.).

2.4.1.-Fumus Boni iuris

El *fumus boni iuris* («humo del buen derecho») es una expresión del Derecho Romano que debe ser entendida como apariencia o verosimilitud del derecho.

Tratándose de la medida cautelar, sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que funda su

pretensión principal. El mandato cautelar derivado de la solicitud respectiva implica por parte del Juez un razonamiento sobre la probabilidad de que el derecho alegado realmente exista (lo que se establecerá finalmente con la sentencia), siendo tal posibilidad lo que amerita la tutela cautelar.

2.4.2.- Peligro en la demora.

El peligro en la demora es aquel requisito de la medida cautelar consistente en el riesgo de ineficacia de la sentencia a dictarse en el litigio, en caso de no expedirse en forma inmediata el auto de cautela que asegure el cumplimiento o ejecutabilidad de aquélla.

Es de destacar que la demora que hace peligrar el acatamiento efectivo del fallo se debe a la conocida dilación de los juicios o a situaciones extraordinarias (por caso fortuito, culpa o dolo) que convierten en urgente la tutela cautelar provisoria. En el primer supuesto se dice que el peligro en la demora es eventual, probable o simplemente temido; en el segundo, se afirma que es potencial o inminente.

2.4.3.-La razonabilidad de la medida cautelar para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida cautelar que se solicite no debe estar dirigida a causar perjuicio a la contraparte de un modo desproporcionado, abusivo o innecesario, sino que debe estar orientada, estrictamente, a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Es por ello que en la fundamentación de la pretensión cautelar, el peticionante debe explicar adecuadamente la razonabilidad de la medida preventiva para garantizar la eficacia de la pretensión. Si tal medida fuese a todas luces excesiva o si busca imponer a la parte contraria un gravamen innecesario, entonces, se estará incumpliendo el requisito examinado en este apartado y deberá desestimarse la solicitud cautelar.

2.4.4.- Contracautela

La contracautela, denominada también fianza o caución judicial, puede ser definida como aquella figura procesal dirigida a garantizar la reparación de los daños y perjuicios causados indebidamente a quien sufre la ejecución cautelar. Consiste en la garantía real (dinero, hipoteca, garantía mobiliaria,

etc.) o personal (fianza o caución juratoria) que se pone a consideración del Juzgado, la cual, de ser admitida, tendrá por objeto asegurar la indemnización que pueda corresponder al afectado, haciéndose efectiva sólo en el caso que el derecho que sustenta la pretensión del cautelado sea desestimado, pues, resulta evidente que no puede hablarse de daños y perjuicios derivados de la tramitación cautelar cuando la pretensión del solicitante de la medida es al final amparada por el órgano jurisdiccional. (Hacemos hincapié que en el supuesto de desestimarse la pretensión del peticionante no perderá éste la totalidad de la contracautela, sino sólo lo relativo al monto que sea suficiente para cubrir el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados al afectado; lo contrario sería desnaturalizar el objeto de la contracautela).

La contracautela protege, pues, al afectado injustamente con una medida cautelar y equilibra en cierto modo la desventaja que tiene en relación al peticionante de ella, por cuanto, además de sufrir la suspensión de los principios de bilateralidad y de contradicción, no se le exige al cautelado acreditar la certeza del derecho en que funda su pretensión sino tan sólo su verosimilitud. En el primer párrafo del artículo 613° del Código Procesal Civil se puede apreciar la finalidad que dicho cuerno de leyes confiere a la contracautela: «La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución».

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la contra cautela debe ser ofrecida al tiempo de peticionarse la medida cautelar, es decir, la solicitud respectiva debe contenerla, por así disponerlo el artículo 610° -inciso 4)- del Código Procesal Civil, que la considera un requisito de la solicitud precautoria. Este dispositivo legal es concordante con el penúltimo párrafo del artículo 611° del Código adjetivo, referido al contenido de la decisión cautelar, el cual preceptúa que «la resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela». Por consiguiente, tiene que ser ofrecida la contracautela en la solicitud cautelar o, en su defecto, antes de expedirse el mandato cautelar.

La admisión de la contracautela es decidida por el magistrado en cuanto a su naturaleza y monto, teniendo la potestad para aceptar la propuesta por el peticionante, graduar su monto e, inclusive, cambiarla por la que estime idónea para garantizar los eventuales daños que pueda acarrear la ejecución de la medida cautelar. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 613° del Código Procesal Civil. Naturalmente, la facultad discrecional del Juez con relación a la contracautela no puede estar desvinculada del examen de determinadas circunstancias como la condición económica del solicitante, la mayor o menor consistencia del derecho que se quiere cautelar, la naturaleza de éste, entre otras. Además, teniendo en cuenta que la apariencia del derecho puede devenir en menos probable o adquirir visos de certeza (según lo que se desprenda de su apreciación en el proceso principal), nada impide que el juzgador exija el incremento de la contracautela o su reducción, según el caso. Asimismo, el cautelado puede solicitar la disminución de la contracautela, si considera que la variación dispuesta por el Juez es excesiva o desproporcionada; y el afectado puede pedir el aumento de la contracautela o el cambio de forma, si estima que es insuficiente.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 614° del Código Procesal Civil, están exceptuados de prestar contracautela:

- El Poder Legislativo.
- El Poder Ejecutivo.
- El Poder Judicial.
- El Ministerio Público.
- Los órganos constitucionales autónomos.
- Los Gobiernos Regionales.
- Los Gobiernos Locales.
- Las universidades.
- La parte a quien se le ha concedido auxilio judicial.

Según el tercer párrafo del artículo 613 del Código Procesal Civil, la contracautela puede ser de naturaleza real (dinero, hipoteca, garantía mobiliaria, etc.) o personal (fianza o caución juratoria).

Al respecto, conforme se desprende del artículo 613 -cuarto párrafo del Código Procesal Civil, la constitución de la contracautela de naturaleza real opera sólo con el mérito de la resolución judicial que la admite (resolución que no es otra sino el auto que admite la medida cautelar). La contracautela de naturaleza real recae sobre bienes de propiedad de quien ofrece tal contracautela. Una vez constituida la contracautela de naturaleza real, el órgano jurisdiccional procede a remitir el oficio del caso para su inscripción en el registro público que corresponda.

La contracautela de naturaleza personal puede adoptar la forma de una fianza o caución juratoria. La admisión de esta última está condicionada al hecho de que sea proporcional y eficaz, lo que deberá fundamentarse adecuadamente. La caución juratoria se ofrece en el escrito que contiene la solicitud cautelar, con legalización de firma ante el Secretario cursor (art. 613 -tercer párrafo- del C.P.C.).

Si se da la hipótesis de que el afectado con la medida cautelar deba ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos indebidamente e irregularmente, entonces, se ejecuta la contracautela de naturaleza real o personal que fuera ofrecida, lo cual se hará, a instancia de parte interesada, ante el órgano jurisdiccional que dictó la medida preventiva y dentro del mismo cuaderno cautelar (recuérdese que las medidas preventivas se tramitan en cuaderno aparte). Dicho magistrado resolverá lo que resulte pertinente acerca de la ejecución de la contracautela solicitada por el afectado, y lo hará previo traslado a la otra parte (vale decir, al solicitante de la medida cautelar). Todo ello se colige del texto del artículo 613° -quinto párrafo- del Código Procesal Civil.

Consecuencia lógica del amparo de la pretensión principal del peticionante de una medida cautelar es la extinción de la contracautela que ofreciera en la solicitud respectiva, porque con la declaración de certeza de su derecho contenida en el fallo final se descarta que la medida preventiva sea injusta, por lo tanto, siendo improcedente cualquier indemnización al afectado con dicha medida, la contracautela ya no tiene razón de ser por lo que se justifica su cancelación automática o de pleno derecho. Justamente, el

artículo 620° del Código Procesal Civil hace alusión a esto al preceptuar que: «Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela queda cancelada de pleno derecho». Además, de conformidad con el último párrafo del artículo 613° del Código Procesal Civil «cuando se admite la contracautela sometida a plazo, ésta queda sin efecto, al igual que la medida cautelar, si el peticionante no la prorroga u ofrece otra de la misma naturaleza o eficacia, sin necesidad de requerimiento y dentro del tercer día de vencido el plazo».

2.5.-CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

Pueden clasificarse las medidas cautelares:

A) De acuerdo a la oportunidad en que han sido peticionadas en:

- Medidas cautelares anticipadas o fuera del proceso (arts. 608 y 636 del C.PC.).
- Medidas cautelares dentro del proceso (art. 608 del C.PC.).

B) Según su previsión o no en el ordenamiento legal. en:

Medidas cautelares específicas o típicas (Capítulo II del Título IV de la Sección Quinta del C.PC.)- Estas medidas se subdividen a su vez en:

- a) Medidas para futura ejecución forzada (arts. 642 al 67 del C.PC.). Pueden ser las siguientes:
 - a.1.-Embargo:** En forma de depósito, inscripción, retención, intervención y secuestro conservativo.
 - a.3).-Anotación de demanda en los Registros Públicos.**
 - b) Medidas temporales sobre el fondo (arts. 674 al 681 del C.PC.).
 - c) Medidas innovativas (arts. 682 al 686 del C.PC.).
 - d) Medidas de no innovar (art. 687 del C.PC.).

2.6.- LEGITIMIDAD ACTIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Cuentan con legitimidad activa para peticionar una medida cautelar el demandante (o el futuro demandante, si se trata de una medida fuera del proceso) y el litisconsorte activo. También tiene legitimidad activa para solicitar la tutela

cautelar el demandado (y, eventualmente, el litisconsorte necesario pasivo), en el caso que hubiera formulado reconvencción.

2.7.- LEGITIMIDAD PASIVA EN LAS MEDIDAS CAUTELARES

La legitimidad pasiva recae en la persona del demandado y también en la del litisconsorte pasivo, porque contra ellos se dicta el mandato cautelar y sufren, por tanto, la afectación de sus bienes. Puede incluirse además aquí al demandante y al litisconsorte necesario activo, en el supuesto de haberse planteado la reconvencción. La legitimidad pasiva comprende asimismo a los sucesores del demandado (antepenúltimo párrafo del art. 611° del C.PC.) y, a los terceros que tengan relación o interés con la pretensión principal (siempre que hayan sido citados con la demanda: artículo. 623 del C.PC.).

2.8.- ORGANOS DE AUXILIO JUDICIAL EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Son auxiliares de la jurisdicción civil, entre otros, los órganos de auxilio judicial (art. 54 del C.PC.). Cumplen una función de apoyo y colaboración a la administración de justicia en determinadas labores de utilidad para el desarrollo del itinerario procesal.

Al respecto, preceptúa el artículo 55 del Código Procesal Civil que «son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley». También pueden ser considerados órganos de auxilio judicial, además de los indicados, el cuerpo médico forense, la Policía Judicial y el cuerpo de traducción e intérpretes.

En las medidas cautelares participan -principalmente- los siguientes órganos de auxilio judicial: a) el depositario; b) el custodio; c) el interventor (recaudador o informador); d) el administrador; y e) la- autoridad policial o fuerza pública.

El veedor y el retenedor no constituyen órganos de auxilio judicial, pese a la asimilación que le concede el Código Procesal Civil al primero de los nombrados únicamente para los efectos de su retribución (art. 634° -primer párrafo-), y la asignación al retenedor de iguales obligaciones y responsabilidades que el depositario, dispuesta por la última parte del primer párrafo del artículo 657 del indicado cuerpo legal.

Cabe señalar que, conforme a lo señalado en el artículo 631° del Código Procesal Civil, el Juez se encuentra facultado para designar más de un órgano de auxilio judicial: a) cuando la medida cautelar recae sobre más de un bien; y b) si la naturaleza del bien respecto del cual se ha ordenado la afectación preventiva o su ubicación así lo justifica.

La labor que desempeñan los órganos de auxilio judicial es susceptible de retribución, la misma que es fijada por el Juez. La responsabilidad de su pago recae en el solicitante de la medida cautelar, quien debe hacerlo efectivo apenas se le requiera en tal sentido. Naturalmente, el pago que hiciere el peticionante de la medida precautoria por concepto de retribución a los órganos de auxilio judicial - será con cargo a la liquidación final, pues los honorarios de éstos constituyen costas judiciales que deberán ser pagadas por el sujeto pasivo de la relación procesal, siempre y cuando -claro está- éste resulte ser la parte vencida en el proceso principal (arts. 632° y 412° del C.P.C.). Toda decisión referida a la retribución de los órganos de auxilio judicial puede ser materia de apelación sin efecto suspensivo (última parte del art. 632° del C.R.C.).

Por otro lado, es de resaltar que la fiscalización de la labor que lleva a cabo un órgano de auxilio judicial puede ser hecha por el Juez, quien asume tal obligación en su calidad de director del proceso. Igualmente pueden desarrollarla el demandante y el demandado (no estando en discusión su legítimo interés), los litisconsortes necesarios, así como el tercero que sufre la afectación de un bien de su propiedad (cuando se haya acreditado su relación o interés con la pretensión principal: art. 623 del C.P.C.). Un acreedor concurrente, en defensa de sus intereses, también se encuentra legitimado para solicitar que se fiscalice la función del órgano de auxilio judicial. La fiscalización de la tarea desplegada por un órgano de auxilio judicial puede ser realizada inclusive por un veedor especial. Sobre esto último, el Código Procesal Civil, en su artículo 633, dispone lo siguiente:

«Cualquiera de las partes puede pedir la designación de un veedor que fiscalice la labor del órgano de auxilio judicial. En la resolución se precisarán sus deberes y facultades, así como la periodicidad con que

presentará sus informes escritos, los que serán puestos en conocimiento de las partes.

En atención a lo informado y a lo expresado por las partes, el Juez dispondrá las modificaciones que considere pertinentes, pudiendo subrogar al auxiliar observado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo».

El incumplimiento de las obligaciones por parte del veedor traerá como consecuencia la correspondiente responsabilidad por los daños y perjuicios que se produzcan, sin perjuicio de la responsabilidad a que se refieren los artículos 371° y 409° del Código Penal (que tratan sobre los delitos de omisión de declaración e informes y de declaración e informes falsos en juicio, respectivamente). Así lo contempla el último párrafo del artículo 634 del Código Procesal Civil.

2.9.- EXTENSION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Por mandato del artículo 611° -antepenúltimo párrafo- del Código Procesal Civil, la medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

No obstante lo indicado en el párrafo anterior, la medida cautelar puede recaer en bien de tercero, conforme lo autoriza el artículo 623 del Código Procesal Civil, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal. Tal afectación se encuentra condicionada, según dicho numeral, a que el tercero haya sido citado con la demanda. Por otro lado, la formalización de la afectación de los bienes del tercero, en atención al mandato preventivo, le confiere automáticamente legitimidad para intervenir en el proceso principal y en el cautelar (última parte del primer párrafo del art. 623 del C.PC.), razón por la cual se encuentre eximido de acreditarla.

En cuanto a la responsabilidad por afectación de bien de tercer: (no autorizada legalmente como es el caso descrito en el párrafo precedente), el artículo 624 del Código Procesal Civil preceptúa que:

«Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su

desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El peticionante pagará las costas y costes del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.

Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar».

2.10.- CONCURRENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES

La concurrencia de medidas cautelares es aquella situación procesa en la que dos o más medidas, emergentes de un proceso distinto o de varios, afectan un mismo bien. El artículo 639° del Código Procesal Civil se refiere a esta institución y establece que «cuando dos o más medidas afectan un bien, éstas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión».

2.11.- RESPONSABILIDAD POR DETERIORO O PERDIDA DE BIEN AFECTO A MEDIDA CAUTELAR

En caso de deterioro o pérdida del bien afecto a medida cautelar, tanto el peticionante de la medida como el órgano de auxilio judicial incurren en responsabilidad, la misma que es solidaria (primera parte del artículo 622 del Código Procesal Civil).

La responsabilidad aludida en el párrafo anterior es regulada y fijada por el Juez que ventila la causa, previo traslado por tres días. Absuelto dicho traslado o en su rebeldía, se establecerá la indemnización, pudiendo ser la respectiva resolución materia de apelación a concederse con efecto suspensivo. Ello se desprende de los artículos 621 y 622 del Código Procesal Civil.

2.11.1.- Responsabilidad del juez o del secretario.

Cuando el Juez designa al órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido ostensiblemente

inidónea. Así lo establece el primer párrafo del artículo 626° del Código Procesal Civil, el cual en su parte final dispone que en dicho caso será sometido el Juez a procedimiento especial, que no es otro sino aquel al que se refieren los artículos 509 al 518 del Sub-Capítulo 3 («Responsabilidad civil de los Jueces») del Capítulo II («Disposiciones especiales») del Título II («Proceso abreviado») de la Sección Quinta («Procesos contenciosos») del citado ordenamiento procesal.

Advertimos que la responsabilidad del Juez, en el caso de las medidas cautelares, no sólo puede fundarse en la designación inidónea del órgano de auxilio judicial, aludida en el párrafo precedente, sino también en todas aquellas irregularidades que pueda cometer el magistrado en la tramitación cautelar (como cuando se declara la caducidad de una medida fuera de proceso -que trae como consecuencia la disposición de los bienes del obligado-, no obstante no haber transcurrido el plazo que contempla el art. 636° del C.PC. para interponer la respectiva demanda). Ello se colige de lo señalado en el primer párrafo del artículo 509 del Código Procesal Civil, en el sentido que «el Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable...»

La responsabilidad del Secretario tendrá lugar cuando los daños y perjuicios son debidos a su negligencia al ejecutar la medida cautelar. La sanción será aplicada por el Juez a instancia de parte, con audiencia del presunto infractor (el Secretario) y actuándose la prueba pericial de estimarse pertinente. A diferencia de lo que sucede con el órgano jurisdiccional en que su responsabilidad es ventilada en un proceso especial, el trámite para decidir sobre la existencia o no de responsabilidad en el auxiliar jurisdiccional se desarrolla dentro del propio cuaderno de la medida cautelar. El correspondiente pronunciamiento judicial es susceptible de apelación con efecto suspensivo. Así lo dispone el último párrafo del artículo 626 del Código Procesal Civil.

2.12.-EXTINCION DE MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA CON EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEROGADO

El artículo 625° del Código Procesal Civil trata sobre la extinción de la medida cautelar concedida con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (derogado), de esta manera:

«En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral».

Conforme se desprende del referido artículo 625 del Código Procesal Civil:

Toda medida cautelar trabada en un proceso iniciado bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles de 1912 se extingue a los 5 años desde que la misma ha sido ejecutada, no debiéndose, pues, computar dicho plazo desde el momento en que fue solicitada la medida preventiva por el justiciable, ni tampoco desde la fecha en que fue ordenada por el juzgador.

- La referida extinción de medidas precautorias opera de pleno derecho, vale decir, es automática, razón por la cual la declaración judicial de extinción de la medida cautelar de que se trate, como es obvio, no es de índole constitutiva sino que reviste un carácter meramente declarativo.
- Si el proceso principal iniciado con la normatividad del Código de Procedimientos Civiles de 1912 todavía no hubiese terminado, el Juez tiene la potestad de ordenar que la medida cautelar trabada para asegurar el resultado del indicado proceso se reactualice. Para ello es menester la petición en ese sentido del interesado (titular de la medida precautoria).
- La aludida reactualización de la medida cautelar se llevará a cabo mediante una nueva ejecución de la misma en el supuesto que ello implique una inscripción registral.

