

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CIVIL Y

PROCESAL CIVIL



ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS DE TERCERÍA DE
DOMINIO EN EL MARCO DE LA UNIÓN DE HECHO Y LA
VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Tesis presentada por el bachiller:

Frank Farfán Montoya.

Para optar al Grado Académico de Maestro en
Derecho, Mención Derecho Civil y Procesal
Civil.

Asesor: Dr. Máximo Córdova Huamaní.

CUSCO – PERÚ

2020

DEDICATORIA

A mis hijas dedico esta tesis, a ellas dedico todas las bendiciones que de parte de Dios vendrán a nuestras vidas como recompensa de tanta dedicación, tanto esfuerzo y fe en la causa misma del agradecimiento. Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida. A toda mi familia, por estar siempre presente.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1. Situación problemática	3
1.2. Formulación del problema.....	5
a. Problema general.	5
b. Problemas específicos.....	5
1.3. Justificación de la investigación	5
a. Relevancia jurídica	5
b. Relevancia práctica.....	6
c. Relevancia social	6
1.4. Objetivos de la investigación.....	7
a. Objetivo general.	7
b. Objetivos específicos.....	7
II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	8
2.1. Bases teóricas	8
2.1.1. Unión de hecho.....	8
2.1.1.1. Aspectos normativos.	8
2.1.1.2. Unión de hecho en contexto: requisitos para su constitución.	11
2.1.1.3. Reconocimiento judicial y notarial de la unión de hecho.....	18
2.1.1.4. Efectos patrimoniales de la unión de hecho.	21

2.1.2.	Tercería excluyente de dominio: a propósito del derecho de acceso a la justicia y propiedad.....	24
2.1.2.1.	<i>Aspectos generales.</i>	24
2.1.2.2.	<i>Tercería de propiedad contra hipoteca y embargo.</i>	31
2.2.	Marco conceptual (palabras clave).....	37
2.3.	Antecedentes empíricos de la investigación (estado del arte)	38
III.	HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS	42
2.1.	Hipótesis	42
a.	Hipótesis general.	42
b.	Hipótesis específicas.....	42
2.2.	Categorías y subcategorías de estudio	42
IV.	METODOLOGÍA.....	43
4.1.	Tipo y nivel de investigación.....	43
4.2.	Unidades de análisis	43
4.3.	Técnicas de recolección de información	44
4.4.	Técnicas de análisis e interpretación de la información	44
V.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	46
5.1.	Procesamiento, análisis e interpretación de resultados.....	46
5.2.	Discusión de resultados	69
	CONCLUSIONES.....	71
	RECOMENDACIONES	73
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74
	ANEXOS.....	79

LISTA DE CUADROS

Cuadro 1 Tiempo aproximado de duración de los procesos de reconocimiento de unión de hecho.....	46
Cuadro 2 Fundamentos y parte resolutive contenidos en la ejecutoria N°3060-2006/Piura63	
Cuadro 3 Sentencia emitida en primera instancia/expediente N°2008-06485	67
Cuadro 4 Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en mérito al expediente N°2368-2011-PA/TC.....	68

RESUMEN

A través de la presente investigación se da cuenta de la vulneración de los derechos de propiedad y acceso a la justicia de quienes conforman una unión de hecho, en el marco de los procesos de tercería de dominio. Ello tomando en cuenta que, desde el actual enfoque de la Constitución, los efectos jurídicos de la unión de hecho, están sujetos al cumplimiento de ciertos presupuestos que se encuentran estipulados en el artículo 326 del Código Civil, único dispositivo legal de carácter sustancial que regula la misma. En el ámbito patrimonial se habla de una sociedad de bienes, que estará sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en lo que fuere aplicable, sin perder de vista que los bienes adquiridos pertenecen a ambos concubinos, no siendo factible su disposición de manera individual. El problema surge cuando no se solicitó el reconocimiento de la unión de hecho al existir consenso, y se produce dicha disposición, pues para lograr la restitución del derecho que se tiene sobre un porcentaje del o los bienes materia de litigio, no se necesita demostrar únicamente que existió dicha unión y que el bien o los bienes se adquirieron durante la misma, debido a que la parte perjudicada para recurrir a los alcances de la tercería contenidos en el artículo 533 del Código Procesal Civil, debe contar además, según exigencias de la Corte Suprema, con un documento que acredite la inscripción del derecho de propiedad, anterior a la hipoteca, o en el caso de embargo un documento de fecha cierta, lo que en estos casos es materialmente imposible.

Palabras clave: acceso a la justicia, propiedad, tercería, unión de hecho.

ABSTRACT

This investigation focuses on the violation of the property rights and access to justice of those who make up a cohabitation within the framework of the process of intervention to claim ownership. Therefore, taking into consideration that from the current focus of the Constitution, the legal effects of cohabitation are subject to compliance with certain budgets which are stipulated in article 326 of the Civil Code, the only legal device of a substantial nature that regulates the same. In the Property Law field, there is talk of a company of goods, which will be subject to the community property system in what is applicable, without losing sight of the fact that the acquired goods belong to both common-law partners, not being feasible their disposition individually. The problem arises when the recognition of cohabitation was not requested when there was a consensus, and this disposition occurs. Thus, to achieve the restitution of the right held over a percentage of the property subject to litigation, it is not necessary to prove only that this cohabitation existed and that the property was acquired during the same; because the party harmed, in order to resort to the scope of the third party contained in article 533 of the Civil Procedure Code, must also count, according to the Supreme Court's requirements, with a document proving the registration of the right of ownership, prior to the mortgage, or in the case of seizure a document of certain date, which in these cases is materially impossible.

Keywords: Access to justice, property, intervention to claim ownership, cohabitation.

INTRODUCCIÓN

Tanto a nivel constitucional como de norma sustantiva se establece el efecto patrimonial de la unión de hecho, en el sentido que para dar lugar a una comunidad de bienes sujeta en cuanto sea aplicable a la sociedad de gananciales, debe ser una unión estable entre varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, con la atingencia que el artículo 326 del Código Civil exige que además haya durado por lo menos dos años continuos.

A ello, se debe agregar que través de la norma contenida en el artículo en mención se exige además que la posesión constante de estado pueda probarse con cualquiera de los medios que admite la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita, lo que ha sido interpretado como la necesidad de contar con una sentencia de reconocimiento de unión de hecho, o el documento que acredita la inscripción del reconocimiento notarial.

A partir de ello se podrá establecer qué bienes fueron adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho, y qué parte le corresponde a cada uno, quedando proscrita la disposición individual. Qué pasa entonces cuando se materializa lo contrario: quien se ve perjudicado puede recurrir al proceso de tercería de propiedad.

No se debe perder de vista que las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema exigen contar con la inscripción del derecho de propiedad en los casos de tercería contra hipoteca, y con documento de fecha cierta en los casos de tercería contra embargo, en los que figure como propietario quien pretende oponer su derecho, para admitir a trámite las demandas.

En este contexto, surge una pregunta que en términos generales busca determinar qué generan las exigencias antes señaladas, tal como figura en el primer capítulo relativo a la formulación del problema, además surgen preguntas específicas, relacionadas a la dificultad para lograr el reconocimiento de la unión de hecho cuando se tiene que recurrir a un proceso

de conocimiento, y a las dificultades que se tiene para acreditar la titularidad del derecho que se reclama. También figuran los objetivos y la justificación de la investigación.

En el segundo capítulo figura el marco teórico, en el que además de los antecedentes y el marco conceptual, se desarrolla las bases teóricas considerando los aspectos normativos de la unión de hecho, los requisitos para su constitución, el reconocimiento judicial y notarial, y los efectos patrimoniales. Además se contextualiza el derecho de propiedad y de acceso a la justicia en los procesos de tercería de dominio contra hipoteca y embargo, específicamente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de la demanda.

En el tercer capítulo figura la hipótesis general dando respuesta tentativa al problema de investigación, en el sentido que es el derecho de propiedad junto al de acceso a la justicia los que se vulneran a través de las exigencias planteadas a nivel de Corte Suprema para admitir a trámite demandas en procesos de tercería de dominio.

Lo que en efecto se pudo demostrar al sistematizar y analizar la información contenida en ejecutorias supremas emitidas en casos de reconocimiento de unión de hecho, de tercería de propiedad en general y las vinculadas a concubinatos de manera específica, además de sentencias del Tribunal Constitucional en las que existe pronunciamiento respecto al derecho de propiedad cuya protección es requerida por quienes conforman una unión de hecho. Ello en atención a lo planteado en el capítulo relativo a la metodología.

A partir de ello, se construyeron tres conclusiones, que permitieron recomendar la modificación del artículo 326 del Código Civil, y 1.8 de la Ley N°26662.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

El artículo 5 de la Constitución Política de 1993 establece los efectos jurídicos de la unión de hecho, cuya materialización está sujeta al cumplimiento de ciertos presupuestos. En efecto, según el artículo en mención el concubinato es considerado como “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Por su parte, el artículo 326 del Código Civil, único dispositivo legal que regula la unión de hecho, va en la misma línea de lo dispuesto a nivel constitucional, pues considera los mismos requisitos que se deben configurar para que exista una unión de hecho propia, agregando que la misma debe durar por lo menos dos años continuos, bajo la siguiente fórmula:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes¹ que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Se habla entonces de una sociedad de bienes que estará sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en lo que fuere aplicable. A ello se debe agregar que por medio del artículo 326 en comentario se exige que “la posesión constante de estado a partir de fecha

¹ Tómese en cuenta que “en la medida que el art. 5° de la Constitución peruana de 1993 se refiere a la «comunidad de bienes» como aquél régimen patrimonial que emerge de la unión de hecho *stricto sensu*, se hace necesario adecuar esta terminología a la redacción del art. 326 del Código Civil, que continúa utilizando el término de «sociedad de bienes», derivado de la terminología adoptada en el art. 9° de la Constitución de 1979”. (Fernández y Bustamante, s.f., p.239)

aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”.

Además, se determinan los supuestos por los que la unión de hecho puede finalizar: muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En caso se produzca este último se podrá conceder a elección del abandonado “una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales”.

Hasta este punto, queda clara la posibilidad de aplicar las normas relativas a la sociedad de gananciales de existir una unión de hecho propia. Se puede señalar por ejemplo, que los bienes que conforman dicha sociedad durante su vigencia no pueden ser dispuestos a título individual por los cónyuges; y al término del régimen, después de cubierto el pasivo, deben ser divididos por igual entre ambos.

Si nos centramos en la unión de hecho se puede manifestar que los bienes adquiridos pertenecen a ambos concubinos, no siendo factible su disposición de manera individual. El problema surge cuando se pone fin a la convivencia de manera unilateral y se produce dicha disposición, pues para lograr la restitución de los derechos adquiridos, es imprescindible demostrar que existió una unión de hecho propia, y determinar cuáles son los bienes pasibles de división.

En este contexto, existen diversos actos a través de los que se puede materializar la disposición de bienes: compra venta, alquiler, hipoteca, embargo, entre otros. Los dos últimos supuestos están vinculados al proceso de tercería, el que de acuerdo a lo regulado por el artículo 535 del Código Procesal Civil, exige como presupuesto esencial para la correspondiente admisibilidad de la demanda, que se acredite el derecho de propiedad a través de un documento público o privado de fecha cierta, el que nunca tendrá el concubino afectado.

Con la atingencia que esta situación no puede ser resuelta con el reconocimiento notarial de la unión de hecho, pues no se está frente a un acto obligatorio, además debe existir consenso para que proceda, y su efecto está restringido a dar cuenta de su existencia.

Sin perder de vista que las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema en casos de embargo contra hipoteca exigen la inscripción del derecho de propiedad para que este se pueda oponer, quedando reservada la exigencia del artículo 535 a los casos de tercería contra embargo desde la celebración del VII Pleno Casatorio Civil.

1.2. Formulación del problema

a. Problema general.

¿Qué se genera al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho?

b. Problemas específicos.

1. ¿El reconocimiento judicial de la unión de hecho que termina por decisión unilateral es requisito suficiente para que se admita a trámite la demanda de tercería de propiedad?
2. ¿El concubino perjudicado puede acreditar su derecho de propiedad sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio?

1.3. Justificación de la investigación

a. Relevancia jurídica

El artículo 326 del Código Civil regula los efectos de la unión de hecho propia, disponiendo que en caso termine por decisión unilateral, el juez podrá conceder los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, existen casos en los que se produce una disposición individual de los bienes, lo que es posible debido a que sólo uno de ellos figurará como titular.

De manera específica, en los casos en que se constituye una hipoteca, o traba un embargo, quienes se ven perjudicados recurren al proceso de tercería de propiedad, con la atinencia que la Corte Suprema exige en el caso de la hipoteca la inscripción del derecho de propiedad, y en caso del embargo un documento de fecha cierta.

Exigencias que en caso de un concubino perjudicado son imposibles de atender, pues de existir los documentos antes mencionados no figurará como titular, además los efectos patrimoniales de la unión de hecho solo se pueden materializar si es previamente reconocida.

En tal sentido, es relevante efectuar una investigación que permita determinar si en este contexto se vulneran derechos fundamentales, y de ser así proponer mecanismos destinados a solucionar esta situación, los que pueden estar asociados a incorporar modificaciones normativas.

b. Relevancia práctica

De establecerse que las exigencias en procesos de tercería de propiedad contra hipoteca y embargo para admitir a trámite demandas, especialmente cuando se trata de concubinos, generan la vulneración de derechos fundamentales, las posibles soluciones planteadas, buscarán que quienes se vean perjudicados puedan contar con los medios idóneos para que sus derechos le sean restituidos.

c. Relevancia social

Si se propone la incorporación de modificaciones normativas destinadas a garantizar que los concubinos no se vean perjudicados por la disposición del porcentaje que les corresponde sobre los bienes adquiridos durante la unión de hecho, en caso termine por decisión unilateral, se beneficiará a la sociedad en general.

1.4. Objetivos de la investigación

a. Objetivo general.

Establecer que se genera al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda del concubino perjudicado que conformó la unión de hecho.

b. Objetivos específicos.

1. Determinar si el reconocimiento judicial de la unión de hecho que termina por decisión unilateral es requisito suficiente para que se admita a trámite la demanda de tercería de propiedad.
2. Determinar si el concubino perjudicado puede acreditar su derecho de propiedad sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio.

II. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Unión de hecho.

2.1.1.1. Aspectos normativos.

En palabras de Fernández (2004) fue recién por medio de la Constitución de 1979 que se reconocieron las uniones de hecho, a las que se denominó también concubinato, del texto de la Constitución se desprende que este tipo de uniones se conciben dentro del texto constitucional como aquellas conformadas por un varón y una mujer² de manera estable, quienes deben estar libres de impedimento matrimonial, y formar un hogar de hecho por el tiempo y condiciones que la ley señala, a ello se agrega el efecto patrimonial traducido en la existencia de una sociedad de bienes, que está sujeta a las reglas de la sociedad de gananciales, en lo que fuere aplicable³.

Tiempo después, la Constitución de 1993 por medio del artículo 5 repitió en términos generales la fórmula de la Carta precedente⁴, incluso lo relativo a la sociedad de bienes, aunque no incorpora de manera expresa la estabilidad, ni existe pronunciamiento respecto al tiempo y condiciones legales, en los que se debe materializar dicha unión.

² No se puede perder de vista que “en la comunidad internacional, a nivel social, en la doctrina jurídica e incluso en la legislación, las uniones extramatrimoniales heterosexuales se consideran un tipo de familia cada vez más extendido en la que los dos miembros asumen una voluntad de continuidad en una relación afectiva y sexual con el objeto de alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio bajo ciertas condiciones: cohabitación, exclusividad, estabilidad, vocación de perdurabilidad y publicidad en la convivencia”(Castro Pérez, s.f., p.343).

³ Así lo considera Aguilar (s.f.) cuando afirma que “hasta antes de la ley, estas uniones de hecho sólo tenían reconocimiento constitucional, para equiparar la sociedad de bienes que se genera dentro de esta unión de hecho, con las normas de la sociedad de gananciales que nace a propósito de un matrimonio, equiparidad que les permite dividir los bienes comunes en partes iguales cuando fenece la unión de hecho” (p.10).

⁴ Linares (2015) ha señalado que “el concubinato en el Perú es un fenómeno latente ya que como realidad cultural y sociológico ha existido tanto en el derecho pre colonial como colonial. Actualmente en el mundo moderno en que vivimos, existe el concubinato como una costumbre muy arraigada” (p.16).

Por otro lado, esta institución fue reconocida en el artículo 326 del Código Civil de 1984, estando vigente la Constitución de 1979, incorpora los elementos contenidos en la misma y se pronuncia de manera expresa respecto al tiempo mínimo de duración de dos años, bajo los siguientes términos:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos...

Gallo (2013) señala de manera expresa que “la acepción del concubinato es un fenómeno relativamente moderno (cita omitida): hasta finales del siglo XIX⁵, el concubinato no era reconocido y además era prohibido y sancionado”, en este contexto refiere que se estableció una política de orden abstencionista que implicaba el no otorgar al concubinato efectos jurídicos a nivel normativo, quedando ello en manos de la jurisprudencia, con lo que se buscaba evitar posibles injusticias en caso de concubinatos prolongados.

Sin embargo, como señala Masnata (citado en Fernández y Bustamante, s.f.) no se está frente a una situación “ilegal completamente ignorada por el Derecho” (p.222), incluso considera que ha sido aceptada “con bastante tolerancia” (p.222), pese a ello no se equipara al matrimonio, siendo esta forma de vida una de orden marginal.

⁵ En el caso Colombiano el concubinato deja de ser un delito en 1936 por medio de la Ley 95 que reforma el Código Penal, pues hasta ese momento, como afirman Bocanument y Molina (2018) “la Ley 19 de 1890, por medio de la cual se expidió el Código Penal colombiano de la época, penalizaba la bigamia, la celebración del matrimonio con impedimento o sin el cumplimiento de los requisitos legales y el concubinato (artículos 439-450). Este lo denominó «amancebamiento público», y era aquel en el cual incurrieran las personas de diferente sexo que, sin estar casadas, vivieran como tales en una misma casa y de manera pública. La pena para el hombre era de confinamiento de uno a tres años en un lugar diferente al de su domicilio, y para la mujer era de arresto por cuatro meses a un año, y no podía ir al lugar en el cual se encontrará el hombre hasta tanto este no terminara su condena (artículo 451)”.

Ahora bien, siguiendo con la evolución normativa, en virtud de la Ley N° 29560 del año 2010 (que modificó la Ley N° 26662⁶), se ampliaron las competencias de los notarios, estableciendo en el artículo 1 que se puede

Aun así, no se debe perder de vista que el artículo 326 del Código Civil es el único que regula los efectos de la unión de hecho -patrimoniales y personales-, el que incluso fue modificado por la Ley N° 30007⁷, equiparando las disposiciones aplicables al matrimonio en lo que respecta a derechos y deberes sucesorios, al añadir el siguiente párrafo:

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.

En un contexto general, no se debe perder de vista la afirmación de Gallo (2013), en el sentido que los factores contra el reconocimiento del concubinato son sociológicos, y traen consigo efectos económicos, si se toma en cuenta que una libertad sin límite no puede ser compatible con la familia, por ejemplo la mujer puede ser despojada de su patrimonio y quedar en estado de desamparo, además por su naturaleza inestable, dicha unión no garantiza que las necesidades de los hijos se vean satisfechas. No olvida los intereses de terceros, que pueden verse afectados por el engaño.

⁶ El año 1996 se promulga la Ley N° 26662 (Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos), a través de esta se facilita la tramitación de diversos procedimientos que eran exclusivos del Poder Judicial, posibilitando la misma vía notarial. El artículo 1 de la mencionada ley precisaba que “los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos: 1. Rectificación de partidas; 2. Adopción de personas capaces; 3. Patrimonio familiar; 4. Inventarios; 5. Comprobación de Testamentos; 6. Sucesión intestada”.

⁷ Ley que modifica los artículos 326, 724, 816 y 2030 del Código Civil, el inciso 4 del artículo 425 y el artículo 831 del Código Procesal Civil y los artículos 35, 38 y el inciso 4 del artículo 39 de la Ley 26662, a fin de reconocer derechos sucesorios entre los miembros de Uniones de Hecho.

Sin embargo, existe quien ve el reconocimiento del concubinato en otro sentido, Martín (como se citó en Castro, 2014) considera que la tutela jurídica de las uniones de hecho está justificada al ser “una relación jurídica familiar” (p.75), por lo que debe gozar de protección tanto social, como jurídica y económica, la inexistencia de un matrimonio no es óbice para para dejar en estado de desprotección los intereses tanto personales como patrimoniales de quienes mantienen una relación de convivencia, lo que debe hacerse extensivo al momento de la ruptura.

2.1.1.2. Unión de hecho en contexto: requisitos para su constitución.

Según Vega (como se citó en Chiclla, 2017) “la unión viene dada por una formula lingüística que alude a la familia, ya sea como «familia paramatrimonial» o «familia de hecho», por lo que el término familia no solo está vinculado a la que se origina de manera exclusiva en el marco del matrimonio, al respecto el autor en mención señala que:

El término familia no solo aproxima el fenómeno a la familia fundada en el matrimonio, sino que, además, trasmite un patrimonio de valores y emociones, sensaciones que componen un cuadro de referencias importantes: la convivencia de dos personas de sexo diferente, fundada en la comunión material y espiritual alegrada por la presencia de los hijos. Sin embargo, creo que también en aquella calificación de familia «de hecho» se puede advertir cierto giro oculto que, de una u otra manera, pretende acuñar que no es una familia de «derecho», es decir, una unión matrimonial... (p.15)

Ahora bien, es preciso recordar que la expresión unión de hecho es la que se emplea en la actualidad con mayor frecuencia, al ser considerada la más idónea. En efecto, en palabras de Mesa (como se citó en De la Barra, 2010) este concepto es el que de forma más precisa contextualiza la situación de dos personas que de manera libre mantienen una

relación que se basa “en el hecho de la convivencia”⁸; sin embargo, hay quienes utilizan también el término concubinato.

Así, Puig (como se citó en Bustos, 2007) considera a la unión de hecho como aquella duradera y estable entre dos personas del sexo opuesto, quienes “hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo”⁹ (p.12).

Por otro lado, Amado (2013) señala que “es una unión de hecho o fáctica, por la cual un hombre y una mujer conviven sin estar casados legalmente, o sea sin constituir una unión legal o de derecho, como sí lo es el matrimonio, aunque actualmente produce algunos efectos legales...” Bajo el mismo contexto, Castro (2014) define a la unión de hecho como:

La relación de pareja extramatrimonial integrada por dos personas solteras que hacen vida en común cumpliendo los mismos fines del matrimonio, respetando los deberes matrimoniales de fidelidad y asistencia recíproca durante un periodo mínimo de dos años consecutivos y permanentes. La vida en común deberá realizarse en el mismo domicilio para comprobar la notoriedad y la publicidad de la relación, la cual no puede ser oculta ni a escondidas. (p.68)

Mientras que Callata (2016) se refiere al concubinato como “hecho social o sociedad conyugal social y familiar”¹⁰, que se manifiesta o configura cuando un hombre y una mujer,

⁸ El término <concubinato> “... deriva del latín *cum cubare*, que literalmente significa <acostarse con>, <dormir juntos> o <comunidad de lecho>. Se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y de una mujer para mantener relaciones sexuales estables y <vivir juntos>, no hasta que la muerte los separe, sino hasta que la vida los separe” (Corral, 2005, p.67).

⁹ Según el autor “este concepto es el que ha sido recogido por Sentencia de la Corte Suprema de 1989 clasificándose en lo que en doctrina se conoce con el nombre unión *more uxorio*, que está caracterizada por vida en común, asidua y permanente, con toda la complejidad que le es propia y con una semejanza tan grande con el matrimonio, exteriormente, que a los ojos de los demás no hay distinción de importancia”.

¹⁰ Para Enríquez (como se citó en Callata, 2016), la unión de hecho “tiene una connotación meramente social o más bien dicho se apega a una realidad social y que en la evolución de la misma se hace necesaria la aplicación del derecho para regularlas, pero no basta únicamente de que la Unión de Hecho cumpla con los requisitos que se han considerado en la legislación, ya que en la práctica

en forma libre y voluntaria, se unen con el objetivo de vivir juntos, procrear, educar a sus hijos y auxiliarse entre sí” (p.22). El mismo autor añade que “la unión de hecho como realidad social, nace desde el momento que mediante acuerdo libre y voluntario, las partes deciden convivir” (p.22).