Sobre el particular, la Ley Nro. 26639 (del 25-06-1996) establece lo siguiente:

- El plazo de caducidad (entiéndase -en la actualidad- como plazo de extinción de la medida cautelar) previsto en el artículo 625 del Código Procesal Civil se aplica a todos los embargos y medidas cautelares dispuestos judicial o administrativamente, incluso con anterioridad a la vigencia de dicho Código, ya sea que se trate de procesos concluidos o en trámite. Tratándose de medidas inscritas, los asientos registrales serán cancelados a instancia del interesado, con la presentación de una declaración jurada con firma legalizada por Fedatario o Notario Público, en la que se indique la fecha del asiento de presentación que originó la anotación de la medida cautelar y el tiempo transcurrido. El Registrador cancelará el respectivo asiento con la sola verificación del tiempo transcurrido. Quienes presenten declaraciones (juradas) falsas serán pasibles de las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley (art. 1 de la Ley Nro. 26639).
- Los embargos definitivos y otras medidas de ejecución trabados bajo las normas del Código de Procedimientos Civiles, conforme al art. 2 de la Ley Nro. 26639, caducarán en el plazo de cinco años contados desde la fecha de su ejecución, salvo que sean renovados. Si se trata de medidas inscritas, se aplicará lo dispuesto por el segundo párrafo del Artículo 1 (de la Ley Nro. 26639)
- Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del Juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los diez años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas. En caso de gravámenes que garantizan créditos, éstos se extinguirán a los diez años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado (art. 3 de la Ley Nro. 26639).

2.13.-CANCELACION DE LA MEDIDA CAUTELAR

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su

revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria (art. 630 del C.EC.).

No sólo la sentencia que rechaza la pretensión del peticionante amerita la cancelación de la medida cautelar, pues también ésta es susceptible de producirse si se extingue el proceso por las siguientes formas especiales de conclusión del mismo: conciliación, transacción judicial, desistimiento del proceso o de la pretensión y abandono (siendo el C.P.C. expreso en cuanto al último, pues dispone en su art. 347 que consentida o ejecutoriada la resolución que declara el abandono del proceso, quedan sin efecto las medidas cautelares, y se archiva el expediente). En efecto, estando inmersas las medidas cautelares en una relación de instrumentalidad con respecto al proceso principal, al extinguirse éste aquéllas siguen su suerte.

2.14.-PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Para (LEDESMA, 2008) “El **proceso cautelar** tiene como fin garantizar la eficacia de los procesos de conocimiento y ejecución, además de la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional”.⁵

2.14.1.- Concepto

El procedimiento cautelar representa una serie de actos procesales dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación y cancelación de alguna medida preventiva. Significa el conjunto ordenado y progresivo de los diversos pedidos y providencias cautelares cuya sustanciación sumaria tiene lugar en cuaderno separado sin interrumpir el desarrollo del proceso principal (ni influir su fase de cognición en él) al cual, no obstante, se encuentra vinculado por una relación de instrumentalidad.

⁵ .- Ledesma, Marianella (2008). *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.

2.14.2.- Competencia.

En lo que respecta al órgano jurisdiccional competente para conocer del trámite de una medida cautelar, cabe indicar que, en principio, tendrá competencia para decretar medidas cautelares el Juez que se encuentre habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda (art. 608 -primer párrafo- del C.P.C.).

Se entiende, pues, que el Juez que conoce la pretensión principal es el competente para encargarse del procedimiento cautelar en que se solicita la medida que busca asegurar aquélla.

Tratándose de la medida cautelar anticipada o fuera de proceso (que el Juez puede decretar, siempre a pedido de parte interesada, quien debe expresar claramente, en su solicitud cautelar, la pretensión a demandar en el proceso principal), cabe señalar que ella puede ser dictada por el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse, según lo ordena el artículo 33 del Código Procesal Civil. Además, es de destacar que todas las medidas cautelares fuera del proceso que tengan por finalidad asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben ser solicitadas ante el mismo órgano jurisdiccional. Si tales medidas precautorias dirigidas a garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva respectó de una misma pretensión no fuesen peticionadas ante el mismo Juez sino ante magistrados distintos, entonces, ello traerá como consecuencia la nulidad de las resoluciones cautelares que fueron dictadas (art. 608 -penúltimo párrafo- del C.P.C.).

Advertimos que en caso que se sustituya al Juez del proceso principal, el nuevo magistrado conocerá, además, de la tramitación del cuaderno cautelar. Precisamente, el artículo 609 del Código Procesal Civil establece que:

«Si por impedimento, recusación, excusación o abstención se dispone que el conocimiento del proceso principal pase a otro Juez, éste conocerá también del proceso cautelar».

Resulta evidente que el conocimiento del cuaderno cautelar lo tendrá siempre el Juez de la causa, inclusive en aquellos supuestos no contemplados en la norma citada (art. 609 del C.PC.) en que pueda producirse el cambio de magistrado. Por ejemplo: cuando se produce la destitución de éste, cuando se acuerda por resolución administrativa la redistribución de procesos entre los diferentes órganos jurisdiccionales, etc

2.14.3.- Requisitos de la solicitud cautelar

El artículo 610° del Código Procesal Civil establece cuáles son los requisitos de la solicitud cautelar al disp. Que: «El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;
3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal».

De haberse obtenido sentencia favorable y pese a ser ésta impugnada, se puede presentar la solicitud precautoria sin que sea menester exponer los fundamentos de la pretensión cautelar y ofrecer contracautela (art. 615° del C.PC.).

Además de los requisitos consignados en el artículo 610° del Código Procesal Civil, resulta claro que la solicitud cautelar debe reunir otros de carácter general que no son sino aquellos contemplados en los artículos 424° y 425° del citado Código (referidos a los requisitos y anexos de la demanda, en ese orden), en lo que resulte pertinente.

2.14.4.- Casos especiales de improcedencia.

Por mandato del artículo 616 del Código Procesal Civil, no proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra: a) el Poder Legislativo; b) el Poder Ejecutivo; c) el Poder Judicial; d) el Ministerio

Público; e) los órganos constitucionales autónomos; f) los Gobiernos Regionales; g) los Gobiernos Locales; h) las universidades; e i) los bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos Locales y Regionales, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.

Sobre los casos de improcedencia de las medidas cautelares, el Código Procesal Civil establece, además, que:

Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga (art. 627 del C.PC.).

En los procesos únicos de ejecución, cuando se haya constituido prenda (entiéndase garantía mobiliaria, en la actualidad), hipoteca o anticresis en favor del ejecutante en garantía de su crédito, no podrá cautelarse éste con otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubran el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos, o por otros motivos debidamente acreditados por el ejecutante y admitidos por el Juez en decisión inimpugnable (art. 692 del C.PC.).

2.14.5.- La providencia cautelar

La providencia cautelar se encuentra contenida en una resolución denominada auto, que constituye un acto procesal motivado del Juez dirigido a admitir, rechazar, modificar o cancelar la medida cautelar. Precisamente, el segundo párrafo del artículo 121 del Código Procesal Civil establece que «mediante los autos el Juez resuelve [...] la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares...»

La providencia cautelar admisorio de una medida preventiva contiene lo siguiente: A. la motivación de la decisión cautelar (la que deberá estar referida a la verosimilitud del derecho, a la necesidad de la emisión de la decisión preventiva por el periculum in mora o por cualquier otra razón justificable, a la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la

pretensión, y a la aceptación de la contracautela ofrecida), cuya omisión acarrea la correspondiente nulidad procesal; B. la forma de la medida (que puede ser la solicitada o la que estime pertinente el Juez, y estar prevista en el ordenamiento procesal o tratarse de una medida genérica o atípica); C. la indicación de los bienes o derechos a ser afectados; D. la fijación del monto por el que se concede la medida, si fuere el caso; E. la designación de la persona contra la que se ordena la medida; F. la determinación de la contracautela; G. el señalamiento del órgano de auxilio judicial, si fuere el caso; y H. otras disposiciones accesorias o eventuales sobre libramiento de exhortos, expedición de oficios a la autoridad policial para que brinde las garantías del caso, remisión de oficios de captura (si se trata de una medida en forma de secuestro vehicular), envío de oficios a los Registros Públicos para la anotación de la medida, autorización de descerraje, etc.

El Código Procesal Civil, en su artículo 611, se refiere al contenido de la decisión cautelar, en estos términos:

«El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.
4. La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.
5. La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad».

2.14.6.- Tramite y ejecución de la medida cautelar

El trámite y ejecución de una medida cautelar se desarrolla del siguiente modo:

En primer lugar, y dada la autonomía del procedimiento cautelar, se forma cuaderno especial para todos los actos relativos a su obtención (art. 635 del C.PC.).

- Tratándose de una medida anticipada o fuera de proceso el cuaderno cautelar lo conforma, como es obvio, la solicitud y los anexos originales.
- En un proceso en trámite, el cuaderno cautelar se forma con copia simple de la demanda, sus anexos y la resolución admisorio. Estas se agregan a la solicitud cautelar y a sus documentos sustentatorios. Para la tramitación de este recurso (entiéndase para la tramitación de este cuaderno) está prohibido el pedido del expediente principal (art. 640 del C.PC.). En lo que atañe a este acápite, debemos destacar que no resulta comprensible el hecho de permitirse en el artículo 640 del Código Procesal Civil la formación del cuaderno cautelar con copias simples de ciertos actuados, mientras que se exige copias certificadas de éstos en el artículo 615 de dicho ordenamiento procesal, referido -para colmo- al caso especial de procedencia del pedido de medida cautelar de quien obtuvo sentencia favorable que fuera objeto de impugnación. La hipótesis contenida en el último precepto legal hace que la pretensión cautelar goce de mayor consistencia que en el primer caso, por lo que no se explica la exigencia de mayores formalidades. No queda sino pensar que se trata de un olvido del legislador, que no tuvo en cuenta al modificar el texto original del artículo 640 del Código Procesal Civil (mediante la Ley Nro. 26871, del 11-11-1997) que era necesario reformar, además, el artículo 615 del Código Procesal Civil, a fin de evitar innecesarias contradicciones.
- Presentada la solicitud cautelar, es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a los fundamentos y

prueba de la solicitud (art. 637 -parte pertinente del primer párrafo- del C.P.C.).

- Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna (art. 637 -parte pertinente del primer párrafo.
- Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida (art. 637 -segundo párrafo.
- De ampararse la oposición (formulada por la parte afectada con la medida precautoria), el Juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición (ya sea amparando o desestimando tal oposición) es apelable sin efecto suspensivo (art. 637 -in fine, por lo que la eficacia de la resolución recurrida en apelación se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta (art. 368 -inc. 2).
- La ejecución de la medida (cautelar) será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique (art. 641 -parte pertinente.
- Cuando la ejecución de la medida (cautelar) deba ser cumplida por un funcionario público, el Juez le remitirá, bajo confirmación, vía correo electrónico el mandato que ordena la medida de embargo con los actuados que considere pertinentes o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión (art. 638 -primer párrafo). Por el mérito de su recepción, el funcionario (público) queda obligado a su ejecución inmediata,

exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal (art. 638 -parte pertinente del último párrafo).

- Cuando por las circunstancias sea necesario el auxilio de la fuerza pública (para la ejecución de la medida cautelar), se cursará un oficio conteniendo el mandato respectivo a la autoridad policial correspondiente (art. 638 -segundo párrafo- del C.P.C.). Por el mérito de su recepción, la autoridad policial queda obligada a su ejecución inmediata, exacta e incondicional, bajo responsabilidad penal (art. 638 -parte pertinente del último párrafo).
- Todas las ocurrencias de la ejecución de la medida serán sentadas en un acta por el auxiliar, la que será firmada por todos los intervinientes y certificada por aquél. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar (art. 641 -parte pertinente- del C.P.C.).

2.14.7.-Variación de la medida cautelar

De acuerdo al artículo 617 del Código Procesal Civil, a pedido del titular (peticionante), la medida cautelar es susceptible de variación en cualquier estado del proceso, pudiendo ésta concretarse con: a) la modificación de su forma; b) el cambio de los bienes sobre los que recae; c) el aumento o reducción de su monto; o d) la sustitución del órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida cautelar puede efectuar similar pedido (de variación), el que será resuelto previa citación a la otra parte (segundo párrafo del art. 617 del C.P.C.).

Para resolver las solicitudes de variación, tanto del titular de la medida como de la parte afectada con ella, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo (art. 617 -in fine- del C.P.C.).

2.14.8.- Sustitución de la medida cautelar.

Procede la sustitución de la medida cautelar en los casos a que hace referencia el artículo 628 del Código Procesal Civil, a saber: a cuando el afectado deposita el monto fijado en la medida cautelar que asegura una

pretensión dineraria, manteniéndose la suma depositada en garantía de dicha pretensión y devengando el interés legal; y b) cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez.

En el primer supuesto, el órgano jurisdiccional dispondrá de plano la sustitución de la medida cautelar, siendo inimpugnable tal decisión. En el segundo caso (ofrecimiento de garantía) se correrá traslado por tres días al peticionante, debiendo el Juez resolver absuelto el mismo o en su rebeldía.

2.14.9.- Medida Cautelar fuera de proceso

La medida cautelar fuera de proceso (denominada comúnmente medida cautelar anticipada) es aquella que se solicita en momento previo a la interposición de la demanda, pudiendo inclusive tramitarse y ejecutarse antes que ésta se presente ante el órgano jurisdiccional.

La medida cautelar anticipada o fuera de proceso obedece a la urgencia del mandato cautelar por ser prácticamente inminente el perjuicio que se quiere evitar con ella o potencial el peligro en la demora. El carácter especial que le da la oportunidad en que es planteada amerita una acreditación mayor de la verosimilitud del derecho del peticionante y del periculum in mora, así como el ofrecimiento de una contracautela idónea.

El artículo 608° del Código Procesal Civil autoriza la procedencia de la medida cautelar fuera de proceso, en tanto que el artículo 636 de dicho Código la regula en estos términos:

«Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación».

En cuanto al momento de interposición de la demanda respectiva (cuál es, según el art. 636° -parte pertinente- del C.P.C., dentro de los diez días posteriores a la ejecución de la medida cautelar fuera del proceso o anticipada) debe dejarse en claro que puede ser presentada antes de la ejecución de la medida fuera de proceso peticionada. Si se hace una interpretación lógica y sistemática del artículo 636° del Código Procesal Civil, se llega a tal conclusión; lo contrario significaría el absurdo de impedir a una persona que presente su escrito de demanda en el momento que estime conveniente, infringiéndose así su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La frase «ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal...» -contenida en el primer párrafo del artículo citado- debe ser entendida como la referencia al término inicial del plazo perentorio de diez días dentro del cual debe interponerse la correspondiente demanda para evitar la caducidad (de pleno derecho o automática) de la medida cautelar anticipada, y no debe ser vista como una condición para la presentación de la demanda en este particular caso. Consecuentemente, nada le impide al interesado presentar su demanda en el momento que considere oportuno; es más, si acaso la interpusiera luego del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 636 del Código Procesal Civil, deberá declararse la caducidad de la medida cautelar anticipada, pero no la improcedencia de la demanda, la misma que debe ser admitida por cuanto constituye un acto procesal independiente del pedido cautelar.

Continuando con la oportunidad para interponer la demanda respectiva en caso de haberse solicitado una medida anticipada o fuera del proceso, es de resaltar que, en aplicación del artículo 636° -parte pertinente- del Código Procesal Civil, si el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuese necesario para la procedencia de la demanda (por contener ésta una pretensión que constituye materia conciliable: ver, al respecto, los arts. 7, 7-

A y 9 de la Ley Nro. 26872, y los arts. 7, 8 y 9 del Decreto Supremo Nro. 014-2008-JUS), el plazo para interponer tal demanda (que es de diez días) se computará desde que haya quedado concluido el procedimiento conciliatorio, el cual, dicho sea de paso, debe ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida cautelar. Si el peticionante de la medida cautelar fuera del proceso no interpone la demanda dentro del referido plazo o no acude al centro de conciliación correspondiente, entonces, la mencionada medida cautelar fuera del proceso caduca de pleno derecho. Sobre el particular, el artículo 11 del Decreto Supremo Nro. 014-2008-JUS (Reglamento de la Ley de Conciliación) prescribe lo siguiente:

- A. Cuando el intento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la calificación judicial de procedencia de la demanda, éste deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles a la ejecución de la medida cautelar;
- B. En caso de concurrencia de medidas cautelares, el plazo se computará a partir de la ejecución de la última medida, salvo pronunciamiento del juez;
- C. Si no se acude al Centro de Conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho, de conformidad con el artículo 636 del Código Procesal Civil; y
- D. El plazo para interponer la demanda se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, conforme al artículo 15 de la Ley Nro. 26872 (numeral éste que regula los casos en que se produce la conclusión del citado procedimiento conciliatorio extra judicial).

Es importante destacar que en la demanda subsiguiente a la medida cautelar anticipada o fuera de proceso debe solicitarse -por lo general en un otrosí- el desglose de los medios probatorios que se acompañaron a la solicitud preventiva anticipada y que se refieran a la pretensión principal. Así es, tales medios de prueba, adjuntados al pedido cautelar para acreditar la verosimilitud del derecho del solicitante, tienen que incorporarse al cuaderno principal para que el Juez pueda resolver en consecuencia. De

expedirse el fallo sin tener a la vista el magistrado los medios de prueba en cuestión (por estar en el cuaderno cautelar), o teniéndolos en copias simples (en vez de en originales), adolecerá de nulidad dicho fallo por basarse en autos diminutos.

Ponemos de relieve que la caducidad de pleno derecho de una medida cautelar fuera del proceso no sólo opera cuando la demanda es interpuesta fuera del plazo previsto en el artículo 636 del Código Procesal Civil o cuando no se acude al Centro de Conciliación Extrajudicial (s: la demanda contiene pretensiones que constituyen materias conciliables, sino que también opera cuando, presentada oportunamente tal demanda, ésta es rechazada liminarmente. Así lo establece el último párrafo del numeral citado, del cual se desprende, además, que la medida cautelar; fuera de proceso o anticipada requiere nueva tramitación, inclusive sí, habiendo sido rechazada liminarmente la demanda e impugnada la resolución judicial respectiva, el superior jerárquico dispone la admisión de la demanda.

Por último, cabe indicar que tiene competencia para dictar una medida cautelar antes de la iniciación del proceso el Juez competente por razón de grado para conocer la demanda próxima a interponerse. Así lo dispone el artículo 33° del Código Procesal Civil. Al respecto, el artículo 608° -parte pertinente- del Código Procesal Civil establece:

A. que el Juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda, pudiendo, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste; y

B. que todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión (que el peticionante, dicho sea de paso, tendrá que determinar claramente), deben solicitarse ante el mismo Juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. Debe tenerse en consideración que, a tenor de la parte final del primer párrafo del artículo 637 del Código Procesal Civil, en caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial (de presentarse tal hipótesis).

2.14.9.1.- Medida anticipada

El Código Procesal Civil en su artículo 618 concede al magistrado la facultad de ordenar medidas anticipadas. Dicho numeral preceptúa que:

«Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva.

A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo».

2.14.10.- Eficacia de la medida cautelar

El artículo 619° del Código Procesal Civil versa sobre la eficacia de la medida cautelar estableciendo lo siguiente:

«Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.

La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito».

3.14.11.- Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

La medida cautelar solicitada innecesaria o maliciosamente acarrea una serie de sanciones al peticionante (multa, el pago de costas y costos del procedimiento cautelar e, inclusive, de la indemnización a que hubiere lugar). La ilegitimidad del pedido cautelar sólo puede determinarse si la

demanda es rechazada por el órgano jurisdiccional, pues sólo así puede establecerse que el solicitante de la misma estaba desprovisto de derecho alguno para plantear su pretensión y, por ende, para tratar de asegurarla con la medida preventiva.

La multa y la indemnización que correspondan serán fijadas por el Juez del proceso principal (y no en proceso aparte) en atención al mayor o menor sustento que pudo haber tenido el pedido cautelar, al daño irrogado al afectado, y a la actitud culposa o dolosa del peticionante.

El artículo 621° norma lo relacionado a las sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa de este modo:

«Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.

La resolución que decida la fijación de costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo».

2.15.- MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCION FORZADA

Las medidas para futura ejecución forzada son aquellas dirigidas a asegurar el cumplimiento de la obligación a que se le condenará al vencido mediante el correspondiente fallo jurisdiccional. Ellas garantizan que los bienes que van a ser materia de ejecución forzada se mantengan para su realización.

Las medidas para futura ejecución forzada son el embargo (en sus diferentes formas) y el secuestro (judicial y conservativo).