En el marco de lo señalado, se puede identificar la teoría abstencionista¹¹ planteada en la doctrina jurídica, que se ve materializada en el artículo 326 del Código Civil, si se toma en cuenta que las normas contenidas en el mismo regulan lo relativo a la extinción de la unión de hecho, en esta línea se pronuncia Castro (2014), añadiendo que también adoptó la teoría de la apariencia del estado matrimonial, lo que según afirma ha permitido otorgarle a la unión de hecho, algunos derechos del régimen de la sociedad de gananciales, determinados efectos personales y los derechos sucesorios” (p.52).

No cabe duda que el Código Civil incorpora normas destinadas a regular los efectos de la unión de hecho, haciendo distinción entre unión de hecho propia que cumple todas las exigencias incorporadas normativamente, y la impropia que no lo hace, quedando como alternativa para quien se ve perjudicado la demanda de enriquecimiento indebido, las que Fernández y Bustamante (s.f.) ha incorporado dentro de las que ha denominado acepción amplia y restringida.

A partir de ello se puede afirmar que es imprescindible la concurrencia de ciertos requisitos que permiten dotar de legitimidad a la unión de hecho, para Callata (2016), estos

tanto para los convivientes como para los hijos nacidos de esa convivencia éstos puedan ejercer derechos y obligaciones de unos a otros” (pp.23-24).

¹¹ Al respecto se puede tomar en cuenta lo manifestado por Fernández y Bustamante (s.f.) siguiendo a Bossert y Zannoni en el sentido que “una tercera posición, aparece a partir del Código de Napoleón, que es denominada como abstencionista, y que omite cualquier tratamiento legislativo del concubinato, y las consecuencias que de él se puedan derivar. En esta línea se encuentra Argentina, que por la fuerza de la realidad ha debido señalar soluciones especiales para diversos problemas que se deriven del concubinato” (p.222).

se pueden traducir en “estabilidad, monogamia, relación pública y notoria, procreación, etc.”

(p.24)

Por su parte Fernández y Bustamante (s.f.) reconocen como elementos condicionantes del concubinato “la cohabitación y comunidad de hecho; comunidad de vida; notoriedad, singularidad y permanencia; elementos que de manera conjunta y concurrente deben reflejar la vida en común de la pareja, de modo que represente en lo sustancial la unión de sus vidas con el propósito de formar un hogar” (p.224).

Del mismo modo se pronuncia Serrano (como se citó en Chiclla 2017) cuando señala que la unión extramatrimonial:

...debe contar con requisitos como un modelo de vida *more uxorio* (como el que acostumbran a llevar los cónyuges), cumpliendo voluntariamente los deberes matrimoniales; una comunidad duradera que acredite la estabilidad (un número mínimo de años ininterrumpidos); mayoría de edad de los convivientes; no debe existir parentesco entre los compañeros; debe existir una *affectio* (un amor), en la que debe encontrarse la base de todos los otros requisitos y, la ausencia de toda formalidad, traducida en el rechazo, la inconveniencia o la imposibilidad de contraer matrimonio... (p.18)

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en el fundamento 16 de la sentencia recaída en el expediente N° 06572-2006-PA/TC, al manifestar que la unión de hecho o concubinato “se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho”.

Agrega en el fundamento 17 de la misma sentencia que formar un hogar de hecho implica que quienes lo conforman lleven su vida tal como como si estuviesen casados, compartiendo en tal sentido intimidad, y una vida sexual dotada de un categórico lazo afectivo, lo que se puede evidenciar en una convivencia caracterizada por la fidelidad y

exclusividad, por ello ninguno de los convivientes puede estar casado o mantener otra unión de hecho.

Siguiendo al Tribunal Constitucional se pueden considerar como requisitos indispensables para la constitución de la unión de hecho: compartir habitación, lecho y techo; monogamia, exclusividad y fidelidad, además de heterosexualidad.

Bustos (2007) citando a Bossert considera que la comunidad de lecho que tiene como elemento esencial las relaciones sexuales entre varón y mujer, debe concurrir de manera copulativa con la comunidad de vida o techo, para la materialización de los efectos jurídicos de la unión de hecho.

A ello se puede agregar lo planteado por Arias (como se citó en Fernández y Bustamante, s.f.) para quien el incumplimiento unilateral del deber de cohabitación generará que la unión de hecho concluya, debido a que desaparece la convivencia, que es la que da soporte a su vigencia. Además, como bien expresa Ambrogi (2000):

el rasgo que distingue una unión concubinaria de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación; ella significa comunidad de vida, es decir, la posibilidad de que la pareja en menor o mayor medida comparta situaciones que exigen solución y consideración por parte del derecho. Esta comunidad de vida, implica también conllevar la comunidad de lecho. (p.2)

Cuando se habla de fidelidad, diversos autores centran su atención en la condición de mujer, se tiene por ejemplo a Fueyo (como se citó en Bustos, 2007) que afirma lo siguiente:

La unión de hecho necesariamente debe ir acompañada de fidelidad de la mujer y de unilateralidad del varón. Fidelidad de la mujer, descartándose la unión de hecho cuando la mujer recibe en el hogar a varias personas extrañas. Unilateralidad del varón, es decir, éste debe vivir con una sola mujer en un hogar monogámico. (p.16)

Ambrogi (2000) se pronuncia manifestado que la fidelidad, principalmente en la mujer, es la que determina la configuración de la unión de hecho “con su nota típica de estado matrimonial” (p.2).

Por su parte, Chiclla (2017) considera respecto a la fidelidad recíproca, que a nivel doctrinario suele ser calificada como aparente, añadiendo que “... las relaciones de los convivientes deberán caracterizarse a menudo por una cierta conducta en la mujer que manifieste el afecto hacia su amante o una aparente fidelidad” (p.24).

Sin embargo, no se debe perder de vista que la fidelidad considerada también unilateralidad, es diferenciada de la singularidad o exclusividad, tomando en cuenta que la relación que nace de una unión de hecho no se destruye de existir una relación sexual momentánea con otra persona, siendo únicamente incompatible el mantener una relación de las mismas características de la unión de hecho.

Por la misma línea de pensamiento transita Plácido (2005) al considerar que la singularidad está referida a que todos los elementos que constituyen la unión de hecho se deben materializar únicamente en relación a dos sujetos: hombre y mujer, la que no se destruye si alguno de ellos mantiene una relación sexual esporádica¹².

¹² Es preciso tomar en cuenta la opinión de Arias (como se citó en Fernández y Bustamante, s.f.) quien considera que en la “en la unión de hecho se presenta el deber natural de fidelidad; que de inobservarse en cuanto la continencia sexual, provocará la terminación de la unión de hecho por el conviviente ofendido” (p.226). En tanto, Fernández y Bustamante (s.f.) indican sobre la singularidad del concubinato que “el estado del concubino viene a traducirse en el hecho de una unión monogámica. Donde cada uno de los convivientes se encuentre libre de lazos matrimoniales, y que, asimismo, ellos no convivan simultáneamente con otras personas. De ahí que, se afiance la idea que el concubinato representa una unión de hecho estable y permanente entre un hombre y una mujer. (p.226). Así mismo, Arias (como se citó en Fernández y Bustamante, s.f.) señala que “al tratarse de una unión estable, permanente y singular, la fidelidad queda también implicada; y así como en el matrimonio puede darse la infidelidad sin que por ello pierda su carácter de tal, del mismo modo en el concubinato puede darse la infidelidad de uno de los concubinos. Obviamente, si cualquiera de ellos no ha guardado la apariencia de fidelidad, y sus diversas relaciones sexuales son públicamente conocidas, se estaría entonces afectando la singularidad de la unión, que es un elemento caracterizante del concubinato” (p.226).

Como es evidente cuando se habla de singularidad, se introduce como exigencia que la unión sea entre un varón y una mujer. No en vano, autores como Castro (2014) afirman que la unión de hecho para ser reconocida requiere estar conformada por un varón y una mujer, tal como lo exige la norma, con la consiguiente vigencia de la tesis de apariencia matrimonial.

Ahora bien, otros dos elementos requeridos para la materialización de la unión de hecho propia son: la permanencia y duración, asociados a la configuración de un plazo mínimo, que, si bien no está establecido a nivel constitucional, si lo está en el Código Civil¹³.

En este contexto, hablar de estabilidad o permanencia implica que la comunidad de vida sea estable, y además duradera, siendo el plazo de dos años el mínimo exigido dentro del Estado peruano, el que debe ser ininterrumpido, pues la acumulación de períodos intermitentes, no genera la materialización de la unión de hecho propia.

A ello, se debe agregar otra exigencia del artículo 326 del Código Civil, traducida en la ausencia de impedimento matrimonial. Según afirma Canales (2010) a nivel doctrinario existe polémica en relación a si únicamente existe concubinato cuando se presenta la posibilidad de contraer matrimonio.

Bossert (citado por Medina, 2001) considera que el concepto de concubinato debe incluir las uniones conformadas por quienes tengan impedimento matrimonial, y que sus efectos se deben producir existan o no, si se toma en cuenta que estos quedan establecidos

¹³ Según Plácido (2005): "... para los efectos patrimoniales que resulta de la aplicación de las disposiciones del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes que origina la unión de hecho, la ley exige el transcurso mínimo de dos años continuos (artículo 326 del Código Civil); para efectos de reclamar la filiación extramatrimonial, tiene que haber habido unión de hecho durante los primeros ciento veintinueve días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo extramatrimonial (artículo 402, inciso 3 del Código Civil); para efectos de conservar la vocación hereditaria del cónyuge supérstite en el caso del matrimonio *in extremis*; así mismo, tiene que haber habido unión de hecho desde antes de los treinta días siguientes a la celebración de ese matrimonio (artículo 826 del Código Civil)".

en atención a las circunstancias de naturaliza fáctica que rodean al hecho, como es la vida en común de la pareja.

Por otro lado, López citado también por Medina diferencia la unión libre caracterizada por la inexistencia de impedimentos para contraer matrimonio, de aquella en la que si existen, descalificándolas por “inmorales o ilícitas” pues se dan cuando existe incesto o adulterio.

Al respecto también se pronuncia Castro (2014), al explicar que los impedimentos no sólo obstaculizan la formalización de uniones de hecho, sino además la celebración de matrimonios, son prohibiciones enumeradas de manera taxativa a nivel normativo, y son pasibles de interpretación restrictiva.

En este contexto, se refiere por un lado a los impedimentos dirimentes y por otro a los impeditivos. Los primeros, imposibilitan contraer un matrimonio válido, pues su inobservancia deviene en la nulidad o anulabilidad del vínculo matrimonial, además de la imposibilidad de reconocer la unión de hecho ya sea por la vía notarial o judicial. Mientras que los segundos contienen una grave prohibición para contraer matrimonio, su incumplimiento genera sanciones de orden patrimonial sin influir sobre la existencia o validez del matrimonio, y en el caso del concubinato, de constituirse a pesar de la existencia de este tipo de impedimentos es válida, al igual que el matrimonio.

Ahora bien, Bustos (2007) centra su atención en la existencia de un vínculo matrimonial no disuelto, como impedimento para que una unión genere efectos jurídicos.

2.1.1.3. Reconocimiento judicial y notarial de la unión de hecho.

El reconocimiento de la unión de hecho sea por la vía judicial o a través de la aplicación de normas contenidas en la Ley 29560, es imprescindible para reclamar derechos de orden patrimonial, lo que no es exigible en caso de efectos jurídicos personales. El

reconocimiento judicial está condicionado al cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 326 del Código Civil, ya desarrolladas ampliamente¹⁴.

Para Calderón citado por Cáceres (2016) la diferencia se centra en la naturaleza de los derechos reclamados, lo que implica que en el caso de los efectos personales se requiere una tutela de urgencia por parte del órgano jurisdiccional, mientras que respecto a las cuestiones patrimoniales, específicamente la comunidad de bienes, se requiere acreditar la existencia de una unión de hecho propia, para cautelar los intereses de quienes contratan con alguno de sus integrantes, de este modo se favorece tanto el tráfico, como la seguridad jurídica.

Por su parte, Plácido (2008) hace referencia a la casación 2623-98/JAEN, según la cual:

la declaración judicial de convivencia o unión de hecho tiene como propósito cautelar los derechos de cada concubino sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por la unión se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

El mismo autor citado por Chiglia (2017) afirma que la prueba de la existencia de la unión de hecho es imprescindible para reclamar entre convivientes o frente a terceros los efectos patrimoniales que surgen de la misma, lo que se actúa en un proceso distinto y anterior. No se debe perder de vista que los efectos jurídicos personales, también dependen del cumplimiento de las exigencias del artículo 326 del Código Civil, sin que sea necesario contar con el reconocimiento previo de la unión de hecho.

¹⁴ A ello se debe agregar lo relativo a la posesión de estado, según afirma Fernández y Bustamante (s.f.), probar la posesión constante de estado de concubinos, es lo que viabiliza la obtención del “título de estado de familia de unión de hecho” (p.231).

En cuanto al reconocimiento notarial, se debe advertir que antes de la entrada en vigencia de la ley que amplía la competencia de los notarios sólo existía la vía judicial para el reconocimiento de la unión de hecho, no sin razón, Aguilar (2015) considera que su declaración era la mayor dificultad para quienes pretendían reclamar derechos derivados de la misma.

Si bien, lo afirmado se ajusta a la realidad, no se puede dejar de mencionar que pese a la modificación de la Ley 26662 que otorga competencia a los notarios para intervenir en asuntos no contenciosos, que incluyen el reconocimiento de la unión de hecho¹⁵, se requiere la conformidad de ambos para su procedencia. Además, como acertadamente explica Villena (s.f.):

...Este reconocimiento sólo será posible si se reúnen los requisitos señalados en el Art. 326 del Código Civil, es decir la unión libre y voluntaria de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial a fin de alcanzar fines y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, originando en consecuencia una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales, si la unión ha durado por lo menos dos años continuos.

Lo manifestado se canaliza a través del procedimiento que Díaz (como se citó en Cáceres, 2016) resume de la siguiente forma:

Solicitud de ambos convivientes pidiendo que se reconozca e inscriba en el registro personal su unión de hecho, acompañando los documentos pertinentes que acrediten

¹⁵ Según Calderón (como se citó en Díaz, 2017) “esta norma nacida desde la propia iniciativa del notariado, en palabras de sus presentadores, busca un ahorro de tiempo y una agilización de trámites para los miembros de una unión de hecho, lo cual es evidente, pues permite a los convivientes acceder mediante un trámite notarial simple, a una escritura pública que para ellos cumpla el rol de partida o acta que ponga de manifiesto su estado de convivencia, aliviando también la carga procesal del Poder Judicial, pues antes de publicarse la ley, la única forma en que se podía reconocer al concubinato era a través de un complejo y dilatado proceso judicial”.

tal unión por los menos dos años de manera continua y dos testigos que den fe de ello, que se encuentran libres de impedimentos matrimoniales y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso, para lo cual se requiere del certificado domiciliario, y del certificado negativo de la unión de hecho. Este reconocimiento notarial requiere del acuerdo entre los convivientes para el reconocimiento de la unión de hecho, por tanto, no es factible dicho reconocimiento de manera unilateral, para ello será necesario recurrir a la vía judicial. (p. 43)

Como es evidente, se pondera la buena fe de quienes declaran ser concubinos, facilitando de este modo el reconocimiento de la unión de hecho.

Incluso, a través del artículo 52 de la Ley 29560, se establece lo relativo al cese de la unión de hecho, otorgando la posibilidad de dejar constancia de haber puesto fin al estado de convivencia en la escritura pública, pudiendo liquidar el patrimonio social, sin necesidad de que se hagan publicaciones.

2.1.1.4. Efectos patrimoniales de la unión de hecho.

En atención a la denominada apariencia matrimonial, las uniones de hecho que reúnen los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, mantienen un régimen patrimonial similar al de la sociedad de gananciales¹⁶.

Es por mandato de la Constitución que la comunidad de bienes es el régimen establecido para quienes conforman una unión de hecho, al que le son aplicables en lo

¹⁶ Aunque existe quien habla de equivalencia, así, Aguilar (como se citó en Cáceres, 2016) considera que “ha quedado establecido que el concubinato al que la ley le concede efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, es el concubinato regular, o estricto, a ellos, la ley (artículo 326 del Código Civil) los protege equiparando la sociedad de bienes que se origina en su unión de hecho con la sociedad de gananciales, equiparar significa equivalencia, entendiéndose igualdad en el trato legal. En este caso esa sociedad de bienes es equivalente o igual a la sociedad de gananciales, lo que implica que la normativa que regula a ésta última, debe ser aplicada a la sociedad de bienes generada en la unión de hecho” (p.50).

pertinente las normas que regulan la sociedad de gananciales¹⁷, por ello, el régimen de la separación de bienes no le es aplicable, como si sucede en el matrimonio¹⁸.

En un contexto similar se pronuncia el Tribunal Constitucional en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el expediente 06572-2006-PA/TC:

Tales son las consecuencias de la formación de un hogar de hecho entre personas con capacidad nupcial. De ahí que se generen vínculos patrimoniales otorgados expresamente por el legislador constituyente. Así, el reconocimiento de la comunidad de bienes, implica que el patrimonio adquirido durante la unión de hecho pertenecen [sic] a los dos convivientes. Con ello se asegura que a la terminación de la relación, los bienes de tal comunidad pueda repartirse equitativamente, con lo que se erradicarían los abusos e impediría el enriquecimiento ilícito.

Por otra parte, de acuerdo a lo señalado por Peralta (Como se citó en Fernández y Bustamante, s.f.):

la declaración de sociedad de bienes, como calificación jurídica de los bienes de la unión de hecho, es una de carácter *iuris tantum*; pues, una vez constituida la unión

¹⁷ Según Fernández y Bustamante (s.f.) “se aprecia en la Carta de 1979 la calificación de los bienes de la unión de hecho como «sociedad de bienes», mientras que en el texto vigente, se los denomina «comunidad de bienes», término que está más acorde a la naturaleza jurídica de la unión de hecho” (p.221). Es el Código Civil el que mantiene la denominación de la Constitución de 1979, como acertadamente sostiene Vega (s.f.) “el Código Civil, inspirado en el artículo 9 de la Constitución del año 1979, denomina sociedad de bienes a esa realidad conformada por las propiedades de los concubinatos «propios» o «perfectos», mientras que el art. 5 de la actual Constitución de 1993 la califica como comunidad de bienes” (p.46).

¹⁸ Al respecto opina Arias (como se citó en Vega), que “cumplidos los requisitos que la ley exige al concubinato, se entiende configurada *ipso iure* esa sociedad (comunidad) de bienes. Además, se señala unánimemente que los convivientes no pueden acogerse al régimen de separación de patrimonios, por cuanto el artículo 326 no dejaría opción para ello, por lo que el régimen patrimonial aplicable y obligatorio es el de la sociedad de gananciales. Sólo los cónyuges pueden optar por uno u otro régimen” (p.61). El mismo autor citando a Plácido, señala que “para ello es necesario que transcurran los dos años exigidos por la ley, pues si no serán aplicables las normas sobre la copropiedad”. En esta línea de ideas sostiene que “una vez que surja tal comunidad de bienes, a la cual sean aplicables las reglas de la sociedad de gananciales (sin que se convierta en sociedad de gananciales), los concubinos no pueden variar de régimen patrimonial” (p.61).

concubinaria, luego de transcurrido el plazo mínimo de dos años, se debe presumir el carácter común de los bienes. Por tanto, le corresponderá al concubino interesado, demostrar la calidad de bien propio, esto es que, el bien solamente pertenezca a uno de ellos.

Ahora bien, el patrimonio está conformado por tanto por los bienes propios, como por los sociales, bienes sociales que en palabras de Castro (2014) “no constituyen copropiedad de los convivientes sino un patrimonio autónomo” (p.101).

Al respecto, también se pronuncia Vega (s.f.) al señalar que la sociedad de bienes está condicionada al cumplimiento del plazo de dos años, por ello no hay duda que los bienes adquiridos antes de superarse los dos años exigidos por el artículo 326 del Código Civil serán propios si es de manera unilateral, y sujetos a la copropiedad si ambos participaron en su adquisición.

A ello se puede agregar lo manifestado por Cáceres (2016) en el sentido que los cónyuges se encuentran de manera automática bajo el régimen de la sociedad de gananciales al celebrarse el matrimonio, lo que no ocurre en las uniones de hecho que además de ser propias requieren el transcurso de dos años, por ello, los bienes adquiridos durante este período, no pueden ser considerados como sociales, serán de ambos en copropiedad, o del que lo haya adquirido de manera unilateral.

Por otro lado, Castro (2014) considera que los bienes sociales de los convivientes constituyen un patrimonio autónomo, más no copropiedad, cita además a la Corte Suprema, quien respecto a la sociedad de gananciales se pronuncia afirmando que la misma:

está constituida por bienes sociales y bienes propios y constituye una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, comunidad que recae sobre un patrimonio. A ella queda sujeto un conjunto de derechos y obligaciones. Por tanto, ella rige tanto para el activo como para el pasivo patrimonial. La copropiedad, en

cambio, recae sobre bienes singulares. La primera es, si se quiere, a título universal, la segunda a título particular. (p.101)

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto en el fundamento 10 de la sentencia recaída en el expediente N° 04777-2006-PA/TC:

Que, este tipo de régimen establece, por su parte, dos tipos de bienes: aquellos que son propios, es decir, los que pertenecen exclusivamente a cada cónyuge; y los bienes sociales. Estos últimos son aquellos que son afectados por interés común del hogar y constituyen, por sí mismos, un «patrimonio autónomo», distintos de los de cada cónyuge por sí mismo, y distinto también del régimen de copropiedad. Por ello, con respecto al patrimonio autónomo, los cónyuges individualmente considerados no tienen el derecho de disposición sobre una parte determinada de los referidos bienes, sino únicamente una alícuota que se concreta al término de la sociedad de gananciales.

Queda claro que los efectos patrimoniales de la unión de hecho están sujetos al cumplimiento de las exigencias del artículo 326 del Código Civil, especialmente en lo relativo al plazo, pues de no cumplirse el mismo están sometidos a las reglas de la copropiedad, o pertenecerán al que figure como adquirente.

2.1.2. Tercería excluyente de dominio: a propósito del derecho de acceso a la justicia y propiedad.

2.1.2.1. Aspectos generales.

Existen dos clases de tercería: la de propiedad (o excluyente de dominio), y la tercería de derecho preferente (o de pago). En relación a ambas, Rioja (2011) sostiene que están a disposición de terceros que se encuentran afectados por un proceso de ejecución del que no son parte, siendo el mecanismo de protección que les permite hacer valer sus derechos e intereses evitando los efectos negativos que este tipo de proceso puede generar.

Por su parte Rodríguez (como se citó en Chacón, 2017) denomina a la tercería como intervención de un tercero en juicio, considerando que es la reclamación que hace una o más personas en un juicio del que no participan directamente, pero tienen un interés en su resultado, al tener un derecho vinculado al mismo¹⁹.

No se debe perder de vista que el artículo 533 de Código Procesal Civil incluye ciertas exigencias:

La tercería se entiende con el demandante y el demandado, y sólo puede fundarse en la propiedad de los bienes afectados judicialmente por medida cautelar o para la ejecución... Sin perjuicio de lo señalado, puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con garantías reales, cuando el derecho del tercerista se encuentra inscrito con anterioridad a dicha afectación²⁰.

Así, en palabras de Bezada (2016) “el fundamento del proceso de tercería de propiedad radica en la concepción misma del derecho de propiedad, derecho real por el cual un bien se encuentra sometido a la voluntad y acción de una persona en forma exclusiva,

¹⁹ Al respecto es interesante tomar en cuenta el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano: “En cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La reclamación del tercero se sustanciará como incidente, sin perjuicio de lo establecido en los párrafos siguientes, respecto de las tercerías”.