2.16.- PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR.

A continuación, detallamos los presupuestos de las medidas cautelares:

a). - Apariencia o verosimilitud del derecho invocado

La verosimilitud del derecho, tal como lo admite la doctrina generalizada, implica un razonamiento del Juez sobre la probabilidad que el derecho alegado exista; no siendo necesario que las pruebas le creen certeza absoluta respecto del derecho reclamado, toda vez que es suficiente únicamente la apariencia del mismo. Sobre este punto es necesario entonces que las pruebas que se adjuntan al pedido cautelar y argumentos que sustentan el mismo, resulten de una mera “aparencia” para convencer al Juzgador de ordenar la ejecución de una Medida Cautelar.

(ORTELLS & CALDERÓN, 1996)

Para mejor explicar esta posición nos permitimos citar a los Tratadistas Españoles Ortells –ramos y Calderón⁶ Cuadrado:

“...este presupuesto no se preocupa tanto de la delimitación de la situación jurídica cautelable, cuanto del problema del grado de demostración de esta situación jurídica necesario y suficiente para que el Juez pueda adoptar una medida cautelar”

(.....)

Para que la Medida Cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica cautelable ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del Juez.”

La verosimilitud de nuestro derecho se manifiesta dentro de los términos de los fundamentos de hecho expuestos en el presente escrito en relación con la demanda que vamos a interponer, por cuanto existe un título ejecutivo.

⁶.- Manuel Ortells Ramos y María Pía Calderón Cuadro. *La Tutela Judicial Cautelara en el Derecho Español*. Edt. Comares SL, 1996, Granada- España pag. 13

En este contexto, de conformidad con lo previsto por el artículo 643, segundo párrafo, del Código Procesal Civil: “Cuando la medida cautelar tiende a asegurar la obligación de pago contenida **en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio**”; por lo que, a la luz de la norma citada, se encuentra debidamente acreditado y legalmente atendible el presente presupuesto de la medida cautelar requerida, al encontrarnos ante un título ejecutivo de naturaleza extrajudicial.

b). peligro en la demora.

(ORTELLS & CALDERÓN, 1996)

El peligro en la Demora, conforme definen Manuel Ortells Ramos y María Pía Calderón, “...**se integra por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla y que la medida cautelar se dirige precisamente a conjurar**”.⁷

En línea con lo expuesto, el peligro en la demora implica la posibilidad que en caso el Juez no garantice por medio de la medida cautelar solicitada el cumplimiento del fallo definitivo que pueda resultar estimatorio en relación con la deuda materia de cobranza, la cual se encuentra comprendida dentro de una letra de cambio, es factible que jamás se ejecute con eficacia.

⁷ .- Manuel Ortells Ramos y María Pía Calderón Cuadro, *Op.Cit* pag.14.

CAPITULO III

EL EMBARGO

3.1.- DEFINICION

Para (ALLORIO, 1963). “El embargo se concreta con el acto judicial (declaración de autoridad pública con fuerza ejecutoria), pero se materializa hacia el exterior no para producir efectos positivos, que no los necesita por tratarse de acto revestido de potestad jurisdiccional, sino para evitar ciertos efectos negativos en orden a la efectividad de la medida en relación con el ejecutado y terceros, con el “actividad de aprehensión del bien”⁸, específicamente si se trata de muebles, o la “actividad publicitaria” tratándose de los inmuebles. Por tal motivo, el embargo existe, ya, desde la declaración judicial, pero la exteriorización mediante aprehensión física o publicidad legal permite, según sea el caso, visibilizar los bienes y/o impedir efectos negativos en relación a la ejecución o transmisión irreivindicable de la cosa”.

(HINOSTROZA, 2011) Nos dice: El embargo es el acto procesal de naturaleza preventiva encaminado a la inmovilización jurídica de los bienes del obligado, con la finalidad que el acreedor pueda satisfacer su crédito una vez que se dicte la declaración de certeza que lo reconozca y ordene su pago.

El artículo 642° del Código Procesal Civil define al embargo de esta manera:

«Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley».

Debido al embargo determinados bienes individualizados se vinculan jurídicamente a la subsiguiente actividad procesal que representa la ejecución forzada. Este nexo consiste fundamentalmente en el poder que adquiere el órgano jurisdiccional para desarrollar sobre los bienes materia de embargo actos de disposición que hagan posible la satisfacción de la pretensión principal del embargante. De lo expuesto se desprende como función esencial del embargo,

⁸ .-ALLORIO, Enrico. “Ejecución forzada en general”. *Problemas de Derecho Procesal EJE*, Buenos Aires 1963, traducción de Santiago Sentis Melendo, T. II, p. 218.

además de la conservativa, el concretar el objeto sobre el cual recaerá la actividad de ejecución forzada (que puede sufrir variaciones hasta tanto ésta no se realice).

Es de destacar que el embargo no priva a quien lo sufre de la titularidad de su derecho sobre el bien objeto del mismo; de ser así, no sería necesario pasar a la subsiguiente fase de ejecución forzada, consistente en la realización de los bienes embargados. Dicha medida precautoria no le impide al embargado disponer de los bienes materia de ella, pues, de presentarse este caso, el adquirente asume el gravamen que importa el embargo. Se advierte que esto se da tratándose de inmuebles (inscritos), porque en el caso de bienes muebles no opera el ejercicio de la facultad de disposición por parte del embargado, pues éste es constituido en depositario, por lo que tiene la obligación de conservar los bienes embargados, incurriendo en responsabilidad civil y penal si falta a su deber: arts. 649 y 655 del Código Procesal Civil. Lo último es de aplicación para la hipótesis contenida en el artículo 650 del citado cuerpo de leyes, referido al embargo de inmueble sin inscripción registral, en que también es nombrado el obligado como depositario.

3.2.- PRESUPUESTOS

(MORENO, 2000) nos dice: “El primer presupuesto es que el bien sea embargable, lo que constituye la regla general tratándose de elementos patrimoniales del sujeto deudor, salvo que el bien se encuentre en el listado de bienes inembargables (art. 648 C.P.C). Por tanto, los bienes objetos de embargo deberán tener contenido económico y ser susceptibles de realización (“embargabilidad” o susceptible de embargo), dado que la ejecución forzada cumple la función de satisfacción del acreedor, mediante la obtención del producto luego de los actos ejecutivos”⁹.

“El segundo presupuesto es que los bienes se individualicen o concreten a través del acto judicial, pero a veces se requiere complementariamente la actuación del funcionario público¹⁰, (MONTERO, 2001) especialmente cuando la orden del juez ordena la afección genérica sobre “los bienes muebles del deudor que se ubiquen en determinado lugar”, cuya finalidad es evitar la ocultación material de cosas que se encuentran en sitios cerrados o de imposible visibilidad, por tanto, en

⁹ .-MORENO CATENA, Victor, *La ejecución forzosa*, OP, Cit. p.219

¹⁰ .-MONTERO AROCA, Juan. *“El proceso de ejecución”*, OP. Cit., p..598.

tanto, en este segundo tipo de embargos se necesita una actividad ulterior de especificación, normalmente ejecutada por el oficial respectivo, con lo cual recién viene a completarse la traba¹¹. (NOVELLINO, 2011).

El tercer presupuesto es que los bienes, ya individualizados, pertenezcan al deudor, pues la ejecución recae sobre su patrimonio, y no en el de los terceros (art.642 CPC). Esta es una premisa que se encuentra fuera de discusión”.

3.3.- ALCANCES

El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a los accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados concedidos. Así lo establece el artículo 645° del Código Procesal Civil que trata precisamente sobre la extensión del embargo.

Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado (art.646° del C.P.C.).

3.4.- IDENTIFICACION DE LOS BIENES EMBARGADOS.

Por disposición del artículo 644° del Código Procesal Civil, en la ejecución del embargo (o secuestro) el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta respectiva, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando sea necesario:

- a) La naturaleza de los bienes;
- b) Su número o cantidad;
- c) La marca de fábrica;
- d) El año de fabricación;
- e) El estado de conservación y funcionamiento;
- f) La numeración registral; y
- g) Los demás datos necesarios para la cabal identificación y devolución de los bienes en el mismo estado en que fueron depositados.

No podemos dejar de mencionar que, además, el auxiliar jurisdiccional deberá consignar en el acta la identificación de la persona designada como órgano de auxilio judicial, y certificar la entrega de los bienes a ésta.

¹¹ .-NOVELLINO, Norberto José. Editorial Astrea, Buenos Aires 2011, p.390.

3.5.- NATURALEZA.

(GONZALES, 2015)¹². Nos dice: “El embargo no es un derecho, y menos un derecho real, se trata de un acto judicial destinado a la tutela de un derecho sustancial del acreedor. El embargo ejecutivo es un mecanismo dirigido a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del deudor, pero no es un derecho por sí mismo, pues ello implicaría una contradicción insalvable, en tanto el embargo sería un derecho creado por el juez para proteger a su vez un derecho sustancial, lo que será paradójico”.

3.6.- BIENES INEMBARGABLES

El artículo 648° del Código Procesal Civil se refiere a los bienes inembargables y prescribe lo siguiente:

«Son inembargables:

1. Los bienes del Estado.

Las resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas que dispongan el pago de obligaciones a cargo del Estado, sólo serán atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan;

[Este inciso ha sido dejado sin efecto por la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente Nro. 006-97-AI/TC- publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 07 de marzo de 1997- que declaró fundada en pártela demanda de inconstitucionalidad contra la Ley Nro. 26599, del 22-04- 1996, que modificara justamente este inciso. Por consiguiente, subsiste la videncia del artículo 73 de la Constitución Política del Perú, del cual se desprende que sólo son inembargables los bienes de dominio público].

2.- Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492° del Código Civil [según el cual, los frutos del patrimonio familiar son materia de embargo hasta las dos terceras partes, pero únicamente

¹² .- Gunther Hernán Gonzales Barrón, “Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles”

para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias];

3.- Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia;

4.- Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado;

5.- Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional;

6.- Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;

7. Las pensiones alimentarias;

8. Los bienes muebles de los templos religiosos; y,

9. Los sepulcros.

No obstante, pueden afectarse los bienes señalados en los incisos 3. y 4., cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos. También pueden afectarse los frutos de los bienes inembargables, con excepción de los que generen los bienes señalados en el inciso 1°.

3.7.- CLASES DE EMBARGO

Las clases de embargo son las siguientes: a) embargo en forma de depósito; b) embargo en forma de inscripción; c) embargo en forma de retención; d) embargo en forma de intervención; y e) embargo en forma de administración.

3.7.1.- Embargo en forma de depósito

El embargo en forma de depósito consiste en la afectación jurídica (sin desposesión) de un bien o derecho del obligado en la medida suficiente para hacer efectivo el cobro de la deuda, debiendo estar autorizado previamente por el Juez a través de una resolución en ese sentido. Aquí el propio obligado es constituido en depositario (arts. 649 -primer párrafo- y 650° del C.PC.), y destacamos que, en su calidad de propietario del bien depositado, mantiene sus poderes de uso y disfrute del mismo, siendo inaplicable en este caso la prohibición de usar el bien impuesta a quienes actúan como depositarios -civiles: art. 1820 del C.C.- . Sin embargo, el ejercicio de tales poderes inherentes a la propiedad no se opone a la responsabilidad por el eventual deterioro, pérdida o destrucción del bien afectado con la medida cautelar.

Puede recaer el embargo en forma de depósito sobre bienes muebles y sobre bienes inmuebles sin inscripción registral.

3.7.1.1.- Embargo de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona

El artículo 650 del Código Procesal Civil regula lo concerniente al embargo en forma de depósito que recae sobre un bien inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona, en los siguientes términos:

«Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.

En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.

También en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral».

3.7.1.2.- El Depositario

El depositario es el órgano de auxilio judicial (art. 55 del C.P.C.) que recibe la cosa sobre la cual recae el embargo en forma de depósito con la obligación de cuidarla diligentemente y conservarla en su poder, haciendo entrega de ella cuando el órgano jurisdiccional se lo ordene.

Será siempre depositario el afectado con la medida, porque si tal función la ejerce una tercera persona se le denominaría custodio y se estaría ante otra forma de medida cautelar: El secuestro, pues el depósito judicial no supone la desposesión del bien, sino su conservación por parte de quien sufre la medida preventiva.

El artículo 655 del Código Procesal Civil contempla las obligaciones del depositario (y del custodio) estableciendo que:

«Los órganos de auxilio judicial están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del Juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay. Asimismo, darán cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro y los que regulen otras disposiciones, bajo responsabilidad civil y penal».

3.7.1.3.- Cateo en el embargo en forma de depósito.

El cateo supone la búsqueda minuciosa y esmerada de bienes. Implica el registrar cuidadosamente un lugar o persona -e

inclusive cosa- a fin de encontrar algún bien que pueda ser afectado con medida cautelar.

El artículo 653 del Código Procesal Civil señala al respecto lo siguiente:

«Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el Auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que esta le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del afectado, respetando el decoro de ésta».

3.7.2.- Embargo en forma de inscripción

El embargo en forma de inscripción es aquella medida cautelar dirigida a restringir la disponibilidad de los bienes registrados (predios, naves, aeronaves, vehículos automotores, etc.) del obligado, lográndose su ejecución con la inscripción del embargo en el Registro Público que corresponda, para lo cual se deben cursar los partes judiciales respectivos. Si bien no impide la transferencia del bien, trae como consecuencia jurídica que el adquirente del mismo asuma la carga de la medida preventiva hasta por el monto que ella alcance, sustituyéndose aquél al deudor para tales efectos, salvaguardándose así los intereses del titular de la medida.

Se basa esta clase de embargo en el principio registral de publicidad por el cual se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. En consecuencia, una vez registrado ninguna persona puede alegar el desconocimiento del embargo en forma de inscripción, descartándose, entonces, la buena fe del adquirente en caso de transferencia del bien, quien afronta dicha medida al tenerse por cierto que conocía que el bien afectado aseguraba el resultado de un proceso.

El artículo 656 del Código Procesal Civil regula el embargo en forma de inscripción estableciendo que:

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

3.7.2.1.- Anotación preventiva de embargo

La anotación preventiva de embargo es la medida de aseguramiento de la traba (y no una medida cautelar strictu sensu) que resulta idónea cuando recae sobre bienes muebles o inmuebles registrados. De esta manera se brinda publicidad registral únicamente a la medida cautelar ordenada, a diferencia de la anotación de litis en que la publicidad se refiere a la pretensión principal respecto de un bien.

Mediante la anotación preventiva de embargo en los Registros Públicos todos adquieren conocimiento de que sobre un bien pesa un determinado gravamen, por lo que, si el acto jurídico de traslación o de carga es posterior a la anotación, no se puede invocar buena fe, debiendo asumir el adquirente la carga que importa la medida hasta por el monto que ella alcance, teniendo, además, preferencia el embargo anotado sobre las medidas cautelares y otros gravámenes efectuados o constituidos posteriormente. Se observa así que la anotación del embargo no priva al afectado del poder de disposición sobre el bien materia de embargo.

3.7.3.- Embargo en forma de retención

Cuando la medida cautelar recae sobre un crédito del obligado o sobre bienes pertenecientes al mismo que se encuentran en poder de terceros, ordenándose su retención, se configura el embargo en forma de retención.

La retención es una obligación que por mandato judicial se exige a quien debe hacer entrega de bienes o pagos al deudor, debiendo el retenedor reservarlos a orden y disposición de la autoridad jurisdiccional que decretó esta medida preventiva. Esta medida supone la inmovilización de bienes y valores del afectado que efectúa un tercero, quien se encuentra en posesión de ellos (no siempre en calidad de deudor).

Como se observa, el retenedor no modifica de modo alguno su relación jurídica con el obligado, sino que, en virtud del mandato que se pone en su conocimiento a través de la notificación respectiva, asume el deber de entregar el bien objeto de retención, desde que le sea impuesto, de la manera que el afectado -de no existir embargo- se lo hubiere exigido, pero no al último sino al Juzgado. Si se trata de dinero, tendrá que depositarlo a la orden de éste en el Banco de la Nación. En caso de bienes distintos, los pondrá a disposición del órgano jurisdiccional que expidió el mandato cautelar, asumiendo la calidad de depositario en tanto esto no se produzca.

Se acostumbra solicitar embargo en forma de retención, por lo general, sobre los fondos y valores que el obligado tuviere en cuenta corriente, depósito, custodia o cobranza, ya sea individual o mancomunadamente, en las distintas instituciones bancarias y/o financieras. Sobre el particular, puntualizamos que, conforme se desprende del segundo y tercer párrafos del artículo 657 del Código Procesal Civil, si fuese una entidad bancaria o financiera la poseedora de los derechos de crédito de la persona contra la cual se dirige la medida cautelar de embargo en forma de retención, entonces, el órgano jurisdiccional le ordenará a aquélla que lleve a cabo la correspondiente retención, trabándose la medida precautoria de inmediato, apenas la entidad en mención reciba el mandato judicial respectivo vía correo electrónico o, excepcionalmente, a través de cualquier otro medio fehaciente (que no dé lugar a dudas) que deje constancia de la decisión judicial de disponer el embargo en forma de retención. Como se aprecia, la forma habitual por la que se remitirá a la entidad bancaria o financiera la orden del Juez para que se proceda a la retención correspondiente, es la del correo electrónico. Advertimos que el magistrado no tendrá problemas para averiguar la dirección electrónica de la entidad bancaria o financiera de que

se trate, pues todas-las entidades del sistema financiero están obligadas a dar a conocer a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde deberá remitirse la orden judicial referida a la ejecución del embargo en forma de retención.

El embargo en forma de retención se encuentra normado, inicialmente, en el artículo 657 del Código Procesal Civil, cuyo texto es reproducido a continuación:

«Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención».

La ejecución del embargo en forma de retención se materializa cuando el Secretario interviniente procede a asentar el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la respectiva cédula de notificación, haciendo constar en la referida acta el dicho del retenedor respecto de la posesión de los bienes objeto de la medida cautelar y otros datos relevantes; o, de ser el caso, el Secretario interviniente dejará constancia en el acta respectiva de la negativa a firmar de! retenedor (art. 658 del C.P.C.).

El dicho del retenedor -si efectivamente hubiesen bienes de por medio- versará acerca de:

- La existencia de créditos o bienes.

- El valor de los créditos o bienes existentes.
- La imposición de cargas o gravámenes sobre los créditos o bienes existentes, si fuere el caso.
- Si la entrega de los bienes en cuestión se encuentra sujeta a plazo o al simple requerimiento del titular (afectado).
- Si sobre el objeto de la retención hay un régimen de copropiedad o pertenece aquél en su integridad al titular (embargado).
- Cualquier otro dato importante en relación a los créditos o bienes materia de retención.

Será a partir de la notificación de la medida cautelar al retenedor que éste ostentará la calidad de depositario y estará en la obligación de retener y poner a disposición del Juzgado que decretó tal medida todo pago a realizarse en razón de los créditos existentes o los bienes del afectado que se encontrase poseyendo.

Lo señalado en los párrafos anteriores no resulta de aplicación para las entidades bancarias y financieras, en cuyo caso se materializa la ejecución de] embargo en forma de retención de la manera prevista en el artículo 657 del Código Procesal Civil (numeral que fuera visto líneas arriba).

Por otro lado, es efecto de la falsa declaración del retenedor respecto de la existencia de créditos o bienes cuyo titular es el afectado con la medida, la obligación de pagar el valor de éstos al vencimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. Así lo dispone el artículo 659 del Código Procesal Civil, el mismo que, advertimos, se contrae únicamente a la falsedad de la declaración del retenedor en cuanto a la existencia de créditos y bienes y no en lo concerniente a otros datos o detalles de la información suministrada por el tercero retenedor. Por lo tanto, la sanción establecida en dicho numeral de pagar el valor de los créditos o bienes al vencimiento de la obligación se fundará tan sólo en la declaración falsa del retenedor acerca de su existencia (o inexistencia).