²⁰ Tómese en cuenta que según el artículo 518 del Código de Procedimiento Civil chileno: “En el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante pretende: 1°. Dominio de los bienes embargados; 2°. Posesión de los bienes embargados; 3°. Derecho para ser pagado preferentemente; o 4°. Derecho para concurrir en el pago a falta de otros bienes. En el primer caso la tercería se llama de dominio, en el segundo de posesión, en el tercero de prelación y en el cuarto de pago”. De manera mucho más amplia se dispone en el artículo 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español que: “1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo. 2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado...”

pudiendo el dueño impedir a los demás su uso, goce o disposición”²¹ (p.27), lo que implica que el proceso de tercería tiene por finalidad la protección de este derecho.

Ahora bien, respecto a la competencia en materia de tercería, se puede manifestar que, al ser de naturaleza incidental²², su trámite no puede estar desvinculado del juez que tiene a su cargo el proceso principal²³, no en vano se ha dicho que:

en la medida que la tercería presupone un proceso ya iniciado en el cual se encuentra pendiente la ejecución de un bien que no es de propiedad del deudor principal de la

²¹ El Tribunal Constitucional en el fundamento 26.a de la sentencia emitida en mérito al expediente N° 0008-2003-AI/TC considera respecto al derecho a la propiedad que “establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”. Esta concepción actual del derecho de propiedad se vio enmarcada en cierta problemática que ha sido contextualizada por Cordero y Aldunate (2008) en los siguientes términos: “El problema se marca con tres grandes hitos: la consagración del derecho de propiedad en el movimiento revolucionario francés (cita omitida) (en cuyo contexto histórico nacerán las disposiciones relativas a la propiedad contenidas en el Código Civil); las ideas socialistas del siglo XIX; y la mayor intervención estatal en la economía, especialmente a partir de la primera guerra mundial. Las regulaciones legislativas originadas en estos últimos dos fenómenos serán enfrentadas por los defensores de un derecho de propiedad afincado en el primer hito, y que aparece como auténtico. Esta autenticidad deriva, por una parte, de su fundamentación iusracionalista y, por otra, de su pretendida estirpe histórica. El derecho de propiedad de carácter individualista y absoluto recogido y protegido en el ideario de la Revolución Francesa no sería otro sino el noble dominio desarrollado por los juristas romanos y heredado por la Codificación como un proceso de decantación a partir de la Recepción del Derecho romano y su depuración iusracionalista”.

²² Como se dispone en el artículo 493 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano: “La tercería, de cualquier clase que sea, ora se proponga en el juicio ordinario, ora en el ejecutivo, es siempre un incidente; y, como tal, se resolverá por el mismo juez que conoce de lo principal, sin consideración a la cuantía”.

²³ Repárese en lo mencionado por Ariano (Como se citó en Rubio y Honorio, 2017), en el sentido que “la clave para determinar quién es el Juez competente está justamente en el artículo 100° del CPC, artículo en el que cayendo en un viejo equívoco, se concibe a la tercería como una intervención de terceros, cosa que obviamente no es tal pues la tercería promueve un proceso declarativo autónomo a instancia del tercerista en contra de las partes del otro proceso y no una inserción de un (hasta ese momento) tercero en un proceso pendiente *inter alios*. Pero la (quizá única) valía del artículo 100 del CPC está justamente en que al discurrir impropia de intervención nos está indicando ante quien se debe plantear la tercería como toda intervención ante el juez del proceso” (p.56).

obligación incumplida (o de un tercero responsable), su trámite corresponde que lo conozca el mismo juez que conoce el proceso ya iniciado, o el juez que ordenó la medida cautelar que afecta el bien (artículo 100° del CPC)²⁴. Rioja (Como se citó en Rubio y Honorio, 2017, p.56)

Lama (como se citó en Rioja, 2011) comparte lo antes mencionado, aclarando que en este supuesto no se debe incluir el gravamen que se origina en una garantía real, lo que se presenta en el caso de la hipoteca, pues la afectación no tendría como origen una decisión judicial, sino una decisión voluntaria entre el acreedor y quien constituye la garantía, o en todo caso en una disposición legal (hipoteca legal).

En este sentido, considera que, pese a que el tercero pueda acreditar que es el titular del derecho de propiedad del bien materia de litigio, la afectación generada no podrá ser levantada en el marco del proceso abreviado de tercería, si se toma en cuenta que “el título registral que da origen al gravamen hipotecario no se origina en una decisión judicial, como es el caso del embargo o medida cautelar”. (p.171)

Por ello, considera que el proceso de tercería no es el idóneo, planteando una alternativa que se traduce en acudir con una demanda que permita iniciar un proceso que tenga como objeto la ineficacia o invalidez de la garantía real, para que luego de alcanzar el objetivo trazado recién se pueda disponer el levantamiento de la hipoteca.

Es en este contexto, que la tercería de propiedad procede contra embargo o hipoteca, con ciertos matices en cada uno de los supuestos, en atención a que se está frente a derechos de diferente naturaleza.

²⁴ Según el artículo 100: “Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar. También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada. Las intervenciones descritas en este Artículo se tramitarán de acuerdo a lo dispuesto en el Sub Capítulo 5, Capítulo II, Título II, SECCIÓN QUINTA de este Código”.

En efecto, en el primer caso se materializa una pugna entre el derecho real de propiedad y el personal de crédito, mientras que en el segundo caso la pugna será entre dos derechos reales. De ahí que la aplicación del artículo 2022 del Código Civil será indistinta – primer y segundo párrafo-, dependiendo de la situación jurídica que se presente. Se debe resaltar que en ambos casos se está frente al derecho real de propiedad.

Las normas contenidas en los dos párrafos del artículo en mención, han sido interpretadas de manera indistinta en lo que se refiere a la oponibilidad, tutelando en algunos casos la propiedad en mérito a lo establecido en el artículo 949 del Código Civil, y en otros no.

En mérito a ello, se celebra el Séptimo Pleno Casatorio Civil en noviembre de 2015, aunque la atención estuvo centrada en el segundo párrafo del artículo 2022, que regula la pugna entre derechos de distinta naturaleza²⁵. Así, se desprende de la resolución de convocatoria que expide la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema:

...se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluidas las salas civiles de este Supremo Tribunal, que se avocan al conocimiento de procesos de tercería de propiedad, están resolviendo, específicamente en lo concerniente a la aplicación de la última parte del artículo 2022

²⁵ No se debe perder de vista que, los pronunciamientos expedidos en los últimos años por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la admisión a trámite o del rechazo liminar de las demandas de tercería de propiedad contra hipotecas fueron realmente contradictorios. Es el caso de la ejecutoria suprema N° 5329-2006-Lima, de fecha 27 de marzo del 2007, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica; y la ejecutoria suprema N° 2360-2006-Lima, de fecha 21 de marzo del 2007, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Se ha dicho de manera expresa al respecto que “en la primera estableció apartándose de criterios jurisprudenciales expedidos anteriormente que cuando el artículo 533 del Código Procesal Civil, en su texto vigente señalaba que la tercería puede fundarse en la propiedad de bienes afectados con medida cautelar o para su ejecución, se incluye en dicho supuesto «la ejecución de garantías reales», ordenando en tal caso la admisión a trámite de la demanda. Por su parte la otra ejecutoria señaló en su oportunidad que la pretensión contenida en una demanda de tercería excluyente de propiedad contra una hipoteca contenía un petitorio resulta jurídicamente imposible, y que como tal debía ser rechazada liminarmente” (Lama, 2007, p.118).

del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios, referidos a si debe o no primar o imponerse la propiedad no inscrita frente al embargo inscrito...

En el Pleno en mención se tienen algunas consideraciones respecto a la Tercería. Por un lado, citando a Ninamanco, los jueces resaltan lo establecido en el artículo 533 del Código Procesal Civil, en el sentido que “se refiere a la legitimidad para obrar de las partes en los procesos de tercería. El artículo 535 del CPC no hace más que normar la admisibilidad de la demanda de tercería” (p.43).

Por otro lado, se cita a Ariano (2011), para quien en los procesos de tercería de propiedad la cuestión de fondo no se traduce en la probanza del derecho que alega el demandante y que no está inscrito, sino lo que se pretende es determinar, en caso exista, si es oponible o no al acreedor que si cuenta con la inscripción del embargo, lo que se traduce en la existencia “de una cuestión de derecho sustantivo, antes que de derecho procesal.

De manera concreta, según figura en la sentencia, constituyen precedentes vinculantes las siguientes reglas:

- En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta²⁶ más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

²⁶ No obstante, de acuerdo a lo dicho por Villegas (s.f.) “aquel tercerista que no posea un documento público o privado de fecha cierta que acreditara su derecho de propiedad tendrá que otorgar garantía suficiente a criterio del juez, esto es contracautela” (p.176). Al respecto, refiere el mismo autor, que la contracautela “es aquella institución que se establece como requisito al otorgamiento de una medida cautelar, cuyo objeto es el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera generar su ejecución” (p.176).

- El Juez de Primera Instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

- En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada INFUNDADA, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.

Al respecto Pasco (2015) opina de manera acertada que, en la tercería frente a un embargo, el Pleno Casatorio de dar prevalencia a la propiedad, dejaría en evidencia que la confianza en la publicidad tanto registral como posesoria no tendría ningún valor, y que por alguna razón quien protege su derecho en atención a la buena fe, podría estar perjudicado por una transferencia no publicitada.

Añade que al optar por la tutela de la propiedad, las tercerías quedarían atrapadas entre dos dictaduras, la del crédito en casos de tercería contra hipoteca, y la dictadura de la propiedad cuando se está frente a una tercería contra embargo²⁷.

²⁷ Tómese en cuenta lo señalado por Linares (2013): “podemos encontrar una diferencia importante entre la hipoteca y por ejemplo los embargos en forma de inscripción, puesto que la primera es oponible a cualquier transferencia de propiedad que se haya efectuado antes de su constitución, siempre que la garantía se haya inscrito en los Registros Públicos con anterioridad a la transferencia de propiedad y el beneficiario esté amparado por la buena fe registral, lo que no ocurre en el caso del embargo, que al no ser un derecho real no es oponible erga omnes, y es necesario que al momento de la afectación los derechos sean del demandado, en este caso, así el deudor aparezca en los Registros Públicos como titular de los bienes afectados, se tendrá que levantar el embargo si un tercero demuestra haber sido propietario del bien antes que se haya realizado la afectación. Es decir, la prioridad en la inscripción registral no determina que la medida cautelar sea oponible a un derecho real, tal como se desprende además el artículo 2022 del Código Civil”.

2.1.2.2. *Tercería de propiedad contra hipoteca y embargo.*

En nuestro sistema jurídico el registro no es constitutivo del derecho de propiedad. En efecto, según dispone el artículo 949 del Código Civil “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario²⁸”. Por ello, como señala Ronquillo (2015):

Puede darse el caso de que entre el momento de la transferencia de propiedad y el registro de esta-durante cuyo lapso de tiempo el enajenante continúa figurando en el Registro como propietario del bien, pese a ya no serlo –un acreedor del enajenante logre trabar un embargo sobre el bien, o que este último sujeto constituya sobre el bien una garantía real a favor de su acreedor. (p.141)

Sin embargo, hay normas que dan cuenta que el sistema de transferencia de la propiedad sería el constitutivo, pues se exige la inscripción para establecer la titularidad del derecho de propiedad²⁹, dentro de las que se encuentra la contenida en el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, ya mencionado, y la contenida en el artículo 1135 del mismo cuerpo normativo:

cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea

²⁸ Respecto a la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil Donaires (2005) considera que “en comparación con otros sistemas de transferencia de propiedad inmueble en el derecho comparado, el artículo 949° no establece ningún requisito adicional para la transferencia de la propiedad, operando este efecto de manera automática; por ello, destaca que, nuestro Código ha optado por el principio consensualista” (p.14).

²⁹ En el sistema de la separación del contrato, en palabras de Escobar (s.f.) “los negocios obligacionales quedan absolutamente separados de los negocios de disposición. Los primeros crean los vínculos de obligación que sirven de fundamento o base para la transferencia de propiedad. Los segundos, por su parte, acompañados de la inscripción registral (cuando se trata de inmuebles) o de la entrega (cuando se trata de muebles), son los que producen la referida transferencia” (p.50).

de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Queda entonces en una encrucijada qué sistema de transferencia de la propiedad opera dentro del Estado peruano, primará uno u otro dependiendo si se está frente a una tercería contra hipoteca, o una contra embargo, sin olvidar las reglas vinculantes establecidas en el marco del Séptimo Pleno Casatorio Civil³⁰.

Existen criterios jurisprudenciales de los que se deriva la posibilidad de iniciar un proceso de tercería de propiedad en relación a procesos de ejecución de garantía hipotecaria³¹, así Rioja (2011) recoge lo señalado en la casación 1162-02 Junín en el siguiente sentido:

... resulta factible su interposición en un proceso de ejecución de garantía hipotecaria; toda vez que, la hipoteca es un acto jurídico sustantivo, que crea un derecho real de garantía que se constituye voluntariamente, para respaldar obligaciones propias o de terceros... en este caso el derecho de los terceristas, para ser opuestos al derecho del acreedor hipotecario, debía ser inscrito con anterioridad al de éste; por lo que, su trascendencia para prevalecer o no sobre la garantía real tiene que merecer análisis en sentencia. (p.169)

³⁰ Repárese en lo estipulado en el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española: "...El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio a la que no se acompañe el principio de prueba exigido en el apartado 3 del artículo anterior..." En el apartado 3 se dispone de manera textual lo siguiente: "Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista".

³¹ Al respecto, en el tercer considerando de la ejecutoria suprema N° 110-2000 Lima figura un pronunciamiento en el sentido que "según lo señalado por el artículo 1097 del Código Civil mediante la hipoteca se registran bienes en garantía del cumplimiento de una obligación frente a un acreedor, dándole a este la facultad de poder hacer efectivo su derecho de persecución, preferencia y venta de los mismos".

Pero, qué ocurre cuando quien ostenta su derecho de propiedad no cuenta con inscripción, ni documento de fecha cierta, cabe recordar en tal sentido el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil, según el cual “para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone”.

La respuesta se circunscribe en la temporalidad de los derechos inscritos, si se toma en cuenta que, para iniciar un proceso de tercería en contra de una hipoteca, se debe tener una inscripción registral del derecho de dominio anterior a la de la inscripción de la deuda con garantía hipotecaria.

Según afirma Pasco (2015), en casos de tercería contra hipoteca “siempre ganará el crédito protegido con la hipoteca”, sin importar ciertas circunstancias que las resume a través de las siguientes interrogantes:

- a. ¿Y si el propietario puede acreditar fehacientemente, mediante documento de fecha cierta, que adquirió la propiedad antes de la constitución e inscripción de la hipoteca?
- b. ¿Y si el propietario puede acreditar que el acreedor hipotecario conocía perfectamente de esa transferencia previa?
- c. ¿Y si el propietario puede, en buena cuenta, acreditar la mala fe del acreedor hipotecario?

Considera en este contexto que se está “ante la dictadura del crédito: éste siempre ganará; no importarán las razones del propietario tercerista; a éste ni siquiera se le escuchará porque su demanda debe ser declarada improcedente”. Lo que está en contraposición con el derecho de acceso a la justicia.

Como figura en el Informe Anual sobre los Derechos Humanos en Chile 2007, el acceso a la justicia se encuentra reconocido por diversas normas convencionales existentes

a nivel internacional en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³², las que imponen a los Estados la obligación de garantizar que pueda ser aplicado de manera efectiva, además de su reconocimiento legal y constitucional, en tal sentido se trata de “obligaciones positivas –en contraposición a aquéllas negativas o de abstención– que exigen la realización de acciones concretas, en particular referidas a la «remoción de obstáculos» para asegurar el acceso a la justicia».

En el estudio Linares (2013), se plantean algunas consideraciones respecto al tema materia de análisis, en el sentido que para determinar si mediante la tercería de propiedad se puede desafectar un bien que ha sido gravado con una hipoteca, se requiere establecer con claridad la diferencia entre medidas cautelares y garantías reales.

Al respecto explica que en ambos supuestos lo que se pretende es asegurar la ejecución de un derecho, sin embargo, las garantías reales nacen del consentimiento de las partes buscando asegurar el cumplimiento de un crédito del que son accesorias, en este caso

³² Según figura en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”, y según el artículo 25.1: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”; y 25.2: “Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Según el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. Y según figura en el artículo 3.a y 3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial”.

no tiene trascendencia si hay o no un proceso en trámite, y si el derecho garantizado es exigible en ese momento. Por otro lado, las medidas cautelares si tienen carácter procesal, surgen de mandato judicial en atención a lo solicitado por una de las partes, buscando garantizar el resultado al que se puede arribar en el marco de un proceso por el que se reclama un derecho.

Si bien existe diferencia sustancial entre medidas cautelares y garantías reales, de existir pugna entre derechos, se busca en ambos supuestos la protección del derecho de propiedad, cuya titularidad debería estar circunscrita en lo estipulado en el artículo 949 del Código Civil -sin perder de vista la incompatibilidad normativa existente-.

En los casos sujetos a tercería de propiedad contra embargo³³ se encuentran en conflicto derechos de diversa naturaleza. Siendo así, la norma que en primera instancia esta llamada a solucionar este conflicto sería la que aparece en el segundo párrafo del artículo 2022 de Código civil. En este contexto, como señala Ronquillo (2015):

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 todos, y una vez ubicado en este sitio de dominio el propietario tiene a favor la protección constitucional que le corresponde a un derecho fundamental.

³³ Para Montero (como se citó en Rubio y Honorio, 2017) por medio de esta tercería “se formula por el tercero oposición a un acto concreto de embargo, pidiendo que se levante la afección decretada sobre un bien determinado. Para ello el tercero tiene que afirmar, bien que es dueño de ese bien (y que no lo ha adquirido del ejecutado una vez decretado el embargo), bien que es titular de un derecho que, por disposición legal, puede oponerse al embargo o a la realización forzosa del bien embargado como perteneciente al ejecutado. El objeto de la tercería se reduce así al alzamiento del embargo, que es pedido por el tercerista y que es negado por el ejecutante y, en su caso, por el ejecutado, los cuales no pueden pedir cosa distinta”(p.58). En este sentido, Rubio y Honorio (2017), precisan lo señalado por la Corte Suprema, en el sentido que “se entiende por tercería de propiedad, aquel derecho que deduce un tercero entre dos o más litigantes, o por suyo propio, o coadyuvando en el de alguno de ellos, teniendo por objeto el recuperar, por tercera persona, los bienes embargados que al tiempo de ejecutarse una medida de embargo eran de su propiedad (Casación N° 1859-97, p. 4424)” (p.54).

Este punto de partida ya nos hace pensar que este último se encuentra en una posición valorativa superior frente al titular de una acreencia». (p.183).

Recientemente se ha planteado un nuevo argumento a favor de la propiedad no inscrita y consiste en que en la tercería de propiedad colisionaría, 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, aún sin inscripción, pues una medida superficial del juez no puede oponerse a la propiedad, que tiene valor de prerrogativa fundamental (art. 70 de la Constitución) 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». (Gonzales, 2014, p.87 y 89)

En este contexto, Pasco (2015) reflexiona afirmando no estar de acuerdo con la dictadura de crédito³⁴, ni con la dictadura de la propiedad³⁵, lo que basa en la buena fe al momento de constituir la hipoteca como el embargo. Añade que “la coherencia, en ambos casos, exige que se rechacen soluciones prefabricadas”, al considerar que no existe un escenario deseable en los casos de tercería frente a hipoteca en los que sólo se toma en cuenta la fecha de inscripción del derecho, ni tampoco en los casos de tercería frente a embargo en el que prevalece el momento de la adquisición sin que exista inscripción.

³⁴ En este caso considera que la dictadura del crédito “impide a un propietario acreditar que adquirió el dominio antes de la hipoteca y que la inscripción de ésta se realizó de mala fe”.

³⁵ En este caso considera que la dictadura de la propiedad “pretende impedir la ejecución de un embargo que se produjo como consecuencia de la ausencia absoluta de publicidad de la propiedad adquirida en un primer momento”.

Por ello considera que la solución, sin tomar en cuenta si la tercería se da contra una hipoteca o embargo, debe pasar por proteger a quien “DE BUENA FE accedió primero al mecanismo de publicidad³⁶”.

2.2. Marco conceptual (palabras clave)

- **Derecho de acceso a la justicia:** “...derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente” (Rosas, 2015, p. 223-224).
- **Derecho de propiedad:** “...poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, excluyendo del arbitrio ajeno. Es un derecho económico de primer orden. (Rosas, 2015, p. 227-228)
- **Tercería de propiedad:** “...pretensión independiente de un tercero ajeno al proceso, que pretende el dominio de los bienes embargante sobre dichos bienes” (Rioja, 2013).
- **Unión de hecho:** “...relación de pareja extramatrimonial integrada por dos personas solteras que hacen vida en común cumpliendo los mismos fines del matrimonio, respetando los deberes matrimoniales de fidelidad y asistencia recíproca durante un período mínimo de dos años consecutivos y permanentes” (Castro, 2014, p.68).

³⁶ Lo que implica “i) abrirle las puertas de la tercería al propietario que lucha contra una hipoteca; y ii) no perjudicar al acreedor embargante que de buena fe trata de que su derecho no sea sacrificada por una propiedad que nunca se publicitó. La solución, entonces, no pasa porque todo sea tutela del crédito e inscripción del derecho, en unos casos, ni mucho menos tutela de la propiedad y desdén por la publicidad, en otros”.

2.3. Antecedentes empíricos de la investigación (estado del arte)

a. Nacionales.

Instituto de investigación jurídica centro de investigación en derecho de la familia y el menor, (2014) realizó la investigación: *los efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho frente al patrimonio*. En la Universidad San Martín de Porres. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

1. Se ha demostrado que los efectos jurídicos de la unión de hecho son similares a los de una pareja matrimonial. Adicionalmente, hemos comprobado, que la regulación jurídica de la unión de hecho debe otorgarle a los convivientes sin impedimento matrimonial que cumplen con los requisitos de ley, los mismos efectos del matrimonio por la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional y la nuevas tendencias y reformas de otros ordenamientos jurídicos tanto latinoamericanos como europeos
2. Hemos comprobado que no se aplican los siguientes derechos y deberes de la sociedad de gananciales: el sistema de actuación conjunta en la adquisición, disposición y administración de los bienes sociales, la aplicación de la teoría del reembolso y del principio de subrogación real. Esta desregulación ocasiona que el conviviente se pueda perjudicar en la adquisición y disposición de la propiedad de bienes inmuebles o bienes muebles de mediano o gran valor adquiridos durante la convivencia. Por ello, no es conveniente seguir evitando, el regular la constitución y desarrollo de las uniones de hecho, ni es suficiente complementarlo únicamente con la jurisprudencia porque se desprotege económicamente al conviviente.

Nolberto (2016), sustentó la tesis titulada: *La tercería de propiedad: Análisis de la jurisprudencia nacional sobre el derecho de propiedad y el embargo inscrito «a miras del precedente vinculante»*, en la Universidad César Vallejo. Si bien, no se puede tener acceso al informe final de investigación, en el resumen se aprecia la intención del investigador:

La presente tesis... tiene como fin desarrollar ambos derechos a través de la jurisprudencia nacional y determinar cuál de ellos debe prevalecer para su aplicación de cosas futuros, referente a los procesos de propiedad, también es importante porque, a través de este análisis de casos, se pretenderá conocer a fondo cada derecho y de esta manera reconocer a quien se le debe dar la razón, asimismo, se uniformara la jurisprudencia respecto a este tema, ya que dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe una homogeneidad al momento de resolver los procesos, en ese sentido, cuando se culmine con la investigación, se conocer cuál es el mejor resultado o argumento para resolver cosas de la misma naturaleza.

b. Internacionales.

Arguello, (2014), realizó la investigación: *Divorcio por mutuo consentimiento y la unión de hecho otorgado por notario público según el art. 18 numerales 22 y 26 de la ley notarial*, en la Universidad Central de Quito. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

- El notario solemniza y autoriza las relaciones no conflictivas de las cuales se desprenden consecuencias jurídicas y que se encuentran separadas de las actuaciones judiciales, aprovechando de esta manera la eficacia y seguridad que concede el instrumento y protocolo notarial, además, descongestiona del inmenso cúmulo de tareas y labores que desempeñan los tribunales de justicia.
- El efectivo resultado obtenido en las naciones cuyas legislaciones admiten y regulan, constituyen un excelente argumento para que la actividad notarial pueda impulsar la

mayor intervención del notario en procesos no contenciosos (jurisdicción voluntaria) como medio para lograr una mejor y más ágil administración de justicia. Tal circunstancia alivia a los tribunales de la tarea administrativa que implica la atención de esta clase de asuntos.