Es efecto del incumplimiento del mandato judicial de embargo por parte del retenedor el doble pago impuesto a éste. Así es, en el caso que hubiese el retenedor pagado al afectado, infringiendo la resolución cautelar, tendrá que

realizar nuevamente el pago a la orden del Juzgado, que tiene que coincidir con el anteriormente efectuado, siendo incorrecto pensar que al órgano jurisdiccional tenga que abonarle el doble del valor que originalmente pagó al afectado. Precisamente, el artículo 660 del Código Procesal Civil preceptúa que «si el retenedor, incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo».

3.7.4.- Embargo en forma de intervención

El embargo en forma de intervención representa aquella medida cautelar dirigida a embargar los ingresos de las empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas, para lo cual son ellas objeto de control o intervención por parte del órgano de auxilio judicial denominado interventor, quien, en mérito del mandato cautelar respectivo, se ocupa de recaudar directamente tales ingresos (haciendo exclusión de los destinados a cubrir los gastos propios de funcionamiento) o de informar sobre la marcha económica de la empresa intervenida a fin que el peticionante de la medida y el Juez conozcan sobre su real situación.

De acuerdo a la actividad que se le ordene desarrollar al interventor, el embargo en forma de intervención puede ser de dos clases: a) intervención en recaudación; y b) intervención en información.

3.7.4.1.- Embargo en forma de intervención en recaudación

El embargo en forma de intervención se encuentra contemplado en el artículo 661 del Código Procesal Civil, que dispone lo siguiente:

«Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.

La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.

La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez».

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, son obligaciones del interventor recaudador las siguientes: a) verificar el funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir sus labores propias (art. 662 -inc. 1)- del C.RC.); b) Llevar control de ingresos y egresos (Art. 662 -inc. 2)- del C.RC.); c) proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de lo intervenido (art. 662 -inc. 3)- del C.RC.); d) poner a disposición del Juez, dentro de tercer día, las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación, pudiendo el Juez, a pedido propio o de parte, modificar el plazo para consignar (art. 662 -inc. 4)- del C.RC.); e) informar, en los plazos señalados por el Juzgado, el desarrollo regular de la intervención, especialmente lo relativo a los hechos indicados en los tres primeros literales (art. 662 -inc. 5)- del C.RC.; f) informar de inmediato sobre aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación (art. 663 del C.P.C.).

Es de destacar que si el interesado considera que la intervención es improductiva, puede solicitar al Juez la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro. El Juez resolverá previo traslado al afectado por el plazo de tres días, y atendiendo al informe del interventor y del veedor, si lo hay. Contra la resolución que se expida procede apelación con efecto suspensivo. Así lo dispone el artículo 664 del Código Procesal Civil.

3.7.4.2.- Embargo en forma de intervención en información

El artículo 665 del Código Procesal Civil trata del embargo en forma de intervención en información en estos términos:

«Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez».

En lo que respecta a la ejecución del embargo en forma de intervención, cabe anotar que el Secretario interviniente redactará el acta de embargo en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la medida, las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el Juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si éste se rehúsa firmar, el Secretario dejará constancia de su negativa. Así lo establece el artículo 667 del Código Procesal Civil.

El interventor informador está obligado a: 1) informar por escrito al Juez, en las fechas señaladas por éste, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida (art. 666 -inc. 1)- del C.PC.); y 2) dar cuenta inmediata al Juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obsten el ejercicio de la intervención (art. 666 -inc. 2)- del C.PC.).

En el embargo en forma de intervención son responsables civil y penalmente: a) el interventor recaudador por el dinero que recaude, asimilándose para estos efectos al depositario (art. 668 -inc. 1)- del

C.P.C.); b) el interventor informador por la veracidad de la información que ofrezca (art. 668 -inc. 2)- del C.P.C.); y c) el intervenido por su actitud de resistencia, obstrucción o violencia (art. 668 -inc. 3)- del C.P.C.).

El interventor, como órgano de auxilio judicial que es, percibe la retribución que a su solicitud le fije el Juez. En este caso el peticionante de la medida es responsable de su pago con cargo a la liquidación final, y debe hacerlo efectivo a simple requerimiento. Las decisiones en relación a la retribución del indicado órgano de ^ filio judicial son apelables sin efecto suspensivo. Ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 632 del Código Procesal Civil.

3.7.5.- Embargo en forma de administración

Esta clase de embargo es aquel que recae sobre bienes fructíferos que se afectan en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan (art. 669 del C.P.C)

Es de resaltar que la diferencia entre la función desarrollada por el interventor y la que lleva a cabo el administrador radica en que el primero únicamente recauda los ingresos o proporciona información económica y/o financiera de la empresa intervenida, ajustándose a las directivas de su dueño o de su representante legal; mientras que el administrador precisamente se encarga de la dirección de aquélla, debiéndose acatar todas sus disposiciones (que no excedan el cometido de su gestión o las facultades señaladas en la providencia cautelar), máxime si al asumir el cargo el administrador cesan en sus funciones los distintos órganos directivos o de administración de la empresa sobre la cual recae la medida.

Sobre el particular, el artículo 670 del Código Procesal Civil - establece que:

«A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o

administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo».

Puntualizamos que, pese a señalarse en el artículo 670 del Código adjetivo que la intervención en recaudación puede convertirse a intervención en administración, esta última se trata en realidad de una medida de embargo en forma de administración. El hecho de que éste represente en el fondo una intervención (pues no se puede concebir una gestión de administración sin que se produzca de alguna manera la intervención en aquello que se afecta) no es suficiente para fundar una nueva clase de intervención.

CAPITULO IV

CALIFICACIÓN REGISTRAL

4.1.- DEFINICIÓN.

Los efectos que nuestro sistema registral otorga a las inscripciones, tales como: legalidad, legitimación, fe pública registral hacen que el acceso al registro deba cumplir con un requisito previo: La Calificación Registral.

(CHICO, 1987) Dice:

“El techo al que debe aspirar cualquier acto jurídico que pretenda lograr su plena efectividad es la inscripción en el Registro de la propiedad”.

Para llegar a ello es necesario que se realice el requisito previo de la calificación registral. La inscripción permite lograr lo que no alcanza la intervención del Notario, del Juez y de cualquier autoridad administrativa. Estos pueden producir titulación auténtica, pero ella es sólo un requisito previo para el acceso al registro y queda sujeta a la calificación que el Registrador, profesional del Derecho, realice (artículo 2010 y 2011 del código civil). (CHICO, 1987)

La actividad del Registrador constituye un poder y un deber, el poder exige un deber. No puede el Registrador ante un título dudar, vacilar ni eludir el juicio al cual está obligado y pronunciarse sobre el acceso o no al registro del acto, derecho o documento presentado.

La calificación consiste, así, en el examen por el Registrador de la validez externa e interna del título presentado, antes de resolver sobre su ingreso en el Registro y a este solo efecto. (LACRUZ & SANCHO, 1991)

El sustento de este juicio de crítica jurídica lo encontramos en el principio de legalidad.

Núñez Lagos citado por Chico y Ortiz establece dos clases de calificación. La calificación que se realiza del documento a efectos de realizar el asiento registral en el sistema de inscripción que constituye la calificación formal; y, la calificación que se realiza del documento atendiendo a los elementos establecidos para dicha

labor por la legislación que sería la calificación de fondo. Agrega, además, que un título no es válido por que se inscribe, sino que se inscribe porque es válido.

Puede atribuirse una duplicidad de funciones cuando se trata de calificación registral, en tanto los profesionales que intervienen en la titulación autentica (Juez, Notario, Autoridad Administrativa) poseen similares conocimientos jurídicos a los del Registrador. No obstante ello, por los efectos que la ley otorga a las inscripciones, se considera que lo que busca la ley para asegurar la plena validez del acto jurídico es precisamente el contraste de pareceres.

4.2.- ESENCIA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El Registrador al efectuar la calificación no va a juzgar la validez del título que le presentan para producir el cambio registral, sino que se limitará a decidir – de acuerdo a las pautas que le brinda la ley- sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de ese documento”. (MOISSET DE ESPANÉS, 1984)

La calificación no se realiza para declarar un derecho dudoso o controvertido se dirige y limita al solo efecto de efectuar la inscripción solicitada, suspenderla o denegarla.

Siguiendo la opinión de Núñez Lagos se puede establecer que la calificación puede ser vista desde una triple dimensión: Calificación de fondo, es decir la adecuación del título a los preceptos legales vigentes; calificación de forma, en mérito a su adecuación a los antecedentes del registro; así como la calificación para la realización del asiento de inscripción.

4.3. NATURALEZA JURÍDICA

Cuestión debatida es la concerniente a la naturaleza jurídica de la calificación. En las funciones generales del estado: administrativa, jurisdiccional, y jurisdiccional voluntaria se ha pretendido encuadrar su naturaleza jurídica partiendo de la esencia de la misma.

La calificación como función judicial ha sido tratada por parte de la doctrina española y se concibe que la calificación determina si con arreglo al derecho objetivo ha podido originarse o no el acto real que la inscripción debe reflejar, y en su caso autoriza dando fuerza de verdad legal a su determinación, que por ello

produce todos los efectos que, según la legislación, se derivan de la inscripción. Un acto subjetivo como un contrato que surte efecto entre las partes se convierte por efecto de su inscripción en un acto objetivo oponible erga omnes. Abona a este criterio la facultad de interpretar y aplicar la ley que también corresponde al Juez, así como la autonomía del Registrador en el ejercicio de su función calificadora (artículo 3 ley 26366) similar a la del Juez. Las críticas a esta posición doctrinaria se sustentan en el hecho de que la función judicial se realiza a través de un proceso, mientras que la registral, a través de un procedimiento; asimismo, se dice que la función registral no examina pretensiones.

La calificación registral como acto administrativo se plantea considerando que el Órgano registral es un órgano administrativo encargado de un servicio público con finalidad pública, la diferencia es la publicidad.

La calificación registral como acto de jurisdicción voluntaria, se plantea en tanto el Registrador aplica el derecho, actúa a instancia de parte, sólo por excepción de oficio, no existe contienda entre las partes. No obstante en la discusión se plantea igualmente la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, concluyéndose que se trata de actividad administrativa realizada por los órganos jurisdiccionales, de donde resulta que la función registral no sería jurisdicción voluntaria en tanto no es realizada por los Jueces.

La calificación como una función *sui generis* ha sido planteada en tanto se considera que la función judicial y la legislativa son lo que se ha extraído históricamente de la función ejecutiva. Esta es un residuo luego de restar las funciones legislativa y judicial. En consecuencia, no siendo la función registral ni legislativa ni judicial, tampoco encuadra dentro de la ejecutiva; se presenta por tanto como *sui generis*. “Ni el acto registral es un acto administrativo ordinario, ni los poderes del Registrador son funciones administrativas, ni el procedimiento de inscripción es un procedimiento administrativo al cual pueden aplicarse las disposiciones fundamentales en materia de procedimiento general administrativo, ni los recursos administrativos son idénticos al recurso gubernativo registral... surge así una figura autónoma”. (CHICO, 1987).

La discusión antes anotada, si bien resulta interesante comprendiendo los diferentes sistemas registrales, no resulta aplicable a nuestro sistema registral. En

nuestro caso, resulta indiscutible que la calificación registral se constituye en función administrativa; tanto por el funcionario público que la realiza: el Registrador Público; la Organización estatal que gestiona el sistema registral: la SUNARP; la inscripción constituye un acto Administrativo (ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general), etc.

4.4. CARACTERES

- **Es una labor jurídica.** La primera exigencia al calificar es la aplicación del principio de legalidad en cuanto a los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción; en consecuencia, se trata de una labor eminentemente jurídica, máxime si la calificación concluye en una decisión del Registrador cuyos efectos son jurídicos.
- **Autonomía en su ejercicio.-** Al respecto el artículo 3 de la ley 26366, de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la SUNARP, establece como una de las garantías del sistema registral peruano la autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales. Relativizando esta garantía el art. 31 del Reglamento General de los Registros Públicos la describe como “independiente”, personal e indelegable. Existe Subordinación a la ley con libertad de criterio, no excluyéndose la posibilidad de realizar consultas genéricas sobre los alcances jurídicos de las normas legales.
- **Personalísima.-** La función de calificación es personal e indelegable, es un poder que otorga la ley, así se establece en el Reglamento General de los Registros Públicos vigente. La responsabilidad tiene el mismo carácter y ante un título el Registrador o la segunda instancia registral no pueden ejercer su función en virtud a consultas realizadas, se sujeta a la legalidad de los instrumentos presentados.
- **Necesaria.-** Además de constituir un poder, la calificación registral implica un deber. Todo título que persiga el acceso al registro, finalidad del procedimiento registral, debe necesariamente sujetarse a la previa calificación registral. La denegatoria de inscripción (tacha – observación) o la inscripción misma exigen la previa calificación registral, ello derivado de los efectos que

nuestro sistema registral atribuye a las inscripciones: legalidad, legitimación y fe pública registral. El artículo 2011 del código Civil resulta mandatorio en este extremo cuando establece que “los Registradores califican...”. Similar descripción normativa encontramos en el numeral V del título preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos.

- **Integral.** Esta es una característica que, igualmente, surge del Reglamento General de los Registros Públicos; así, en el artículo 31 se establece que la calificación registral es la evaluación integral de los títulos.

4.5.- ALCANCES DE LA CALIFICACIÓN

El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deben:

- a. Confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquéllos. En caso de existir discrepancia en los datos de identificación del titular registral y del sujeto otorgante del acto, el Registrador, siempre que exista un convenio de interconexión vigente, deberá ingresar a la base de datos del RENIEC, a fin de verificar que se trata de la misma persona;
- b. Verificar la existencia de obstáculos que emanen de la partida en la que debe practicarse la inscripción, así como de títulos pendientes relativos a la misma que puedan impedir temporal o definitivamente la inscripción.
- c. Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que éste consta y la de los demás documentos presentados;
- d. Comprobar que el acto o derecho inscribible, así como los documentos que conforman el título, se ajustan a las disposiciones legales sobre la materia y cumplen los requisitos establecidos en dichas normas;

- e. Verificar la competencia del funcionario administrativo o Notario que autorice o certifique el título;
- f. Verificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción y complementariamente de sus respectivos antecedentes; así como de las partidas del Registro Personal, Registro de Testamentos y Registro de Sucesiones Intestadas debiendo limitarse a la verificación de los actos que son objeto de inscripción en ellos;
- g. Verificar la representación invocada por los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción, y de las partidas del Registro de Personas Jurídicas y del Registro de Mandatos y Poderes, si estuviera inscrita la representación, sólo en relación a los actos que son objeto de inscripción en dichos registros;
- h. Efectuar la búsqueda de los datos en los índices y partidas registrales respectivas, a fin de no exigirle al usuario información con que cuenten los Registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos;
- i. Rectificar de oficio o disponer la rectificación de los asientos registrales donde haya advertido la existencia de errores materiales o de concepto que pudieran generar la denegatoria de inscripción del título objeto de calificación.

El Registrador no podrá denegar la inscripción por inadecuación entre el título y el contenido de partidas registrales de otros registros, salvo lo dispuesto en los literales e) y f) que anteceden.

En los casos de resoluciones judiciales que contengan mandatos de inscripción o de anotaciones preventivas, el Registrador y el Tribunal Registral se sujetarán a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil.

Al respecto debemos tener en cuenta, además, que para el caso de la calificación registral de garantías mobiliarias, la ley de la materia [12] establece la distinción entre calificación atenuada, cuando se trata de formularios, y la calificación plena

cuando se presentan documentos distintos a los formularios regulados por dicha ley.

4.5.1.- Calificación conjunta

Sólo se calificarán conjuntamente los títulos conexos ingresados con distintos asientos de presentación, cuando:

- a) Lo soliciten el o los presentantes;
- b) Se encuentre pagada la totalidad de los derechos registrales requeridos para su inscripción;
- c) El título presentado en segundo lugar contenga el acto previo que posibilite la inscripción del título presentado en primer lugar, siempre que dicho acto preexista a la fecha de presentación del primer título;
- d) No existan títulos intermedios incompatibles. Este requisito no será exigible cuando el instrumento inscribible que contiene el acto previo haya sido extendido con anterioridad al asiento de presentación del primer título.

Los efectos de la inscripción de los títulos conexos calificados conjuntamente se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación del título que ingresó primero. En estos casos la calificación corresponde al Registrador que conoce del título presentado en primer lugar.

En los casos en que por error se hubiese inscrito un título, contraviniendo lo previsto en los párrafos anteriores, procederá la calificación e inscripción, de ser el caso, del título presentado con anterioridad, dejándose constancia de esta circunstancia en el asiento. Simultáneamente deberá comunicarse el error incurrido al superior jerárquico y al titular del derecho perjudicado, en el domicilio consignado por éste en el título o, en el señalado en su documento de identidad.

4.6.- LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, se sujetan, bajo responsabilidad, a las siguientes reglas y límites:

a) En la primera instancia:

a.1) Cuando el Registrador conozca un título que previamente haya sido liquidado u observado por otro Registrador, salvo lo dispuesto en el literal c) que sigue, no podrá formular nuevas observaciones a los documentos ya calificados. No obstante, podrá dejar sin efecto las formuladas con anterioridad.

a.2) Cuando en una nueva presentación el Registrador conozca el mismo título o uno con las mismas características de otro anterior calificado por él mismo, aunque los intervinientes en el acto y las partidas registrales a las que se refiere sean distintos, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal c) que sigue, procederá de la siguiente manera:

- ❖ Si el título que calificó con anterioridad se encuentra observado o hubiera sido tachado por caducidad del asiento de presentación sin que se hubieren subsanado los defectos advertidos, no podrá realizar nuevas observaciones a las ya planteadas. Sin embargo, podrá desestimar las observaciones formuladas al título anterior.
- ❖ Si el título que calificó con anterioridad fue inscrito, se encuentra liquidado o fue tachado por caducidad del asiento de presentación al no haberse pagado la totalidad de los derechos registrales, no podrá formular observaciones al nuevo título, debiendo proceder a su liquidación o inscripción, según el caso.

Tratándose de títulos anteriores tachados por caducidad del asiento de presentación, sólo se aplicará lo dispuesto en este literal cuando el título es nuevamente presentado dentro del plazo de seis meses posteriores a la notificación de la tacha y siempre que el presentante no hubiera retirado los documentos que forman parte del título. El funcionario responsable del Diario dispone lo conveniente a fin de garantizar la intangibilidad de los documentos que forman parte del título tachado durante el plazo referido.

a.3) Cuando el Registrador conozca el mismo título cuya inscripción fue dispuesta por el Tribunal Registral, o uno con las mismas características, aunque los intervinientes en el acto y las partidas registrales a las que se refiere sean distintos, debe sujetarse al criterio establecido por dicha instancia en la anterior ocasión.

b) En la segunda instancia

b.1) Salvo lo dispuesto en el literal c) que sigue, el Tribunal Registral no puede formular observaciones distintas a las advertidas por el Registrador en primera instancia.

b.2) Cuando una Sala del Tribunal Registral conozca en vía de apelación un título con las mismas características de otro anterior resuelto por la misma Sala u otra Sala del Tribunal Registral, aquélla deberá sujetarse al criterio ya establecido, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo. Sin embargo, podrá dejar sin efecto observaciones anteriormente confirmadas. Cuando la Sala considere que debe apartarse del criterio ya establecido, solicitará al Superintendente Adjunto que convoque a un Pleno Extraordinario para que se discuta la aprobación del criterio establecido anteriormente o se adopte el nuevo criterio. En este último caso, la Resolución que adopte el nuevo criterio tendrá el carácter de precedente de observancia obligatoria.

c) Las limitaciones a la calificación registral establecidas en los literales anteriores, no se aplican en los siguientes supuestos:

c.1) Cuando se trate de las causales de tacha sustantiva previstas en el artículo 42 del RGRRPP; en tal caso, el Registrador o el Tribunal Registral, según corresponda, proceden a tachar de plano el título o disponer la tacha, respectivamente.

c.2) Cuando no se haya cumplido con algún requisito expresa y taxativamente exigido por normas legales aplicables al acto o derecho cuya inscripción se solicita.

- c.3) Cuando hayan surgido obstáculos que emanen de la partida y que no existían al calificarse el título primigenio.

4.7.- EFECTOS.

A) Calificación positiva

El efecto de la calificación jurídica registral más importante y de trascendencia al ámbito registral es la inscripción, finalidad que persigue el procedimiento registral. Su naturaleza jurídica, el asiento de inscripción -su forma y contenido- las técnicas de inscripción, así como los tipos de inscripción que recoge nuestro Sistema Registral se desarrollan reglamentariamente en el Reglamento General de los Registros Públicos.

B) Calificación suspensiva

B.1. Las observaciones

- **Concepto.** Si el título presentado adoleciera de defecto subsanable o su inscripción no pudiera realizarse por existir un obstáculo que emane de la partida registral, el Registrador formulará la observación respectiva indicando, simultáneamente, bajo responsabilidad, el monto del mayor derecho por concepto de inscripción de los actos materia de rogatoria, salvo que éste no pueda determinarse por deficiencia del título. Si el obstáculo consiste en la falta de inscripción de acto previo, la subsanación se efectuará ampliando la rogatoria del título presentado a fin de adjuntar los documentos que contienen el acto previo. Cuando exista título incompatible presentado antes de la ampliación de la rogatoria, la ampliación sólo procederá si el instrumento inscribible que contiene el acto previo ha sido otorgado con anterioridad a la rogatoria inicial. Si no existiese título incompatible antes de la ampliación de la rogatoria, ésta procederá aun cuando el instrumento que da mérito a la inscripción no preexista a la fecha de la rogatoria inicial.

- **Forma y motivación.** Todas las observaciones y tachas serán fundamentadas jurídicamente y se formularán por escrito en forma simultánea, bajo responsabilidad. Podrán formularse nuevas observaciones sólo si se fundan en defecto de los documentos

presentados para subsanar la observación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 33 del RGRRPP.

B.2. Liquidación de derechos

El Registrador procederá a la liquidación definitiva de los derechos registrales de un título en los casos en que como resultado de la calificación, concluya que éste no adolece de defectos ni existen obstáculos para su inscripción.

C) Calificación negativa.

C.1. Tacha sustantiva.

El Registrador tachará el título presentado cuando:

- a) Adolece de defecto insubsanable que afecta la validez del contenido del título;
- b) Contenga acto no inscribible;
- c) Se haya generado el asiento de presentación en el Diario de una Oficina Registral distinta a la competente;
- d) Existan obstáculos insalvables que emanen de la partida registral;
- e) El acto o derecho inscribible no preexista al asiento de presentación respectivo. No constituye causal de tacha sustantiva la falta de preexistencia del instrumento que da mérito a la inscripción donde dicho acto o derecho consta, así como tampoco la aclaración o modificación del acto o derecho inscribible que se efectúe con posterioridad al asiento de presentación con el objeto de subsanar una observación;
- f) Se produzca el supuesto de falsedad documentaria a que se refiere el artículo 36.

En estos casos no procede la anotación preventiva a que se refieren los literales c) y d) del artículo 65.

C.2. Tacha procesal

En los casos en los que se produzca la caducidad del plazo de vigencia del asiento de presentación sin que se hubiesen subsanado las observaciones advertidas o no se hubiese cumplido con pagar el mayor derecho liquidado, el Registrador formula la tacha correspondiente.

En el texto de la tacha se precisará la naturaleza de la misma, indicándose además las observaciones que a criterio del Registrador no han sido subsanadas o el mayor derecho registral que no ha sido pagado. Asimismo, luego de descontar el derecho de calificación por los actos solicitados, de ser el caso, se consignará el monto de derechos por devolver los que podrán constituir pago a cuenta de futuros trámites ante la misma Oficina Registral.

C.3. Tacha por falsedad documentaria

Cuando en el procedimiento de calificación el Registrador o el Tribunal Registral advierta la falsedad del documento en cuyo mérito se solicita la inscripción, previamente a los trámites que acrediten indubitadamente tal circunstancia, procede a tacharlo o disponer su tacha según el caso, derivando copia del documento o documentos al archivo del Registro. Asimismo, informa a la autoridad administrativa superior, acompañando el documento original a fin de que se adopten las acciones legales pertinentes.

D) Otras decisiones

En el procedimiento registral pueden existir otras decisiones a cargo del operador jurídico. La suspensión y prórroga del asiento de presentación son las de mayor relevancia.

4.8.- PLAZOS PARA LA CALIFICACIÓN Y REINGRESO DE TÍTULOS.

Las tachas sustantivas, observaciones y liquidaciones a los títulos se formulan dentro de los siete primeros días de su presentación o dentro de los cinco días siguientes al reingreso. En este último caso, deberá tenerse en cuenta lo

establecido en el artículo 39 del RGRRPP; vale decir, fundamentación jurídica y formulación simultánea.

Tratándose de rectificaciones ocasionadas por error del Registrador, éstas se atienden preferentemente en el mismo día, sin exceder en ningún caso del plazo de tres días contados desde la fecha de la respectiva solicitud.

El Gerente Registral de la Sede Central en el ámbito nacional, y los Gerentes Registrales de las Zonas Registrales en el ámbito de la competencia de la Zona o del Registro que tengan a su cargo, según corresponda, podrán establecer plazos distintos a los previstos en el párrafo anterior. Dichos plazos pueden discriminar entre Registros, actos inscribibles y Oficinas Registrales. Asimismo, deben establecer plazos preferentes y especiales para atender títulos que fueron tachados en una oportunidad anterior por caducidad del asiento de presentación.

Los Registradores son responsables por el cumplimiento de los plazos señalados, salvo que la demora haya obedecido a la extensión o complejidad del título, u otra causa justificada. Los Gerentes Registrales deben ejecutar las acciones orientadas a verificar el cumplimiento de plazos a cargo de los Registradores dando cuenta a la Jefatura Zonal para los fines pertinentes.

El reingreso para subsanar una observación o el pago del mayor derecho registral se admitirá hasta el sexto día anterior al vencimiento de la vigencia del asiento de presentación. Vencido dicho plazo se rechazan de plano.

Los últimos cinco (5) días del asiento de presentación se utilizan únicamente para la calificación del reingreso y, en su caso, para extender los asientos de inscripción, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 13 (desistimiento de la rogatoria) y 144 (Plazos para interposición del recurso de apelación) del RGRRPP.

Reingreso de mandatos judiciales.

La subsanación de los defectos advertidos en la denegatoria, en el caso de mandatos judiciales, podrá ser ingresada al Registro por el interesado mediante el trámite de reingreso de títulos, o comunicada directamente por el magistrado, dentro del plazo establecido en los párrafos precedentes, indicando el número y

fecha del título respectivo; en cuyo caso, la oficina de trámite documentario efectuará el reingreso correspondiente a la brevedad posible.

4.9.- NOTIFICACIONES

a) Notificación de tachas y observaciones

Las esquelas de tachas y observaciones se entienden notificadas en la fecha en que se pongan a disposición del solicitante en la mesa de partes de la Oficina Registral respectiva. La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos puede establecer otros medios idóneos de notificación.

Los pedidos de aclaración de resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, serán comunicados directamente al órgano judicial correspondiente, mediante oficio cursado por el Registrador, sin perjuicio de la expedición de la esquila respectiva.

b) Notificación de tacha de resoluciones judiciales

La tacha de las resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, por vencimiento del asiento de presentación respectivo, sin que se hubiesen subsanado los defectos advertidos o cumplido con pagar la tasa registral correspondiente, será comunicada al órgano judicial mediante oficio, copia del cual se derivará al archivo del Registro.

4.10.- ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN EN LA CALIFICACIÓN

4.10.1.- Abstención Causada

El Registrador o Vocal del Tribunal Registral debe abstenerse de intervenir en la calificación del título materia de inscripción cuando:

- a. Tenga parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad con cualquiera de los interesados, los representantes o apoderados de éstos, o con algún abogado que interviene en el título; o su cónyuge intervenga en cualquiera de las calidades señaladas;
- b. Conste su intervención como abogado en el título materia de inscripción, o hubiese actuado como abogado de alguna de las partes

en el procedimiento judicial o administrativo del cual emana la resolución materia de inscripción;

- c. Él o su cónyuge tuviesen la calidad de titular, socio, miembro, o ejercieran algún tipo de representación de la persona jurídica a la cual se refiera el título materia de inscripción;
- d. La inscripción lo pudiera favorecer directa y personalmente;
- e. Hubiese calificado el mismo acto o contrato sujeto a recurso de apelación, en primera instancia registral.

4.10.2.- Abstención Voluntaria

Por razones debidamente motivadas, no comprendidas en el literal anterior, el Registrador o Vocal del Tribunal Registral, puede por decoro o delicadeza, solicitar a la autoridad administrativa inmediata superior que se le aparte del conocimiento de determinado título. La autoridad mencionada luego de evaluar el sustento de la abstención, emitirá, de ser el caso, resolución encargando a otro Registrador o Vocal la calificación del título correspondiente.

4.10.3.- Recusación

De no mediar abstención previa, y sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera generarse por la omisión de la abstención, cualquier interesado podrá recusar la intervención del Registrador o Vocal del Tribunal Registral, sobre la base de las mismas causales antes mencionadas.

CAPITULO V

EL BLOQUEO REGISTRAL

5.1.- DEFINICIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL.

El bloqueo registral podría definirse como “aquella anotación preventiva extendida a solicitud de notario, sustentada en la copia del documento privado que contiene el negocio jurídico referente a derechos reales realizado por persona natural o jurídica que tiene por finalidad reservar la prioridad registral en favor del negocio, permitiendo su formalización notarial e inscripción dentro del periodo de su vigencia”.

El ámbito de esta institución son los derechos reales, en consecuencia los actos y contratos materia de bloqueo registral deben acarrear alguna mutación respecto del derecho real ya inscrito. Por tanto no procede anotar mediante la figura del bloqueo registral actos meramente obligacionales y que no producen mutación del derecho real sobre el inmueble, tales como el contrato de arrendamiento, contratos preparatorios: promesa de venta y opción, arras, etc.

5.2.- CONCEPTO

Según se aprecia en la página oficial de SUNARP, mediante el cual conceptualizan que “el bloqueo es una medida registral que se inscribe en el Registro de Predios con la finalidad de reservar la prioridad del acto o contrato en formación tales como una compraventa de inmueble, o hipoteca”. Al solicitar el bloqueo, el comprador tendrá la seguridad de poder inscribir su derecho y que en el intervalo no aparecerá otro ‘comprador’. Ello, porque una vez efectuado, no se podrá inscribir en la partida ningún acto o contrato que no sea el que originó el bloqueo.

5.3.- EL BLOQUEO REGISTRAL Y EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

La institución del bloqueo registral está íntimamente ligada al principio de prioridad, porque como consecuencia de los efectos de su anotación, se produce un cierre temporal de la partida registral a los títulos que contienen actos incompatibles a efectos que se cumpla con la formalización notarial e inscripción

registral del acto o contrato, dentro del plazo legal. Los efectos de su anotación se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del bloqueo y su plazo de vigencia será contado desde la fecha de su anotación de acuerdo con la normativa vigente.

“(…) Mediante el principio de prioridad, se establece el orden de los derechos que ingresan al Registro, generándose dos efectos, el de preferencia y el de prevalencia. La preferencia se da entre títulos compatibles y la prevalencia entre títulos incompatibles. La determinación de la preferencia o prevalencia la realiza el Registrador mediante la calificación de la compatibilidad o no de los títulos presentados. En función a los efectos que genera, en el Perú se ha dividido dicho principio en dos: principio de prioridad preferente y principio de prioridad excluyente, dependiendo de si el efecto es la preferencia o la prevalencia”.

Así, el principio de prioridad preferente se encuentra regulado en el Art. 2016 del Código Civil peruano, cuyo texto señala: “La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro”. Asimismo el art. IX del Título preliminar del RGRP, nos dice: “Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario”. Este principio, “resulta aplicable (...) cuando los títulos presentados para su inscripción son compatibles. En dicho supuesto, se inscriben los dos títulos pero el presentado primero tendrá preferencia sobre el segundo. Es el caso, por ejemplo, cuando se ha presentado a inscripción dos hipotecas sobre el inmueble. En dicho supuesto se inscribirán ambas hipotecas pero la presentada antes tendrá preferencia, al momento de su ejecución, sobre la segunda”.

Asimismo, el principio de prioridad excluyente se encuentra recogido en el artículo 2017 del Código Civil y en el Numeral X del Título Preliminar del RGRP.

El artículo 2017 del Código Civil establece: "No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior". Al respecto, la Exposición de Motivos del Código Civil señala: "Este artículo acoge el principio de prioridad excluyente, el cual tiene efectos respecto de títulos que son

incompatibles con otros ya inscritos y que no permiten su inscripción sin importar las fechas en que estos títulos fueron producidos. De este modo se produce el cierre registral. Un título que pretende inscribirse, si es incompatible con otro ya inscrito simplemente no podrá inscribirse"

Luego, el Art. X del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos establece que: "No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha".

“En el supuesto del principio de prioridad excluyente se está frente a títulos incompatibles que se han presentado para su inscripción respecto de una misma partida. Como no pueden inscribirse ambos títulos, entonces, por aplicación del principio en comento, sólo accederá al Registro el título ingresado en segundo lugar si el ingresado en primer lugar no se registra. (...). En este caso, se produce la prevalencia o cierre del Registro para el presentado en segundo lugar. (...). En función de los efectos que genera el principio de prioridad, se señala que produce efectos materiales y formales. Los efectos materiales están relacionados con la inoponibilidad de los títulos no inscritos, aunque sean de fecha anterior, a los títulos registrados. Los efectos formales se encuentran en relación con los títulos pendientes de inscripción, estableciendo la preferencia o prevalencia del título presentado en primer lugar para su inscripción frente al presentado posteriormente. Al respecto, una corriente doctrinaria, preconizada por Pau Pedrón, señala que el principio de prioridad solamente genera efectos formales, porque una vez inscrito el título, se estará ante otro principio, el de oponibilidad”.

5.4.- VIGENCIA DE LA ANOTACIÓN DE BLOQUEO REGISTRAL

El Decreto Ley en su artículo 2 señala que el término del bloqueo es de sesenta días computados a partir del ingreso al Registro del aviso que dé el Notario respectivo, entiéndase días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento General de los Registros Públicos y conforme lo dispuesto en el Precedente de observancia obligatoria aprobado en el V Pleno Registral, publicado en el diario oficial "El Peruano" del 20.10.2003 y sustentado en las Resoluciones N° 344-97-ORLC/TR del 27.8.1997, N° 001-99-ORLC/TR del

8.1.1999 y N° 083-2001-ORLC/TR del 19.2.2001, el cual fue recogido en el artículo 103 del anterior Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, asimismo se entendía que el cómputo se realizaba a partir de la fecha de presentación o ingreso del título que contiene la solicitud de bloqueo registral acorde a su normativa especial, sin embargo con la expedición de la Resolución que modificó el artículo 103 en cuanto al cómputo del plazo del bloqueo se estableció que a fin de preservar la finalidad y eficacia de la reserva de prioridad regulada en el D. Ley 18278 y sus modificatorias, ante los supuestos de suspensión del plazo de vigencia del título que contiene la solicitud de bloqueo registral, por la presencia de títulos incompatibles correspondía realizar las adecuaciones en sede registral a fin de otorgarle eficacia al plazo de vigencia de 60 días de la reserva de prioridad desde la fecha de la extensión de la anotación, en relación a este cambio nuestra opinión es que previamente era necesaria una reforma legal en ese sentido, dada la jerarquía normativa del Decreto Ley. La modificación establecida en el anterior Reglamento también fue recogida en el nuevo texto del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios en su artículo 136.

5.5.- EFECTOS.

El Registrador no podrá inscribir ni anotar ningún acto o contrato incompatible relacionado con el inmueble materia del bloqueo registral, cabe precisar que no estamos frente a un cierre absoluto de la partida registral, sino únicamente para los actos incompatibles con el acto o derecho cuya prioridad se pretende reservar, por ejemplo si podrían acceder títulos compatibles como un levantamiento de hipoteca, una numeración, jurisdicción, a modo de ejemplo.

La retroprioridad derivada de la anotación del bloqueo surte efectos a partir de la fecha y hora del asiento de presentación del aviso (solicitud de bloqueo).

5.6.- CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL

Caducidad automática: El bloqueo caducará automáticamente al término de su plazo de vigencia sin requerirse de solicitud de parte interesada, asiento registral, resolución judicial, ni trámite alguno para considerar extinguidos sus efectos; el

artículo 6 del Decreto Ley señala que el mismo caducará “automáticamente” al término de los 60 días.

Caducidad anticipada: Asimismo, caducará antes del término de su plazo: a) Si se inscribe el acto o contrato materia del bloqueo. b) Si lo solicita el contratante o los contratantes en cuyo favor se estableció el bloqueo, con firma (s) legalizada (s) por Notario de los beneficiarios del bloqueo; y, c) Cuando sea ordenado judicialmente.

Sin perjuicio de lo expuesto , “en aplicación de los artículos 94 y 103 del Reglamento General de los Registros Públicos, procede el levantamiento de la anotación del bloqueo registral, cuyo plazo de vigencia ha caducado, sin perjuicio de considerar extinguido de pleno derecho la vigencia del asiento”.

5.7.- LA PRESENTACIÓN ELECTRÓNICA DEL BLOQUEO.

Por Resolución N° 031-2013- SUNARP/SN de fecha 08 de Febrero de 2013, se aprueba la Directiva N° 01-2013-SUNARP/SN la cual regula la Presentación Electrónica del Bloqueo, entrando en vigencia el 21 de Febrero de 2013.

En el caso de la presentación electrónica, la presentación de la solicitud de bloqueo es cautiva y personalísima, siendo efectuada exclusivamente por el Notario, su autoría le será atribuida en función al ingreso de su clave CER (Clave Electrónica Registral), únicamente para la presentación electrónica del bloqueo, reduciéndose el tiempo que transcurre entre la celebración del acto y su protección por parte del Registro.

5.8.- ASPECTOS NORMATIVOS DEL BLOQUEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

5.8.1.- Marco Legal General

El bloqueo registral se encuentra regulado en el Decreto Ley N° 18278 (20.5.1970), el mismo que fuera modificado por el Decreto Ley N° 20198 (30.10.1973) y finalmente por la Ley N° 26481 (15.6.1995).

Asimismo el anterior Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución 248-2008-SUNARP-SN en sus artículos 103 y 104 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado por Resolución

248-2008-SUNARP-SN, regulaba dicha figura, al respecto cabe precisar que el referido artículo 103 fue modificado por la Resolución N° 309-2009-SUNARP-SN publicada el 07/10/2009 (que estableció entre otros supuestos, los aspectos relevantes en la calificación del bloqueo) y la Resolución N°006-2012-SUNARP-SN publicada el 17/02/2012 la misma que entró en vigencia a los siete días hábiles siguientes de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, esto es a partir del 29/02/2012 que modificó el cómputo del plazo de vigencia del bloqueo.

Posteriormente con fecha 03/05/2013 mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 04/05/2013 vigente a partir de los treinta días hábiles de su publicación en diario oficial, se aprobó el nuevo texto del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, regulándose el bloqueo en los artículos 136 y 137.

En cuanto a los plazos de calificación, al haber sido omitidos en la ley de su creación estos se encuentran regulados en el Decreto Supremo N° 010-90-JUS publicado el 13/07/1990, en el cual se ha establecido en el artículo 1 que los registradores deben extender el asiento de anotación en el término de 24 horas contados a partir de la recepción de la solicitud, y la Resolución N° 320-2010-SUNARP-SN que consolida y establece los plazos de calificación en 24 horas para los bloqueos referidos a un solo predio.

No hay que dejar de mencionar que al ser un acto inscribible en el Registro de Predios y parte del procedimiento registral también se encuentra regulado por lo dispuesto en el Código Civil y el Reglamento General de los Registros Públicos.