Soto, (2013), realizó la investigación: *Necesidad de incorporar en el código de procedimiento civil un procedimiento especial para la terminación de las uniones de hecho en Ecuador*, en la Universidad Nacional de Loja. La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

- No existe una institución donde se puedan registrar las uniones de hecho, de la misma forma que se hace con el matrimonio, lo que no permite que exista un control, por lo que una persona puede tener una o varias uniones.
- En la actualidad se presentan diferentes inconvenientes en el momento de disolver la sociedad de hecho debido a que no es obligatorio la inscripción de la unión de hecho desde el momento de su formación, los convivientes deben probar primeramente la existencia de la misma.
- Entre las normas que regulan la unión de hecho, no se menciona de manera expresa, el trámite que debería darse para el reconocimiento de dicha unión.

Bustos, (2007), realizó la investigación: *Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile. Una propuesta de regulación orgánica patrimonial*. En la Universidad de Chile. La investigación llegó a las principales conclusiones:

- Las uniones de hecho se presentan hoy en día como una realidad social, en cuya virtud de forma fáctica se constituye el vínculo familiar, vínculo de solidaridad y de cooperación entre sus miembros, del que deriva tanto el deber implícito de ayuda mutua entre convivientes, como la socialización del menor, en caso de descendencia común.

- Creemos firmemente en la necesidad de regulación de los principales efectos patrimoniales de las uniones de hecho, que deberá materializarse mediante un estatuto orgánico de las convivencias, conjuntamente con ciertas modificaciones, y la incorporación de disposiciones sobre la materia en leyes especiales. Este estatuto orgánico para las uniones de hecho, según se desprende de los análisis efectuados a través de esta investigación, estará orientado principalmente en regular y dar solución a los principales conflictos patrimoniales derivados de las convivencias, que como hemos advertido, consisten en el régimen patrimonial aplicable a los bienes adquiridos tras la convivencia, la situación de las deudas adquiridas durante la vigencia de la unión, la posibilidad de recibir compensaciones económicas al término de la relación, la posibilidad del conviviente sobreviviente de demandar al tercero por la muerte, lesión o incapacidad de su conviviente, el destino de los bienes adquiridos en común luego de la muerte de uno de los convivientes, la posibilidad de ser beneficiario uno de los convivientes de pensiones de viudez y demás prestaciones de seguridad social, la situación de las donaciones efectuadas y compraventas realizadas entre los convivientes, y la situación en la que se encuentran los bienes inmuebles que sirven de vivienda principal de la familia formada como unión de hecho.

III. HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

2.1. Hipótesis

a. Hipótesis general.

Al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho se impide el acceso a la justicia generándose con ello la vulneración del derecho en mención.

b. Hipótesis específicas

1. Contar con el reconocimiento judicial de la unión de hecho que termina por decisión unilateral no es suficiente para que se admita a trámite la demanda de tercería de propiedad.
2. En los procesos de tercería el concubino perjudicado no puede acreditar su derecho de propiedad sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio al ser el demandado quien cuenta con la titularidad.

2.2. Categorías y subcategorías de estudio

Tabla 1

Categorías y subcategorías de estudio

Categorías	Subcategorías
Unión de hecho	<ul style="list-style-type: none"> - Unión de hecho propia (requisitos de constitución). - Reconocimiento judicial y notarial. - Regulación patrimonial.
Tercería de propiedad	<ul style="list-style-type: none"> - Tercería de propiedad contra hipoteca. - Tercería de propiedad contra embargo. - Derecho de propiedad (sistema declarativo y constitutivo de adquisición). - Derecho de acceso a la justicia (improcedencia liminar)

Elaboración propia.

IV. METODOLOGÍA

4.1. Tipo y nivel de investigación

La investigación es jurídico-propositiva si se toma en cuenta lo planteado por Aranzamendi (2010) en el sentido a través de este tipo de investigaciones:

Se analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la derogación o reforma. Generalmente estas investigaciones culminan con propuestas legislativas, programas, principios o fundamentos jurídicos filosóficos. (p.163)

Por su parte el nivel de investigación es explicativo si se toma en cuenta que “los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; es decir, están dirigidos a responder por las causas de los eventos y fenómenos físicos o sociales” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.95)

Se puede agregar que el enfoque es cualitativo, si se toma en cuenta que a través del proceso de investigación se observan los fenómenos jurídicos tal como se presentan en su espacio natural, los que son interpretados, para proponer las soluciones pertinentes, sin que se efectúe ningún tipo de manipulación.

Por ello, no se debe perder de vista, como lo señalan Hernández, Fernández y Baptista (2014) que “no hay dos investigaciones cualitativas iguales (son, como hemos dicho, «piezas artesanales del conocimiento, hechas a mano», a la medida de las circunstancias” (p.470).

4.2. Unidades de análisis

- Ejecutorias emitidas durante los años 2017 y 2018 por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de reconocimiento de unión de hecho.

- Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en

casos de tercería de propiedad que dan cuenta de la exigencia de la inscripción del derecho de propiedad como requisito para admitir a trámite la demanda.

- Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de tercería de propiedad vinculados a uniones de hecho.
- Sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas al derecho de propiedad de quienes conforman una unión de hecho.

4.3. Técnicas de recolección de información

Técnica: Análisis documental.

Instrumento: Ficha de análisis (figuran en los anexos III, IV Y V).

4.4. Técnicas de análisis e interpretación de la información

La información contenida en las resoluciones materia de investigación se sistematizó y analizó bajo los siguientes términos:

- La información contenida en ejecutorias emitidas durante los años 2017 y 2018 por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de reconocimiento de unión de hecho, fue sistematizada en cuadros que permiten verificar el tiempo de duración de los procesos.
- La información contenida en ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de tercería de propiedad que dan cuenta de la exigencia de la inscripción del derecho de propiedad como requisito para admitir a trámite la demanda, fue analizada en atención a la interpretación y aplicación de las normas contenidas en los artículos 326, 949 y 2022 del Código Civil, tomando en cuenta la forma en la que se produjo la transferencia del bien. En este mismo contexto se analizó la información que figura en las ejecutorias supremas vinculadas a uniones de hecho.
- La información contenida en las sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas al

derecho de propiedad de quienes conforman una unión de hecho, fue analizada tomando en cuenta su posición respecto a la exigibilidad de la inscripción para lograr su tutela.

V. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Procesamiento, análisis e interpretación de resultados

El Tribunal Constitucional manifestó en reiteradas sentencias que quienes pretenden demandar la protección del derecho de propiedad deben acreditar la titularidad del mismo, ello se hace extensivo a quienes conforman una unión de hecho, con las dificultades que ello supone.

En efecto, el proceso a través del que se pretende el reconocimiento de la unión de hecho, necesario para quienes no lo solicitaron vía notarial, es lato, el siguiente cuadro permite ilustrar lo afirmado:

Cuadro 1

Tiempo aproximado de duración de los procesos de reconocimiento de unión de hecho

Ejecutoria	Fecha de resolución		Parte resolutive
223-2012 Lima	1° instancia	-----	-----
	2° instancia	1/09/2011	- Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho. - Infundada respecto a la declaración de bien social.
	Corte Suprema	23/04/2012	Improcedente.
1625-2016 Huaura	1° instancia	-----	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	08/03/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	17/06/2016	Improcedente
002413-2016 Arequipa	1° instancia	-----	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	26/05/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	23/11/2016	Improcedente
4248-2016 Arequipa	1° instancia	27/12/2013	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	29/08/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	06/01/2017	Improcedente
3475-2016 Lima Este	1° instancia	-----	Fundada en parte respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	09/03/2016	Fundada en parte respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	12/01/2017	Improcedente

Ejecutoria	Fecha de resolución		Parte resolutive
3480-2016 Lima	1° instancia	30/10/2015	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	27/07/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	13/01/2017	Improcedente.
4133-2017 Huancavelica	1° instancia	23/05/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	31/08/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	21/02/2017	Improcedente
4128-2016 Huancavelica	1° instancia	14/04/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	26/08/2017	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	21/02/2017	Improcedente.
3848-2016 Lambayeque	1° instancia	08/09/2015	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	01/06/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	22/02/2017	Improcedente.
4934- 2016/Lima Sur	1° instancia	01/07/2015	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	13/09/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	23/02/2017	Improcedente.
313-2017 La Libertad	1° instancia	29/10/2015	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	31/03/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	17/03/2017	Improcedente.
4801-2016	1° instancia	10/11/2015	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	13/09/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	05/04/2017	Improcedente.
3008-2016 Cusco	1° instancia	14/10/2015	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	08/06/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	08/04/2017	Improcedente.
1619-2017 San Martín	1° instancia	07/04/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	22/11/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	23/04/2017	Improcedente.
004248-2016 Arequipa	1° instancia	17/12/2013	Fundada en parte respecto al reconocimiento de unión de hecho.

Ejecutoria	Fecha de resolución		Parte resolutive
	2° instancia	29/08/2016	Fundada en parte respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	06/01/2017	Improcedente.
2013-2018 Ica	1° instancia	12/06/2015	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	27/03/2017	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	17/07/2017	Improcedente.
	1° instancia	27/04/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
1956-2017 Lima	2° instancia	21/02/2017	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	26/07/2017	Improcedente.
359-2017 Lima Norte	1° instancia	03/12/2013	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	02/09/2016	Desaprueba.
	Corte Suprema	14/12/2017	Fundado.
	1° instancia	20/03/2017	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
5645-2017 Junín	2° instancia	14/09/2017	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	07/09/2018	Improcedente.
2883-2016 Lima Norte	1° instancia	09/03/2015	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	25/04/2016	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	08/06/2017	Fundado.
	1° instancia	09/04/2017	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
2179-2018 Puno	2° instancia	19/04/2018	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	09/10/2018	Improcedente.
3330-2018 Cusco	1° instancia	15/12/2016	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	2° instancia	27/06/2018	Fundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	09/11/2018	Improcedente.
	1° instancia	20/07/2017	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
2849-2018 Amazonas	2° instancia	14/04/2018	Infundada respecto al reconocimiento de unión de hecho.
	Corte Suprema	20/11/2018	Improcedente.

Fuente: Ejecutorias supremas en casos de reconocimiento de unión de hecho emitidas durante los años 2012, 2016, 2017 y 2018 por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema.

La información contenida en el cuadro permite afirmar que se requiere más de un año para lograr el reconocimiento judicial de la unión de hecho, con la atingencia que es una constante la declaración de improcedencia de los recursos de casación.

Es importante tomar en cuenta esta información, debido a que el derecho de propiedad que uno de los convivientes tiene sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio no podrá ser protegido, mientras su existencia no se acredite a través de un proceso, es decir no bastará la declaración de la unión de hecho. Ello implica que el bien en mención puede ser utilizado en su totalidad para satisfacer una obligación que no le compete a quien no figura en el registro como titular.

A ello se puede agregar que la Corte Suprema ha sido muy clara respecto a la improcedencia liminar de las demandas en procesos de tercería de propiedad, como se puede observar en las siguientes ejecutorias:

a. Ejecutoria suprema N°0575-1997

Según consta en el fundamento séptimo, el documento privado por el que se materializa la compra-venta tiene fecha anterior a la hipoteca, pero no fue elevado a escritura pública, ni inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble. En este contexto, se señala de manera expresa que:

en materia de tercería de dominio... no es suficiente la existencia de un documento privado de fecha cierta por la [sic] que se transfiere la propiedad, sino que es necesario que el derecho-se haya inscrito con anterioridad al que se quiere excluir o [sic] oponer, en el caso sub-judice a un contrato de mutuo con garantía hipotecaria en Escritura Pública debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, por lo que éste tiene prioridad sobre aquél, siendo en consecuencia, manifiestamente improcedente la demanda de tercería por ser el petitorio jurídicamente imposible...

Queda en evidencia que el documento de fecha cierta no es suficiente para acreditar

el derecho de propiedad, en este caso el bien materia de litigio sirvió para satisfacer una deuda que no corresponde a quien ostenta su titularidad.

b. Ejecutoria suprema N°18-2003/Arequipa

La información contenida en la ejecutoria da cuenta de la existencia de un documento de fecha cierta. En primera instancia se admite a trámite la demanda, decisión que es revocada, declarándola improcedente, al considerar que no existe inscripción anterior a la hipoteca.