5.8.2.- En el Código Civil:

El artículo 2019 del Código Civil, refiere los actos materia de inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble, considerando entre otros, a los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles. Asimismo el artículo 2020 del mismo cuerpo legal, señala que el reglamento indicará los casos en que los actos o contratos a que se refiere el artículo 2019 serán materia de anotación preventiva.

La Exposición de Motivos del Código señala que: “Definir lo que debe entenderse por anotación preventiva resulta muy difícil atendiendo a la distinta consideración que de ella se puede tener a nivel legislativo. Creo, sin embargo que este es siempre, o debe serlo un asiento marcado con la característica de la transitoriedad, en tanto que no tiene propósito de permanencia., pero teóricamente por lo menos, tiene característica temporal”.

5.8.3.- En el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos:

El TUO del Reglamento General de los Registros Públicos en su artículo 64 define las anotaciones preventivas, de la siguiente manera: “Las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito. En esta línea, son susceptibles de anotación preventiva, entre otros actos: las demandas y demás medidas cautelares así como los títulos que en cualquier otro caso deben anotarse conforme a disposiciones especiales.

“Se afirma que la anotación preventiva tiene principalmente una función de reserva, guarda o delimitación de derechos, relativa complementaria o accesorio de una inscripción”.

5.8.4.- En el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios

La figura del bloqueo registral actualmente se encuentra regulada en el Artículo 136 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en cuyo texto se establece lo siguiente:

“Artículo 136.- Anotación de bloqueo registral.-La anotación del bloqueo a que se refiere el Decreto Ley N° 18278 y sus modificatorias se extienden en mérito a la solicitud formulada por el Notario que tiene a su cargo la formalización del acto y a la copia simple de la minuta respectiva.

La solicitud será presentada por el Notario o por su dependiente acreditado, salvo el caso de presentación electrónica realizada de conformidad con la Directiva que regula la presentación electrónica del bloqueo.

La calificación del bloqueo se limita a las formalidades extrínsecas, la acreditación del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos insalvables que aparezcan en la partida registral. No obstante, la calificación del acto definitivo cautelado por el bloqueo se realizará con los alcances del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos.

El bloqueo tiene una vigencia de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la fecha de su anotación en la partida registral correspondiente.

Inscrito definitivamente el acto o derecho cuya prioridad estaba resguardada, su eficacia se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación del bloqueo”.

Asimismo en el artículo 137 se establece los actos no inscribibles durante la vigencia de la anotación del bloqueo registral, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 137.- Actos no inscribibles durante la vigencia de la anotación del bloqueo registral.- Durante la vigencia del bloqueo no podrá inscribirse ni anotarse preventivamente ningún acto o derecho, incompatible con aquel cuya prioridad se ha reservado”.

5.8.5.- En el Decreto Ley 18278 y sus modificatorias

Mediante Decreto Ley 18278 ampliado y modificado por el Decreto ley 20198 y la Ley 26841, se establece el bloqueo a favor de las personas naturales y jurídicas que lo soliciten por los actos y contratos que celebren en virtud de los cuales se constituyan amplíen o modifiquen derechos reales a favor de los mismos; disponiendo el artículo 3 que una vez recibido el documento respectivo, el Notario oficiará al Registro adjuntando copia del instrumento firmado por los contratantes y por cuyo mérito deberá extenderse la anotación en la partida registral correspondiente. En ese sentido el bloqueo constituye una anotación preventiva regulada en una norma especial y tiene por finalidad reservar la prioridad en el Registro hasta que se produzca la formalización e inscripción de la constitución, modificación o extinción del derecho real de que se trate, cuya inscripción retrotraerá sus efectos a la fecha de anotación del bloqueo respectivo.

5.8.6.- Sujeto legitimado para solicitar el bloqueo al Registro

Según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley N° 18278 (en adelante el Decreto Ley), el sujeto legitimado para solicitar al Registro el bloqueo registral, es el Notario quien ante el requerimiento de los contratantes del acto en formalización ante él, presenta la solicitud al Registro.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 136 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios es el Notario o su dependiente debidamente acreditado quien formula la solicitud de bloqueo registral al Registro, no cabe autorizaciones ni apersonamiento de terceros.

En lo referente a la presentación del bloqueo registral, el artículo 136 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala que la solicitud de inscripción deberá ser presentada por el Notario o por su dependiente acreditado, sin embargo en reiteradas oportunidades los Notarios autorizan a terceros, pretendiendo aplicar la séptima disposición transitoria del D. Legislativo del Notariado. En cuanto a este tema el Tribunal Registral se ha pronunciado entre otras, en la Resolución 905-2011-SUNARP-TR-L, en las que establece que prima la norma especial del bloqueo registral y por tanto el decreto legislativo del Notariado es aplicable solo a partes notariales.

5.8.7.- Sujetos a cuyo favor se anota el Bloqueo Registral

Según el artículo 1 del Decreto Ley todas aquellas personas naturales o jurídicas que participan en los actos o contratos referentes a la constitución, ampliación o modificación de derechos reales.

5.8.8.- Procedimiento y calificación del bloqueo registral.

El artículo 3 del Decreto Ley dispone que, una vez recibido el documento que contiene el acto causal aun no formalizado el Notario, previa verificación de las partidas registrales correspondientes, en el término de 24 horas, debe oficiar al Registro Público correspondiente (Registro de Predios), adjuntando copia del instrumento, a efectos de la anotación del bloqueo.

Se presume que el Notario que gestiona el bloqueo lo hace a solicitud de las personas participantes en el negocio a formalizarse por ante su despacho y además

que, lo hace en su representación, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del Numeral III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos y en concordancia con lo establecido en el art. 12 del citado Reglamento.

En cuanto a la calificación del bloqueo registral, en la actualidad la normativa y jurisprudencia registral versa sobre una calificación restringida de la minuta presentada en el título, (acto causal), lo que redundará en una mayor celeridad de las transacciones, por cuanto se trata de una reserva de prioridad para un acto jurídico que está en proceso de formalización.

En nuestro sistema el acceso de dicha figura al Registro en anterior data generaba lentitud en el tráfico comercial, por el tratamiento de su calificación que era muy rigurosa como si se tratara del acto definitivo, y los mecanismos imperantes en el sistema, aunque se le había establecido un plazo máximo de su calificación en 24 horas, hoy en la actualidad y como referimos en la introducción del presente artículo, se han realizado esfuerzos al restringir la calificación de dicha figura a ciertos aspectos, así mediante la expedición de la Resolución Número 309-2009-SUNARP-SN publicada el 07 de Octubre de 2009 que modificó el artículo 103 del anterior Reglamento de Inscripciones aprobado por Resolución Número 248-2008-SUNARP-SN, estableció en su exposición de motivos lo siguiente: “(...) Que, actualmente se ha detectado que los registradores realizan una calificación integral del acto contenido en la minuta que se adjunta, generando como consecuencia de ello que el acceso de dicho acto al registro se prolongue innecesariamente con observaciones y tachas, enervando la ratio legis de dicha figura jurídica que busca otorgar la reserva de prioridad en forma perentoria; más aún cuando dicho acto o contrato será materia de calificación integral cuando se presente el acto jurídico formalizado. (...)”.

En ese orden de ideas, actualmente y de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del nuevo texto del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, la calificación del bloqueo por parte del Registrador comprende tres aspectos:

- 1) La acreditación de las formalidades extrínsecas (verificación de la presentación de la solicitud notarial y minuta con las formalidades de ley).

- 2) La acreditación del tracto sucesivo (entendiéndose este aspecto de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2015 del Código Civil y artículo VI del Título Preliminar del Reglamento Gral. de los Registros Públicos, es decir, la verificación de que se encuentre inscrito el derecho de donde emana el acto cuya inscripción se solicita, y/o la constatación de la inscripción del acto previo necesario para la inscripción del acto objeto de la rogatoria, es así que conforme al principio de tracto sucesivo el Registrador deberá verificar si quien efectúa el acto de disposición o de quien deriva el derecho aparece como titular registral o se encuentre autorizado para ello, correspondiendo rechazar todo acto dispositivo que no provenga del titular inscrito; en ese orden de ideas, a modo de ejemplo: se requiere la inscripción del dominio del vendedor, la inscripción de las hipotecas que se amplían y modifican, la inscripción de la independización del predio materia de venta, etc.).
- 3) La verificación de la inexistencia de obstáculos insalvables en la partida registral (tales como las medidas cautelares de no innovar que impidan la transferencia del bien, la presencia de títulos incompatibles con el acto o derecho cuya prioridad se pretende reservar, o también el caso de la doble venta, o que nos encontremos frente a las causales de tacha correspondientes reguladas en el artículo 42 del TUO del Reglamento Gral. de los Registros Públicos, entre otros).

En resumen, la calificación del bloqueo de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se limita a las formalidades extrínsecas, la acreditación del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos insalvables que aparezcan en la partida registral. No obstante, la calificación del acto definitivo cautelado por el bloqueo se realizará en mérito a los alcances del artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, que establece la modalidad de la calificación registral, que es integral.

La verificación de solo estos tres aspectos busca dotar de agilidad a las transacciones y eficacia al bloqueo, sin perjuicio del resguardo del derecho de quienes contratan bajo la fe del registro, dotándoles de seguridad jurídica.

5.9.- JURISPRUDENCIA REGISTRAL VIGENTE VINCULADA AL BLOQUEO REGISTRAL.

Al respecto cabe precisar que el único precedente de observancia obligatoria vigente acorde con la normativa actual en relación al bloqueo registral es el referido al cómputo del plazo del bloqueo en días hábiles.

"Cómputo del plazo del bloqueo: El plazo de 60 días del bloqueo registral, establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 18278, debe ser computado en días hábiles." Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el Quinto Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP realizado los días 5 6 de setiembre de 2003. Criterio adoptado en las Resoluciones N° 344-97-ORLC/TR del 27 de agosto de 1997, N° 01-99-ORLC/TR del 08 de enero de 1999 y Resolución N° 083-2001-ORLC/TR del 19 de febrero de 2001.

Resolución N° 1190-2014-SUNARP-TR-L de 26/06/2014

Sumilla: LEVANTAMIENTO DE ANOTACION DE BLOQUEO REGISTRAL. "En aplicación de los artículos 94 y 103 del Reglamento General de los Registros Públicos, procede el levantamiento de la anotación del bloqueo registral, cuyo plazo de vigencia ha caducado, sin perjuicio de considerar extinguido de pleno derecho la vigencia del asiento".

Resolución N° 1524-2014-SUNARP-TR-L de 15/08/2014

Sumilla: FORMALIDAD DEL BLOQUEO REGISTRAL" La anotación de un bloqueo registral se efectuará en mérito de la solicitud del notario que tiene a su cargo la formalización del acto, no procediendo que éste autorice a tercero por cuanto la 7ma Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo 1049, faculta al notario autorizar a un tercero, solamente para los casos de partes notariales".

Resolución N° 1836-2014-SUNARP- del 26/09/2014

Sumilla: Bloqueo: "Es improcedente la anotación de bloqueo de una partida en mérito de la compraventa que versa sobre un lote que no existe en ésta, hecho que constituye un obstáculo en la partida que amerita la tacha del título."

Resolución N° 1663-2014-SUNARP-TR-L de 03/09/2014

Sumilla: RENOVACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL” La vigencia de bloqueo caduca al vencimiento del plazo establecido, por lo que no se admite la renovación del asiento de anotación del bloqueo. Procede la anotación de nuevo bloqueo respecto al mismo acto.”

“ANOTACIÓN DE BLOQUEO REGISTRAL: “Teniendo en cuenta que la finalidad del bloqueo registra es reservar la prioridad de un acto o contrato inscribible por falta de formalización, no procede anotar un bloqueo registral para asegurar la inscripción de una compraventa que ya se encuentra formalizada mediante escritura pública.”

Resolución N° 2274-2011 –SUNARP-TR-L del 16/12/2011

Sumilla: “No procede la anotación del bloqueo registral de una partida respecto de la adjudicación por división y partición sobre una serie de unidades inmobiliarias si las mismas no han sido independizadas, debiendo inscribirse previamente su desmembramiento en la partida matriz.

Resolución N° 1918-2011-SUNARP-TR-L de 14/10/2011

Sumilla: CALIFICACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL

“La calificación del bloqueo comprende la verificación de las formalidades extrínsecas, la acreditación del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos insalvables que aparezcan en la partida registral de conformidad con el artículo 103 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios”.

No procede extender la anotación preventiva a que se refieren los inciso c y d) del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos en mérito a una minuta”.

Resolución N° 875-2011-SUNARP-TR-L del 27/06/2011

IMPROCEDENCIA DE BLOQUEO DE PARTIDA

“El bloqueo registral constituye una anotación preventiva que tiene por finalidad reservar prioridad para la inscripción de actos a través de los cuales se constituya, amplíe o modifique derechos reales sobre inmuebles. Por lo tanto, no constituye acto inscribible la solicitud formulada por un particular a fin de que se bloquee una partida para que no se inscriba ningún acto o contrato que perjudique sus eventuales derechos”.

Resolución N° 1991-2011-SUNARP-TR-L de 28/10/2011

Sumilla: Improcedencia de levantamiento de bloqueo

“Es improcedente la solicitud de levantamiento de bloqueo por parte de los transferentes en un contrato de compraventa, al no ser estos los legitimados conforme al literal b) del artículo 6 del D.Ley 18278”.

Resolución N° 700-2011-SUNARP-TR-L de 24/05/2011

Sumilla: Improcedencia de bloqueo.

“No procede inscribir un bloqueo registral en mérito de una minuta de arras confirmatorias que establece que se firmará posteriormente una minuta adicional de compraventa del inmueble”.

Resolución N° 1251-2009-SUNARP-TR-L de 14/08/2010

Sumilla: Medida Cautelar de No Innovar: “No procede anotar un bloqueo relativo a un acto traslativo de dominio de un predio cuando obra anotada en la partida del predio una medida cautelar que dispone la conservación del estado de derecho de la última inscripción extendida en el rubro c) Títulos de Dominio”.

Resolución N° 865-2010-SUNARP-TR-L de 18/06/2010

Sumilla: Improcedencia del bloqueo.

“De conformidad a lo establecido en el artículo 1 del Decreto Ley N° 18278, modificado por el Decreto Ley N° 20198 y la Ley 26481 sólo procede anotar un bloqueo respecto de actos o contratos a través de los cuales se constituya, amplíen o modifiquen derechos reales. No procede el bloqueo para el contrato de arrendamiento”.

Resolución N° 327-2010-SUNARP-TR-L de 05/03/2010

Sumilla: Anotación preventiva de bloqueo registral.

“El bloqueo es una anotación preventiva, es decir, una de carácter provisional y transitoria que tiene por finalidad reservar la prioridad mientras se faccione el instrumento público que contiene el acto o derecho real a inscribir, en esa línea, ya siendo preventivo no procede que el bloqueo a su vez se anote preventivamente por defecto subsanable”.

Resolución N° 1930-2009-SUNARP-TR-L de 30/12/2009

Sumilla: Competencia del Registrador del Registro de Predios.

“En el caso de solicitud de bloqueo de partidas del Registro de Predios para la inscripción de aporte por constitución o aumento de capital de una sociedad, la calificación corresponde al Registrador del Registro de Predios, sin perjuicio de la calificación del acto definitivo corresponderá al Registrador de Personas Jurídicas en aplicación del artículo 20 del Reglamento Gral. De los Registros Públicos”.

Resolución N° 1904-2009-SUNARP-TR-L del 29/12/2009

Sumilla: Bloqueo por aporte de sociedad.

“El Registrador de Predios es competente para calificar y anotar el bloqueo en la partida registral del predio que se aporta a una sociedad”.

Resolución N° 1712-2009-SUNARP-TR-L de 20/11/2009

Sumilla: Bloqueo.

"No es procedente la anotación de un bloqueo para cautelar la inscripción de una contrato a través del cual no se constituye, amplíe o modifique algún derecho real".

CAPITULO VI

ARGUMENTOS A FAVOR DE QUE PREVALEZCA EL DERECHO DE PROPIEDAD NO INSCRITO.

6.1.- Oponibilidad erga omnes del derecho real vs. Oponibilidad ínter partes del derecho de crédito

El principal argumento que sostienen quienes consideran que debe prevalecer el derecho de propiedad no inscrito se funda en la oponibilidad con la que contarían los derechos subjetivos en conflicto. Así, se afirma que siempre ha de prevalecer el derecho de propiedad -pese a que no esté inscrito- desde que cuenta con una oponibilidad erga omnes o absoluta, mientras que el derecho de crédito únicamente cuenta con una oponibilidad erga debitorem o relativa. Tal argumento es acogido en la Exposición de Motivos del artículo 2022 del CC, por la jurisprudencia y por un sector de la doctrina.

6.2.- Las disposiciones del “derecho común” excluyen la aplicación de normas registrales

Quienes sostienen que debe prevalecer la propiedad no inscrita intentan valerse de la confusa remisión que aparece en el segundo párrafo del artículo 2022 del CC, señalando que el derecho común excluye la aplicación de los principios registrales que vienen a ser -se dice- normas especiales, o que el derecho común vendría a estar conformado por lo que prescribe el artículo 949° del CC según el cual el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles se transfiere con el solo consenso, o que las normas del derecho común informan que el derecho real tiene una oponibilidad erga omnes mientras que el derecho de crédito solo cuenta con oponibilidad ínter partes. Esta última interpretación se acaba de ver en el acápite precedente. Sobre la primera interpretación se afirma que: “Las reglas del derecho común aluden a las soluciones propias del Derecho Civil que excluyen el registro. En tal sentido, se encuentra el artículo 949 por el cual la transmisión opera en mérito del solo consenso, y en tal virtud el comprador se hace dominio, aun con

título no inscrito, y por tal razón puede oponerse a un embargante que está afectando un bien que ya no es propiedad del deudor”; y, en similar sentido, que:

“El conflicto entre el derecho de propiedad y el derecho de crédito garantizado por un embargo, conforme a la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, se resuelve aplicando las normas del derecho común. Esto quiere decir, que en este conflicto no deben aplicarse las normas del Derecho Registral. La norma del derecho común aplicable a este conflicto es la contenida en el artículo 949° del Código Civil. Según vimos antes, uno deja de ser propietario de un inmueble al contraer una obligación de enajenar, y, por consiguiente, el bien no debe responder por el incumplimiento de las obligaciones de su anterior propietario, o dicho en otras palabras, el bien en adelante solamente debe responder por las deudas de su nuevo propietario. Asimismo, señalamos que la propiedad se adquiriría por el surgimiento de la obligación de enajenar, no siendo necesaria la inscripción de la transferencia en el registro. Siendo ello así, el conflicto debe resolverse a favor del propietario” y, también, que: *“Conforme al derecho común, el derecho de propiedad sobre inmuebles se adquiere por la sola obligación de enajenar del transferente, que convierte al acreedor en nuevo propietario del bien materia de transferencia, así lo establece nuestro sistema jurídico y se encuentra señalado en el artículo 949 del Código Civil”*.

6.3.- No se pueden embargar bienes que no son del deudor

En la Exposición de Motivos del artículo 2022° del CC también se señala: “Puede ser que se haya embargado un inmueble que en el registro aparezca como de propiedad del demandado; sin embargo, no podrá hacer valer su derecho de embargante, contra quien en el momento del embargo era el verdadero propietario, a pesar de que este inscriba su derecho con posterioridad. El embargante no podrá hacer uso de su derecho porque esa es la solución que nos otorga el derecho común cuando nos dice que los bienes que deben ser materia de un embargo son aquellos de propiedad del demandado”.

6.4.- El carácter sagrado e inviolable del derecho de propiedad.

Se afirma una superioridad de la propiedad no inscrita en función a afirmaciones tales como que el derecho de propiedad es el derecho más importante o el derecho fundamentalísimo entre los derechos subjetivos, o que “la propiedad es una meta acariciada por los ciudadanos, y una vez ubicado en ese sitio de dominio el propietario tiene a favor la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental. Este punto de partida ya nos hace pensar que este último se encuentra en una posición valorativa superior frente al titular de una acreencia”.

6.5.- La necesidad de criterios de solución divergentes en el artículo 2022° del Código Civil.

Se ha sostenido que si el legislador hubiese querido que el criterio de solución sea el mismo -es decir, la inscripción en el registro- tanto para el caso de conflicto entre derechos reales como para el caso de conflicto entre derechos con distinto contenido, no hubiese sido necesaria la distinción de los supuestos de conflicto y, por consiguiente, la redacción de dos párrafos: “Si el artículo 2022 hubiera querido hacer prevalecer el derecho inscrito (llámese personal o real) frente al no inscrito, ¿no hubiera bastado acaso con regular la oponibilidad en el primer párrafo de la norma, y establecer sin distinción alguna, que en caso de conflicto entre dos derechos reales o entre derechos de diferente naturaleza, prevalecerá el inscrito con anterioridad? ¿Por qué entonces se reguló, por un lado, la distinción entre la oposición de derechos reales (que se resuelve prefiriendo al primero inscrito) y, por el otro, la oposición de derechos de diferente naturaleza? Creemos que con ello se buscó (y se busca) hacer prevalecer el derecho de propiedad frente a cualquier otro derecho de naturaleza distinta. Es decir, para el segundo párrafo de 2022, la oponibilidad no se define por la inscripción o publicidad (como erróneamente lo viene considerando la Corte Suprema), sino por la naturaleza de los derechos en conflicto”.

En esa misma línea, se afirma que la única manera de que ambas oraciones (refiriéndose a los dos párrafos de 2022) puedan ser interpretadas en forma lógica es considerar que la secundaria (refiriéndose al segundo párrafo) resulta ser una excepción a la principal, entonces, si la oración principal consagra al registro

como criterio de preferencia, la oración secundaria, en tanto frase adversativa o de excepción, lo niega, de tal manera que para solucionar esta segunda clase de conflictos el registro no tendrá ninguna utilidad: “El registro constituye el criterio de preferencia para dirimir derechos incompatibles sobre el mismo bien, y por lo cual el primero en la inscripción se opone frente al que no lo inscribe (...) No obstante, el legislador quiso establecer excepciones a este principio, y por ello consagró en el segundo párrafo del artículo 2022° del Código Civil una típica oración adversativa, es decir, una afirmación secundaria que niega la afirmación principal y, en consecuencia, la única manera que ambas oraciones puedan ser interpretadas en forma lógica es considerar que la secundaria resulta ser una excepción de la principal (...) En nuestro caso, la frase principal dice que entre derechos reales que se oponen mutuamente, o incompatibles, prima el derecho inscrito (primer párrafo), mientras la frase secundaria señala que en otro tipo de conflictos se aplican las disposiciones del Derecho común (segundo párrafo), lo cual implica una frase adversativa o de excepción frente a la primera. Si ello es así entonces la oración principal consagra al registro como criterio de preferencia, mientras la oración secundaria -recuérdese que es adversativa- lo niega, por lo cual esta se entiende muy fácilmente: si la regla general utiliza el registro, entonces la excepción implica que el registro no sirve como criterio de preferencia, y por eso se trata de una regla de negación frente a la anterior. Por tanto, en un determinado tipo de conflicto, la regla de preferencia no está dada por el registro, sino por las disposiciones del Derecho común, esto es, por la simple antigüedad del título”.

Siguiendo la misma línea argumentativa, aunque precisando que no se comparte tal solución, se sostiene que: “La solución recogida por el Código Civil cuando hay oponibilidad entre derechos reales, es que prevalece el derecho que se inscribe primero. En cambio, cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, prevalece el derecho que nace primero, independientemente de su naturaleza. La solución en este último caso no puede ser la registral, porque a ella se refiere el primer párrafo”.

6.6.- El embargo no es un derecho, sino una medida de ejecución y, por lo tanto, no puede afectar la propiedad de un tercero.

Recientemente se ha planteado un nuevo argumento a favor de la propiedad no inscrita y consiste en que en la tercería de propiedad colisionarían, de un lado, el derecho de propiedad no inscrito y, de otro lado, no un derecho subjetivo sino un acto procesal o medida ejecutiva concedida en función a una evaluación superficial como es el embargo. En esta línea de pensamiento se afirma que: “Este es el fundamento decisivo por el cual el embargo debe ceder frente al derecho de propiedad acreditado de forma suficiente, aun sin inscripción, pues una medida superficial del juez no puede oponerse a la propiedad, que tiene valor de prerrogativa fundamental (art. 70 de la Const.) y de derecho humano (art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y es que “la propiedad no puede ser tan débil que una resolución judicial sumaria, sin contradictorio ni certeza, pueda sobreponerse a ella”

6.7.- Si se hace prevalecer al embargo frente a la propiedad no inscrita se vulnera la Constitución

Se sostiene que si se hace prevalecer al embargo frente a la propiedad no inscrita se estaría vulnerando la Constitución, de manera que si tal fuera la solución contenida en alguna norma, esta sería inconstitucional, pues “el artículo 70 de la Constitución señala que la propiedad es inviolable, pero eso sería una declaración lírica si un acto judicial decidido en forma superficial -como cuando se ordena un embargo, basado en meras apariencias- pudiese desmoronarlo”, debiéndose entender que “la premisa de un embargo dictado por un juez sin certeza, sin contradictorio, con elementos superficiales (premisa) no puede afectar de modo irrevocable un derecho como la propiedad, que es inviolable según la Constitución (conclusión, que nadie discute)”. En conclusión, “la inmunidad de la propiedad, que tiene carácter constitucional, no puede perderse por razones tan burdas y vacías de contenido, como la ‘seguridad jurídica’, ‘reducir los costos de transacción’, la ‘publicidad registrar.

Los argumentos jurisprudenciales a favor de que prevalezca el derecho de crédito inscrito, sostenidos con anterioridad a la emisión de la casación N°5135-2009-Callao.

Hasta antes de la emisión de la Casación N° 5135-2009-Callao, nuestra jurisprudencia respaldaba su decisión de hacer prevalecer el derecho de crédito inscrito en forma de embargo, en la aplicación del principio de fe pública registral (contenido en el art. 2014 del CC), del principio de prioridad registral (consagrado en el art. 2016 del CC) y del principio de publicidad (contenido en el art. 2012 del CC). Y, en algunos otros pronunciamientos se invocaba, además, el artículo 1135 del CC (que regula la concurrencia de acreedores sobre un bien inmueble) como parte de las disposiciones del derecho común.

Alguna jurisprudencia -recogiendo una tesis doctrinal- llegó a respaldar su decisión en que el embargo inscrito vendría a ser un “derecho inmobiliario”, por lo que tendría características reales. Da cuenta de este argumento la Casación N° 5532-2009-Lambayeque emitida el once de mayo del dos mil once por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Así, se sostiene que “el embargo inscrito es un ‘derecho inmobiliario’, según lo dispone el artículo 885 inciso 10 del CC, que precisa que ‘Son inmuebles: Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro’, lo que concordado con el artículo 2019 inc. 7, sobre la inscripción de embargos, nos lleva a afirmar que el embargo inscrito es un derecho de características ‘reales’ antes que ‘personales’, lo que impide la aplicación del artículo 2022, párrafo final, del CC”). Tal razonamiento ha sido acogido por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que simplemente agrega que al tener la medida cautelar de embargo la calidad de bien inmueble por tratarse de un derecho sobre bien inmueble inscribible en el Registro, participa de la naturaleza real que tiene también el derecho de propiedad, resultando perfectamente aplicable a la controversia el principio de prioridad registral contenido en el artículo 2016 del CC.

6.8.- Los argumentos jurisprudenciales a favor del derecho de crédito inscrito, sostenidos con anterioridad a la emisión de la casación n° 5135-2009-Callao.

La aplicación del artículo 1135 del CC sí nos parece pertinente, mas no así la aplicación de los artículos 2014 y 2016 del CC.

En efecto, el principio de prioridad registral, recogido en el artículo 2016 del CC, se reduce a ser un criterio de preferencia entre inscripciones compatibles unas con otras, por lo que el conflicto entre la propiedad no inscrita y el derecho de crédito inscrito en forma de embargo, no puede ser solucionado por aquel, sino por el principio de inoponibilidad (regulado en el artículo 2022 del CC) que tiene por función solucionar conflictos entre derechos incompatibles y, según el cual, el derecho no inscrito será considerado inexistente frente al derecho (del tercero) inscrito (de buena fe). En cambio la concurrencia de derechos compatibles entre sí, no se rige por la inexistencia de uno frente al otro, pues al no ser excluyentes, todos ellos pueden coexistir, siendo suficiente que se gradúen o jerarquicen entre ellos por efecto de la fecha de su inscripción, como sucede, por ejemplo, en la concurrencia de hipotecas o de embargos.

Asimismo, tampoco es aplicable al caso la norma contenida en el artículo 2014 del CC que consagra el principio de fe pública registral, por cuanto la misma está prevista para proteger las adquisiciones onerosas que por negocio jurídico efectúen “terceros sub-adquirentes” confiando en el contenido del Registro , y la inscripción del embargo no deriva de un negocio jurídico, entendiendo por este al acto vinculante por medio del cual la parte o las partes establece(n) las reglas jurídicas cuya actuación permitirá la satisfacción de sus intereses, sea creando, transfiriendo, regulando, modificando o extinguiendo efectos jurídicos.

Respecto al argumento que considera al embargo inscrito como un bien inmueble, debemos señalar tres cosas: En primer lugar, que el embargo no es un derecho subjetivo (ni personal, ni real) sino un mecanismo de tutela que tiene como función procurar la efectivización de un derecho de crédito, por lo que no resulta de aplicación el inciso 10 del artículo 885 del Código Civil. En segundo lugar, que el principio de prioridad registral únicamente se aplica -como acabamos de ver- para el caso de concurrencia de derechos compatibles, mas no en caso de concurrencia de derechos incompatibles, por lo que, aun cuando estuviese bien

considerar al embargo como un derecho real, no cabría la aplicación de tal principio dada la incompatibilidad entre los títulos del acreedor embargante y del propietario no inscrito. Finalmente, suscribimos lo señalado por el Supremo Tribunal en la citada Casación N° 5532-2009-Lambayeque, cuando afirma que la naturaleza jurídica del derecho de crédito no puede convertirse en derecho real por el solo hecho de su inscripción en el Registro, pues se trata de situaciones jurídicas distintas.

6.9.- Los argumentos jurisprudenciales contenidos en la casación N°5135-2009-Callao, a favor de que prevalezca el derecho de crédito inscrito.

La Sentencia Casatoria N° 5135-2009-Callao marca un punto de referencia fundamental en el debate sobre la tercería de propiedad, desde que recoge dos argumentos sólidos -desarrollados por el formante doctrinal- a favor del crédito inscrito, no antes vistos en sus predecesoras.

El primer argumento consiste en abandonar el criterio distintivo entre el derecho real y el derecho de crédito en función a su oponibilidad, y con ello desechar una de las razones -la más usual a nivel jurisprudencial- por las que se hacía prevalecer a la propiedad no inscrita (en tanto derecho real) frente al derecho de crédito inscrito en forma de embargo. Así, se señala que: “Este Tribunal Supremo considera que dicha tesis [entiéndase aquella que hace prevalecer a un derecho frente al otro en función a la oponibilidad de los derechos en conflicto] es incorrecta porque parte de un criterio clasificatorio que no encuentra respaldo en el ordenamiento jurídico. Así no hay ni legislativa ni conceptualmente razón alguna que permita sostener que uno de los derechos mencionados es superior al otro por su mayor grado de cuidado, no pudiéndose confundir el derecho subjetivo (real o de crédito) con la imposición de deberes a cargo de otros. Esto es, que la protección sea general o relativa no origina una preferencia del derecho, tanto más si el carácter relativo del derecho de crédito no significa que un tercero pueda lesionarlo y que no haya forma de tutela del afectado, sino que las obligaciones nacidas del contrato solo vinculan al acreedor con su deudor”.

Este argumento lo sostuvimos y desarrollamos ampliamente en un trabajo publicado hace ya varios años, por lo que debemos entender que la ausencia de cita obedece a la no disponibilidad inmediata de la fuente: “Nos hemos encargado

exhaustivamente de demostrar que la distinción entre derechos absolutos y relativos en atención al grado de oponibilidad de los mismos resulta, en el estado actual de evolución doctrinal, caduca. En dicho apartado hemos llegado a concluir que: 1) el derecho de crédito puede ser lesionado por un sujeto distinto al deudor, esto es, por un tercero ajeno a la relación obligatoria; 2) el deber generalísimo de no dañar a los demás rige también en favor del derecho de crédito; 3) el derecho de crédito puede ser opuesto a cualquier persona que lo haya lesionado. En vista de ello, podemos sostener -sin titubeos- que el argumento principal mediante el cual se ha pretendido privilegiar al derecho de propiedad no inscrito ha quedado plenamente desvirtuado”. Y, al mismo tiempo, sostuvimos que: “Podemos concluir entonces que la distinción entre unos derechos que pueden ser opuestos a todos y otros que solamente pueden ser opuestos a algunos sujetos determinados, resulta del todo insostenible. El derecho de crédito será erga omnes, no porque todos los terceros tengan que cumplirlo -ello le corresponde únicamente al deudor- sino porque -tal como sucede con el derecho real- todos tienen el deber de respetarlo. La verdad es que tanto el derecho real como el de crédito, y en general todos los derechos subjetivos, cuentan con oponibilidad erga omnes”.

El segundo argumento consiste en aplicar -“por analogía”- al conflicto entre derecho de propiedad no inscrito y derecho de crédito inscrito en forma de embargo, la solución que aparece en otras normas (arts. 2023 y 1708 del CC) para resolver casos similares. Así, se señala que: “Este Tribunal Supremo considera que cuando el referido artículo menciona las palabras ‘disposiciones del derecho común’ no se refiere en absoluto a una prioridad del derecho real sobre el derecho de crédito, sino que alude a la forma en que el legislador ha dispuesto resolver casos similares. En efecto, en tanto el ordenamiento legal no admite vacíos, ante la existencia de estos es posible aplicar los principios de integración normativa, entre ellos, el de la analogía, que supone encontrar un caso similar, en la que sí existe norma jurídica, cuyas consecuencias pueden ser utilizadas en el caso en el que no existan dichas normas; esa necesidad de integración surge de lo expuesto en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

En esa perspectiva, se observa que el ordenamiento civil tiene casos similares en las que sí existen normas jurídicas que solucionan controversias como las presentadas. Así, en el artículo 1708 del Código Civil, el legislador prescribe que

el derecho de propiedad por enajenación del bien arrendado cede ante el arrendamiento si este estuviese inscrito. En dicho caso ‘el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador’. Asimismo, un artículo posterior al 2022 del Código Civil, que sirve como respaldo a la tesis de prioridad del derecho real sobre el crédito, desmiente tal hecho, pues indica que: ‘Artículo 2023.- La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad’”.

6.10.- Argumentos a favor de que prevalezca el derecho de crédito inscrito en forma de embargo, siempre que el acreedor haya actuado de buena fe.

6.10.1.- El conflicto se da entre dos derechos subjetivos, mas no entre un derecho subjetivo y un acto procesal

En la tercería de propiedad contra embargo inscrito lo que colisiona con el derecho de propiedad (no inscrito) no es el acto procesal en que consiste el embargo -tal es una visión sesgada y conveniente del conflicto- sino el derecho de crédito que siempre estará detrás. En efecto, son los derechos subjetivos (derecho de propiedad y derecho de crédito) que representan los intereses de los sujetos que constituyen las partes de la litis, los que entran en conflicto, más no un derecho subjetivo (propiedad) con un acto procesal (embargo), ni tampoco los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos en cuestión: la tercería de propiedad (mecanismo de tutela de la propiedad no inscrita) y el embargo (mecanismo de tutela del derecho de crédito). Qué conveniente decir que en estos casos colisiona un derecho subjetivo (la propiedad no inscrita) con un mero acto procesal (el embargo), y sobre la base de ello elucubrar un argumento a favor del primero. Un discurso así podría considerarse ilógico (en tanto enfrenta un derecho subjetivo con un mecanismo de tutela y no con el otro derecho subjetivo que está detrás), incoherente (en tanto para un derecho subjetivo toma el mecanismo de tutela [embargo] y para el otro toma el derecho subjetivo mismo [propiedad], obviando que la tercería de propiedad es también un mecanismo de tutela, pero de este último derecho) e inconsecuente (pues, cuando se trata de

analizar la tercería de propiedad contra hipoteca, sí se acepta que el conflicto es entre derechos subjetivos: la propiedad no inscrita, de un lado, y la hipoteca, del otro, motivos harto suficientes para no compartirlo. Del mismo modo, en la tercería de propiedad.

6.10.2.-Las diferencias entre las funciones y las estructuras de los derechos subjetivos no determinan criterios dirimientes para el conflicto.

Los argumentos que optan por hacer depender la prevalencia de un derecho sobre el otro en función al interés-presupuesto que busca satisfacer, al origen legal o a la relación jurídica a que daría lugar, no pueden compartirse toda vez que tales cuestiones constituyen características de la naturaleza misma de los derechos subjetivos, aceptarlos como criterios dirimientes implicaría sostener que un derecho prevalece sobre el otro por el solo hecho de ser real o personal, lo que no solo carece de sustento normativo sino también lógico.

En efecto, es cierto que la función del derecho real (atribución de un bien) es distinta a la función del derecho de crédito (cooperación e intercambio de bienes), pero ello no quiere decir que una sea más importante que la otra o que sean excluyentes, al contrario, ambas representan dos caras de una misma moneda (estática y dinámica) dentro de la organización social.

Del mismo modo, tampoco puede sostenerse que el interés del titular de un derecho real (aprovechamiento del bien) sea más relevante que el interés del titular de un derecho de crédito (obtener una cooperación ajena), pues ambos intereses son tutelados por el ordenamiento jurídico y serán los sujetos quienes de acuerdo a las necesidades que experimenten echarán mano de uno u otro instrumento.

6.10.3.- La oponibilidad erga omnes no es una cualidad exclusiva de los derechos reales sino común a todos los derechos subjetivos, entre ellos, el derecho de crédito.

La oponibilidad entendida como la posibilidad de hacer valer un derecho frente a cualquier sujeto que lo lesione no es una cualidad exclusiva de los derechos reales y de los derechos de la personalidad, sino común a todos los

derechos subjetivos, es decir, propia también de los derechos de crédito y de los derechos potestativos; idea que ha sido ampliamente desarrollada en el Capítulo III del presente trabajo.

En efecto, todos los derechos subjetivos, en su protección son eficaces u oponibles erga omnes, ya que todos tienen un elemento común que es el que tutela nuestro ordenamiento jurídico: el interés jurídico. Todos los derechos subjetivos, sin importar la categoría específica a la que pertenezcan, son susceptibles de ser lesionados por cualquier miembro de la colectividad, frente a lo cual el ordenamiento jurídico provee a los sujetos afectados, de una serie de mecanismos de tutela, entre ellos, la tutela resarcitoria en vía extracontractual que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1969 del CC, reacciona frente a la lesión de cualquier derecho subjetivo.

6.10.4.- La oponibilidad erga omnes como característica común de los derechos subjetivos y la oponibilidad registral como criterio dirimente de conflictos.

Esta idea ya ha sido desarrollada en el Capítulo anterior. La oponibilidad de un derecho garantiza la exclusividad de la titularidad de un derecho y tiene que ver con la posibilidad de que los terceros conozcan el derecho ajeno que han de respetar. Ahora bien, existen dos clases de oponibilidad que ciertamente no son excluyentes sino que se complementan, empero, su fuente, sus efectos y su nivel de tutela son distintos. Nos referimos a la oponibilidad erga omnes y a la oponibilidad registral.