Frente a ello la Corte Suprema considera que una demanda de tercería de propiedad puede prosperar siempre que el derecho del tercerista esté inscrito con anterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria, agregando que a través de este proceso no se busca probar el derecho de propiedad.

No se debe olvidar que según lo dispone el artículo 949 del Código Civil, el derecho de propiedad se perfecciona con el consenso, sin que la inscripción sea necesaria.

c. Ejecutoria suprema N° 110-2000/Lima

En el fundamento cuarto la Sala Civil Transitoria es contundente respecto a la improcedencia de la sentencia al señalar lo siguiente:

... que si bien la tercerista adquirió el inmueble con la minuta de fojas siete... dicho instrumento sólo fue elevado a escritura pública el seis de agosto de mil novecientos noventiséis, esto es cuando el contrato de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria... se había constituido el dos de junio de mil novecientos noventaicinco... de lo que se infiere que el derecho de garantía de la demandada, por defecto de su inscripción, prevalece al de la demandante...

En este caso, no prevalece el derecho de propiedad, pese a que se perfecciona con la sola transferencia, sin que sea necesaria la inscripción. Es en este contexto que se declara improcedente la demanda, debido a que el documento existente con anterioridad a la

constitución de la hipoteca-que incluso fue elevado a escritura pública- no es suficiente para acreditar el derecho reclamado.

d. Ejecutoria suprema N° 2978-2002/Arequipa

En este caso, quienes interponen el recurso de casación buscan que se garantice su derecho de propiedad alegando lo contenido en el fundamento tercero:

...la recurrente denuncia la inaplicación de los [sic] artículos novecientos cuarenta y nueve... en la sentencia de vista recurrida no se aplica la norma material que contiene tal artículo; ya que tal artículo norma el sistema de transferencia de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, que se traduce en el sistema del título y modo³⁷, institución de origen francés que estipula que la sola obligación de enajenar, es decir, la sola existencia del consentimiento, origina la transferencia de la propiedad inmueble; En razón a lo señalado, desde el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, fecha en la que se celebró la compraventa a favor del recurrente y de su esposa, se les transfirió y adquirieron la propiedad del inmueble materia de este proceso; Por tanto, en su calidad de propietario, el recurrente y su esposa estaban facultados para hipotecar el inmueble y no los demandados...

La posición es acertada, en el sentido que no se requiere la inscripción para que se perfeccione el derecho de propiedad. Sin embargo, lo planteado a nivel de Corte Suprema es contundente respecto a la improcedencia de la demanda en los casos en que no existe inscripción en el Registro de Propiedad, como figura en el fundamento cuarto:

... las normas denunciadas por el - recurrente son manifiestamente impertinentes

³⁷ Vidal (s.f.) citando a Albaladejo considera que “título (palabra utilizada aquí, no en el sentido de documento, sino en el de fundamento jurídico) es el acto (por ejemplo, compraventa) por el que se establece la voluntad de enajenación (adquisición para la otra parte) del derecho (cita omitida)”; a ello agrega que “el Modo, es el acto (consistente, como he dicho, en la entrega, con ánimo de transmitirlo, de la posesión del derecho cuya enajenación se estableció) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente”.

debido a que la naturaleza del proceso de tercería no se orienta a determinar la validez o no del derecho del tercerista sino a determinar si, al momento de la constitución del gravamen, el tercerista era propietario, con derecho oponible, al del co-demandado.

Una vez más el derecho de propiedad queda desprotegido, pasando, quienes lo ostentan en mérito a la celebración de una compraventa, a satisfacer una deuda que no les corresponde.

e. Ejecutoria suprema N° 4855-2011/Junín

En este caso la recurrente pretende que se aplique lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, relativo a la aplicación de disposiciones del derecho común, lo que en efecto no es posible. Pese a ello, es preciso recordar que dicho artículo a través de su primer párrafo posibilita se de preferencia a la inscripción de la hipoteca. En efecto, como figura en el fundamento sexto:

... que la sentencia de vista al confirmar la sentencia apelada, ha determinado que si bien existe un título de propiedad del demandante respecto del inmueble materia de tercería de propiedad; sin embargo, ha establecido de manera clara y precisa que en este proceso se verifica la oponibilidad de los títulos respecto del inmueble materia de la presente litis, de acuerdo a lo precisado en el artículo 1135 del Código Civil³⁸, el cual establece que frente a la pluralidad de títulos del inmueble resulta oponible el que se encuentra registrado, siendo esto así; la escritura pública de compra venta no tenía inscripción registral, por lo tanto al momento de celebrarse la hipoteca sobre el precitado inmueble la propiedad recaída sobre el deudor; en consecuencia el tercerista no tiene título oponible frente a este derecho real.

³⁸ Según el artículo 1135: “Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

Como es evidente, el derecho de propiedad queda desprotegido, pese a que se perfecciona con el consenso, además que existe documento de fecha cierta. En esta línea, en el fundamento octavo se puede apreciar el siguiente pronunciamiento:

De lo reseñado precedentemente, esta Sala Suprema concluye que los argumentos del recurrente resultan impertinentes para el proceso de tercería de propiedad, por cuanto los supuestos referidos a la oponibilidad de los títulos se encuentran establecidos en el artículo 1135 del Código Civil, requisito que no ha acreditado el demandante; por cuanto la escritura pública no inscrita no resulta oponible al derecho de garantía que ostenta el Banco demandado, en consecuencia los argumentos contenidos en esta infracción normativa no satisfacen la procedencia de la misma...

f. Ejecutoria suprema N° 2177-2013/Arequipa

En este caso, también se pretende la aplicación del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil, cuando no es posible. La Sala Suprema se pronuncia en esta línea en el fundamento quinto:

...En cuanto al artículo 2022, segundo párrafo, del Código Civil, debe señalarse que esta norma, la cual regula la oposición de derechos de distinta naturaleza, no guarda relación con la materia en controversia, pues en ésta se discute la preferencia entre dos derechos reales, esto es, el derecho de propiedad del tercerista (anticipo de

legítima de fecha 26 de marzo de 1997)³⁹, el cual no se encuentra inscrito⁴⁰, y el derecho real de garantía de la demandada Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa (Hipoteca de fecha dos de febrero de 1999), inscrito en los Registros el diecinueve de mayo de dos mil, situación jurídica a la que se le aplica el primer párrafo del precitado artículo 2022...

Si bien la posición de la Sala respecto a la imposibilidad de aplicar el segundo párrafo del artículo 2022 es correcta, queda también en evidencia la desprotección del derecho de propiedad, pues pese a su perfeccionamiento con anterioridad a la hipoteca, no es tomado en cuenta.

g. Ejecutoria suprema 1999-2014/Arequipa

Se interpone el recurso de casación alegando que la sola obligación de enajenar lo hizo propietario del bien, pues prima el sistema declarativo. Se cuestiona además la posición de la Sala Superior respecto al momento en que el documento adquiere fecha cierta, al considerarlo errado.

Sobre este punto es preciso resaltar que se efectuó una valoración sobre cuestiones de fondo, que incluyen determinar el valor del documento por el que se adquiere la propiedad, lo que no se advirtió en los casos analizados precedentemente, pues la demanda es declarada infundada, más no improcedente.

³⁹ Es preciso tomar en cuenta lo manifestado por Fernández (s.f.) en el sentido que “en la acción de reducción el heredero forzoso no beneficiado con la donación tiene derecho a exigir que el valor de ese exceso sea restituido a la herencia neta. Sus normas legales son, en consecuencia, de orden público, porque tutelan el derecho legitimario. En cambio, como veremos más adelante, las normas reguladoras de la acción de colación o de complemento, como también se les denomina, tienen por objeto, procurar la nivelación de los haberes hereditarios de los herederos forzosos cuando a alguien se le ha dado donaciones como anticipo de legítima, pudiendo el donatario dispensar de colación al beneficiado, y es por eso que son de naturaleza facultativa. Al respecto, resulta importante el artículo 832 (cita omitida) del Código Civil”.

⁴⁰ Según establece el artículo 1625: “La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad”, no se requiere la inscripción.

A nivel de Corte Suprema, se señala que los documentos presentados no acreditaron la propiedad sobre el bien, y además que se pretende la reevaluación de los medios probatorios presentados, lo que no es factible en sede casatoria. No existe pronunciamiento respecto a qué derecho debe prevalecer, se considera posible en tal sentido la evaluación en las instancias de mérito de los documentos presentados con la demanda, sin que se declare la improcedencia de manera liminar.

h. Ejecutoria suprema N° 442-2015/Lambayeque

En este caso quien recurre la sentencia de vista alega que si bien se comprobó que el derecho real de hipoteca fue inscrito con anterioridad al derecho real de propiedad, no se dilucida de manera adecuada y suficiente la incertidumbre respecto a desde cuando se computa inscrito el derecho de propiedad. Frente a ello la Sala Suprema señala que el recurrente no ha desvirtuado la inscripción posterior de su derecho de propiedad, por lo que la demanda debe ser declarada infundada.

Como es evidente, no se está frente a una improcedencia liminar, sin embargo, una vez más se deja en estado de desprotección el derecho de propiedad, pues pese a que su perfeccionamiento se produce solo con el consenso, se exige su inscripción para que pueda prevalecer sobre una hipoteca inscrita.

i. Ejecutoria Suprema N° 4833-2015/Lima

En el marco de la infracción normativa alegada se señala que la demanda es declarada improcedente al no contar con el derecho de propiedad inscrito, pese a que este se perfecciona con el consentimiento de las partes, y que además se acredita el derecho de propiedad con documento público de fecha cierta anterior a la hipoteca.

Por su parte la Sala Suprema señala que lo alegado está basado en cuestiones de probanza, y que en la instancia de mérito se determinó de manera idónea que la recurrente no cumple con lo requerido para que su demanda sea admitida a trámite, pues el derecho de

propiedad que invoca no se encuentra inscrito con anterioridad a la afectación con garantía real que cuestiona.

En este caso se declara la improcedencia liminar de la demanda, generándose la vulneración del derecho de propiedad, pues quien lo obtuvo con anterioridad a la inscripción de la hipoteca tendrá que satisfacer con su bien una obligación que no le compete.

j. Ejecutoria suprema 2996-2017/Lima Norte

Se alega la vulneración del derecho de defensa, considerando que para calificar la demanda no se toma en cuenta la existencia de un contrato de compra venta anterior a la inscripción de la hipoteca, tal como consta en el testimonio de escritura pública.

Por su parte, la Sala Suprema señala que en segunda instancia se determinó que el contrato antes mencionado no tiene carácter de fecha cierta, y que la escritura pública es posterior al gravamen, queda claro que en la instancia de mérito se efectuó una valoración de los medios probatorios presentados con la finalidad de calificar la demanda, declarándola improcedente de manera liminar de forma errónea, en atención a la exigencia de inscripción, con la atingencia que se hace referencia a la fecha de la escritura pública, sin desvirtuar dicho documento para acreditar la titularidad del derecho de propiedad. Queda una vez más sin protección el derecho de propiedad.

Como se puede apreciar hasta este punto, a nivel de Corte Suprema se mantiene hasta el año 2017 una posición clara respecto a la prevalencia de la hipoteca inscrita, frente al derecho de propiedad⁴¹, quedando este último desprotegido, con la atingencia de la imposibilidad de obtener un pronunciamiento de fondo al negarse el acceso a la justicia con la improcedencia liminar.

⁴¹ La última ejecutoria suprema -4278-2018/Arequipa- que figura en la página oficial del Poder judicial vinculada al tema materia de investigación, da cuenta que la posición de la Corte Suprema se mantiene hasta el 2019. En efecto, la Sala Civil Permanente declara improcedente el recurso de casación contra la sentencia de vista que confirma la improcedencia de primera instancia.

En los casos en que uno de los concubinos alega el derecho de propiedad, la situación de torna aún más compleja, pues para que una unión de hecho genere efectos patrimoniales, se requiere acreditar que esta se produjo (que no es impropia), y que el bien se adquirió durante la misma, además que la titularidad del porcentaje del bien que le corresponde figure en el documento inscrito en el