La oponibilidad erga omnes es una cualidad con la que cuenta todo derecho subjetivo, sea cual fuere su naturaleza y por el solo hecho de serlo, en tanto que ha de ser respetado por la generalidad de los terceros y su vulneración conllevará siempre responsabilidad. Esta oponibilidad está sustentada en la información interna con la que cuentan los sujetos respecto de los bienes o derechos que son suyos y, por deducción, respecto de los bienes o derechos que son ajenos, y resulta útil y suficiente cuando lo único que le interesa a los sujetos es saber si el bien o derecho frente al cual se encuentran es ajeno y, en consecuencia, tienen el deber de respetarlo: Tales sujetos serán

“terceros en general”, “terceros desinteresados” o “terceros indeterminados”.

La oponibilidad registral es un mecanismo de tutela con el que contará un derecho subjetivo en caso de que acceda al Registro y que permitirá hacerlo valer frente a terceros que requieran conocer quién ostenta la titularidad de un derecho sobre un determinado bien, siendo insuficiente su conocimiento interno, pues necesitan saber no si el bien es ajeno sino de quién es el bien: Es el caso de los “terceros interesados”. La oponibilidad registral impide entonces que se pueda constituir un “tercero cualificado o protegido”, es decir, un tercero que obrando de buena fe haya inscrito un derecho sobre el bien.

Por lo tanto, a fin de obtener una titularidad absolutamente excluyente, los titulares de los derechos subjetivos tienen dos pasos: i) la adquisición del derecho, que permitirá la oponibilidad frente a terceros en general; y ii) la publicidad del derecho adquirido, que permitirá la oponibilidad frente a terceros interesados.

6.10.5.- La evolución social y económica marcan la trascendencia del derecho de crédito y la necesidad de una tutela más efectiva sobre los derechos de propiedad.

Con total acierto se ha dicho que “las cosas cambian con el progreso del modo de producción capitalista: con el desarrollo de la industria, basado en la innovación tecnológica; con la expansión de los mercados y de las actividades distributivas; con la creciente dimensión financiera de las actividades productivas. Se abre una fase en la cual la riqueza y los recursos productivos no se identifican más con (la propiedad de) cosas inmuebles, y tampoco materiales: esto socava la tradicional supremacía de la propiedad, y exalta el rol del contrato. En efecto, en los sistemas económicos evolucionados la riqueza económica y los recursos productivos consisten, más que en cosas, en relaciones - en pretensiones vinculadas a obligaciones ajenas: pretensiones y deberes nacen de los contratos.

Una autorizada doctrina ha explicado el paso de la atención privilegiada de la propiedad a la primacía del crédito, en función a varios fenómenos:

“A la creciente importancia que en la sociedad moderna va asumiendo, respecto al momento estático del simple goce de los bienes, el momento dinámico de la actividad de ‘empresa’, que por una dirección se desarrolla a través de relaciones instrumentales con dirigentes, obreros, consultores, redes comerciales, proveedores, etc., y por otra dirección desemboca en la colocación de la producción sobre el mercado (de masa) de los consumidores, necesariamente por medio de relaciones contractuales de carácter obligatorio.

6.10.6.- Las apreciaciones subjetivas y su carente relevancia jurídica.

Como se ha visto, algunos juristas consideran al derecho de propiedad como “el derecho fundamentalísimo entre los derechos subjetivos” o como “la meta anhelada por los ciudadanos”, “la meta acariciada” , “el sentimiento natural del ser humano consistente en la apropiación de las cosas” , expresiones con las que pretenden sustentar una superioridad del derecho de propiedad frente al derecho de crédito.

Consideramos que apreciaciones meramente subjetivas como las que acabamos de señalar, no pueden tener relevancia alguna a efectos de solucionar un conflicto entre titularidades, para esto están -principalmente- las normas jurídicas y aquellas no encuentran concretización en ninguna de estas. Con esto no queremos decir que el Derecho se agote en las normas jurídicas o en su interpretación literal, todo lo contrario, las normas deben ser interpretadas de tal manera que la letra de estas exprese un significado que guarde plena armonía con el desarrollo socioeconómico de la sociedad a la cual regulan, es más, si el significado literal de un documento normativo no se ajusta a la realidad social, aquel debe ser descartado y se debe adoptar una interpretación que sí se ajuste a ella. Lo que pretendemos hacer notar es que, decir que el derecho de propiedad es el más importante entre los derechos subjetivos, no encuentra sustento ni en la ley ni en la realidad que - como hemos visto- se desarrolla en el marco de una economía eminentemente crediticia; decir que la propiedad está en un rango superior

en vista de que esta refleja una meta anhelada por los ciudadanos no puede determinar nada.

6.10.7.- El argumento evolutivo y la norma oculta en el segundo párrafo del artículo 2022 del CC.

Un problema central en la vida del derecho -nos explica Vittorio Frosini - se presenta cuando una ley parece que contiene dentro de sí diversos significados, pues mientras las palabras con las cuales ella fue escrita permanecen firmes en el papel, encerradas en la literalidad de sus expresiones, su espíritu, es decir el significado que le es atribuido a las disposiciones normativas que la componen, parece moverse en diversas direcciones.

El problema descrito por Frosini se materializa en nuestra realidad con la aplicación del segundo párrafo del artículo 2022 del CC, pues sobre la base de esta norma se privilegia en algunos casos a la propiedad no inscrita y en otros al crédito inscrito en forma de embargo, e incluso es frecuente la presencia de casos en los que en primera instancia se ha privilegiado a la propiedad no inscrita (declarándose fundada la demanda de tercería de propiedad); en segunda instancia, revocando la sentencia apelada y reformándola se declara infundada la demanda, beneficiando al crédito inscrito; y en casación, se declara fundado el recurso interpuesto y, en consecuencia, fundada la demanda, favoreciendo -nuevamente- a la propiedad no inscrita.

6.10.8.- Las disposiciones del “derecho común” no excluyen a las normas que resuelven conflictos en función a la inscripción registral.

El segundo párrafo del artículo 2022 del CC señala que para solucionar el conflicto entre derechos de distinta naturaleza deberán aplicarse las disposiciones del “derecho común”. La pregunta cae por su propio peso. ¿Qué debemos entender por disposiciones del derecho común? Quienes optan por hacer prevalecer a la propiedad no inscrita en desmedro del derecho de crédito inscrito en forma de embargo, señalan que “el derecho común” excluye la aplicación de los principios registrales que vienen a ser -

se dice- normas especiales, agregando que tal conflicto se resuelve a favor del primer derecho existente, es decir, se debe tener como criterio dirimente a la fecha de nacimiento del derecho, aun cuando este nazca de forma extrarregistral, sin importar la fecha de inscripción consideramos que la expresión: “disposiciones del derecho común”, debe ser entendida de otra forma. No hay razón válida para sostener que el derecho común únicamente está representado por el artículo 949 del CC, pues ello nos lleva a preguntarnos: ¿En dónde quedan entonces los artículos 1135, 1584, 1670, 1708, 2016 y 2023 del CC? ¿Es que acaso estas normas jurídicas que resuelven -al igual que el 2022- conflictos entre situaciones jurídicas subjetivas no forman parte del denominado “derecho común”? Consideramos que no hay justificación para excluirlas, más aún si las normas precedentemente citadas -que resuelven los conflictos utilizando la inscripción de buena fe como criterio dirimente- regulan relaciones jurídicas patrimoniales privadas y, por lo tanto, constituyen normas jurídicas privatísticas (o normas de derecho privado), normas de “derecho común”. De esta manera, forman parte del denominado “derecho común”, artículos como el 1135 y otros, que resuelven el conflicto entre derechos subjetivos a favor del derecho que accedió primero al Registro siempre y cuando tal ingreso se haya realizado de buena fe.

CONCLUSIONES.

1. En la actualidad no basta, que nuestro Ordenamiento Jurídico haya previsto la figura de la **acción revocatoria por fraude al acreedor**, a que se contrae el artículo 195 del Código Civil (Acción Pauliana), porque éste supuesto en realidad; si bien provee de una salida al acreedor burlado, no resulta eficaz, pues crea una incertidumbre al acreedor ya incumplido y eludido por su deudor, en un proceso judicial tedioso y eventualmente más extenso de lo esperado.
2. Se ha concluido que existe vacío normativo, que tiene que ser regulado en materia cautelar, frente aquellos supuestos en que se ha producido el incumplimiento de una acreencia y el deudor incluso ha perdido o socavado su voluntad de honrar el pago; y ante este hecho, el acreedor concibe el temor fundado de verse burlado por un acto de fraude.
3. Que, una forma de contribuir al logro de la paz social en justicia, es revertir el riesgo de que los acreedores recurran al uso de la acción directa o a tomar la justicia por sus propias manos, ante el riesgo de burla o fraude de sus acreencias por parte de sus deudores debido al vacío de regulación advertido.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la modificatoria normativa del artículo 656° embargo en forma de inscripción del Código Procesal Civil, debido a que por su propia naturaleza jurídica, apunta básicamente a asegurar la eficacia de la sentencia que se expedirá en el proceso, con autoridad de cosa juzgada, contrarrestando el riesgo de que, una vez lograda la tutela definitiva, sus efectos sean burlados o resulten ineficaces por diversas circunstancias.
2. Que, mi propuesta normativa sea acogida, con el objeto de asegurar la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, mediante el bloqueo registral por 60 días, incorporando dicha propuesta de modificación en el artículo 656° embargo en forma de inscripción del Código Procesal Civil que regula dicha modalidad cautelar.

PROPUESTA DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN:

TESIS

PROYECTO DE LEY N°

“ESTABLECE LA INSCRIPCIÓN PREVENTIVA DEL BLOQUEO REGISTRAL, EN MÉRITO A LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN”

Modifica el Artículo 656° del Código Procesal Civil

I. OBJETO.-

La presente ley, tiene por objeto asegurar la ejecución de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, mediante el bloqueo registral por 60 días, incorporando dicha propuesta de modificación en el artículo 656° del Código Procesal Civil que regula la citada modalidad cautelar.

II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS.-

Decreto Ley N° 18278 del 19 de Mayo de 1970, establece el bloqueo registral.

III.- FÓRMULA LEGAL

Texto actual: Artículo 656° del Código Procesal Civil: Embargo en forma de inscripción.

“Embargo en forma de inscripción.- Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente”.¹³

Modifíquese el artículo 656° que establece el “Embargo en forma de inscripción”; en los siguientes términos:

¹³ .- Artículo 656° Embargo en forma de inscripción.

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

Recibida la solicitud cautelar por el Juez, de oficio, en el día, expedirá el parte judicial con las copias certificadas de la solicitud y anexos, oficiando a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos-SUNARP, disponiendo la inscripción preventiva del bloqueo de la partida registral correspondiente al bien afectado por sesenta días hábiles. Excepcionalmente, procede la prórroga de la anotación del bloqueo registral por un plazo similar, si el Juez aún no ha resuelto la solicitud de medida cautelar o si es materia de revisión su improcedencia.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

II. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA.-

El sistema de protección cautelar que regula nuestro Código Procesal Civil en su Libro IV a partir de su artículo 608°, con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia definitiva, y cuyas características implican un prejuizgamiento sobre la base de una análisis inicial de verosimilitud del derecho a reclamar o que se peticiona en el principal, resultando provisoria, instrumental y variable; es una institución procesal que se cimienta en la esencia misma del principio protector de la tutela procesal efectiva reconocido por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra Constitución vigente.

Dentro de esta perspectiva, la tutelar cautelar, por su propia naturaleza jurídica, apunta básicamente a asegurar la eficacia de la sentencia que se expedirá en el proceso, con autoridad de cosa juzgada, contrarrestando el riesgo de que, una vez lograda la tutela definitiva, sus efectos sean burlados o resulten inoficiosos por diversas circunstancias, entre las que cuentan naturalmente el actuar malicioso del ejecutado. También se puede verificar que su contemplación y otorgamiento en un caso determinado, contribuye a ese gran objetivo que

persigue el proceso judicial, como es el establecimiento de la paz social en justicia, generando un clima de sosiego o tranquilidad en el beneficiado y el restablecimiento del orden quebrantado por la crisis de cooperación suscitada por la controversia.

En el Departamento de Cajamarca, especialmente en la Provincia de Jaén, se puede constatar que un sector mayoritario de las entidades financieras, empresas y personas naturales dedicadas al negocio del otorgamiento de créditos a favor de terceros (personas naturales o jurídicas), se han visto seriamente afectados debido al tiempo que transcurre entre la presentación de su solicitud cautelar al Juzgado, la evaluación y decisión del Juzgado y la entrega de los partes judiciales, para su inscripción en Registros Públicos.

En dicho lapso ineludible de pendencia de decisión jurisdiccional, se verifica un significativo peligro en la demora, que no es cubierto de forma eficiente y oportuna por norma alguna del sistema cautelar procesal, pues si bien se considera como un presupuesto a ser analizado por el Juzgado para la concesión de la medida cautelar, sin embargo, hay un peligro en la demora que escapa a dicho escenario de análisis, pues su configuración tiene justamente que ver con el decurso propio de la labor jurisdiccional, que se agrava por la eventual existencia de una carga procesal y otros factores que muchas veces se encuentran fuera del control del Juzgador.

Ante dicho vacío procesal de protección que representa un “real peligro en la demora”, por la forma como está diseñado el sistema, porque necesariamente la petición exige un previo análisis para su motivación y decisión, los deudores tienen la ocasión para burlar el pago de sus acreencias, encontrando un resquicio para disponer fraudulentamente de su patrimonio, verificándose un supuesto de desprotección del acreedor que amerita ser legislado adecuadamente.

Si bien es cierto, se puede sustentar que corrigiendo por ejemplo la problemática de la carga procesal que soportan los Juzgados, se solucionaría gran parte de la cuestión; sin embargo, incluso en un escenario en que el Estado invirtiese para incrementar la cobertura del servicio jurisdiccional a favor de la ciudadanía, no desaparecería el peligro en la demora proveniente del propio hecho de que los

juzgadores requieren de tiempo para emitir su decisión en torno a las solicitudes cautelares de embargos, para estudiar los recaudos y sustentar el cumplimiento de los presupuestos que la ley procesal requiere.

Y ese tiempo necesario para el Juzgador, aún en un estado ideal de celeridad procesal, suscita el riesgo de desprotección del acreedor, ante la posibilidad real de que el deudor disponga de su patrimonio de forma fraudulenta a través de transferencias simuladas a favor de terceros.

Frente a dicha contingencia, consideramos que no basta que nuestro Ordenamiento Jurídico haya previsto la figura de la acción revocatoria por fraude al acreedor a que se contrae el artículo 195 del Código Civil (Acción Pauliana), porque este supuesto en realidad si bien provee de una salida al acreedor burlado, no resulta eficaz ni eficiente, pues enfrasca al acreedor ya incumplido y eludido por su deudor, en un proceso judicial tedioso y eventualmente más extenso de lo esperado; lo cual en última instancia afecta la fluidez del tráfico jurídico, incrementando los costos de transacción.

En estas circunstancias, y ante la presentación de una petición cautelar, el lapso que toma su calificación y otorgamiento por parte del Juzgador, determina un “tramo” valioso y decisivo de pendencia, durante el cual qué duda cabe el deudor tiene la chance de recurrir al fraude disponiendo ficticia o realmente de su patrimonio para efectos de burlar el pago de su acreencia, generando un perjuicio muchas veces irreversible para el acreedor, quien pierde así toda posibilidad real de recuperar su capital e intereses correspondientes; resultando necesario pues ante esta problemática, complementar pues la regulación de las medidas cautelares con una legislación que contemple el vacío anotado.

El presente proyecto de ley que nace de la investigación de la presente Tesis, tiene como finalidad proteger al acreedor de la elusión del deudor, en el tiempo que transcurre desde la presentación de la solicitud cautelar hasta la decisión del Juzgado y la entrega de los partes judiciales para su inscripción definitiva del embargo en los Registros Públicos.

En este contexto, se propone adicionar al artículo 656° del Código Procesal Civil, la siguiente propuesta normativa:

“Recibida la solicitud cautelar por el Juez, de oficio, en el día, expedirá el parte judicial con las copias certificadas de la solicitud y anexos, oficiando a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos-SUNARP, disponiendo la inscripción preventiva del bloqueo de la partida registral correspondiente al bien afectado por sesenta días hábiles. Excepcionalmente, procede la prórroga de la anotación del bloqueo registral por un plazo similar, si el Juez aún no ha resuelto la solicitud de medida cautelar o si es materia de revisión su improcedencia.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

El presente proyecto de Ley, de ser aprobado, tendrá un efecto positivo en la legislación nacional y por ende en la sociedad en general dado que la propuesta de modificación que se propone incorporar al Código Procesal Civil en su artículo 656° bajo la figura del “bloqueo registral, a efectos de asegurar la ejecución de medida cautelar de embargo en forma de inscripción”, busca proteger la recuperabilidad de los créditos, promoviendo una mayor fluidez de las transacciones en este ámbito del mercado, incentivando conductas de mayor cumplimiento y una expansión de la actividad crediticia.

IV. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa, no irrogará gasto alguno al Estado peruano, y al contrario de ello, contribuirá a reducir la práctica de maniobras fraudulentas por parte de los deudores en agravio de los acreedores. Dicho efecto, en la práctica supondrá por ejemplo menos demandas por fraude al acreedor, porque existirán menos acreedores burlados, y ciertamente, implicará un ahorro de la actividad jurisdiccional en este ámbito, implicando un beneficio para el Estado y la sociedad que con sus impuestos sostienen el aparato de justicia.

Otros beneficios que se buscan alcanzar con la propuesta normativa acotada, es una expansión del mercado crediticio, que parte del hecho que los acreedores van a

estar más dispuestos o motivados a realizar sus operaciones de crédito, al notar que el Ordenamiento Jurídico procesal les provee de una protección más eficaz frente a las acciones evasivas de sus deudores; y ciertamente, dicho crecimiento del mercado, redundará en que las personas que observan mayor fidelidad en honrar sus deudas, puedan acceder a mayores créditos, incrementándose el consumo, y con ello dinamizándose la economía nacional.

BIBLIOGRAFÍA.

1. ALLORIO, E. (1963). *“Ejecución forzada en general”*. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: EJEA traducción de Santiago Sentis Melendo, T. II, p. 218.
2. ANDOLI, I. (2008). *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional, traducción de Juan José Monroy Palacio*. Lima : Librería comnitas, pp85-87.
3. CHICO, Y. O. (1987). *Calificación Jurídica, conceptos básicos y Formularios registrales*. Madrid: Marial Pons librero editor. Pág. 23.
4. COLUSSI, V. (2005). *Lineamenti di Diritto Privato*. CEDAM, 2005,pp. 352-353.
5. GONZALES, B. G. (2015). *Embargo, Tercería de Propiedad y Remate Judicial de Inmuebles*. Lima: Gaceta Jurídica.
6. HINOSTROZA, M. A. (2011). *Manual de consulta rápida del Proceso Civil*. Lima: Grijley.
7. LACRUZ, B. J., & SANCHO, R. F. (1991). *Elementos de Derecho Civil III bis*. Segunda edición, reimpresión 1991Editor Bosch. Pág. 305.
8. LEDESMA, M. (2008). *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
9. MOISSET DE ESPANÉS, L. (1984). *“Sistema Registral Inmobiliario Argentina – Paraguay”*; *Zavalía* . Editor, BBAA, 1994, p.64 - 65.
10. MONTERO, A. J. (2001). *El proceso de ejecución*. Tirant lo blanch OP.Cit., p..598.
11. MORENO, C. V. (2000). *La ejecución forzosa*. Madrid: ,OP,Cit.p.219.
12. NOVELLINO, N. (2011). Buenos Aires : Editorial Astrea. ,p.390.

13. ORTELLS, R. M., & CALDERÓN, C. M. (1996). *La Tutela Judicial Cautelara en el Derecho Español*. . Granada: Edt.Comares SL- España pag. 13.
14. PRIORI, P. G. (2006). *La tutela Cautelar*”. *Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores, Lima 2006. p.32.

ANEXO

EXPEDIENTE 00251-2016-37-1703-JR-CI-02

MATERIA: MEDIDA CAUTRELAR DE EMBARGO

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE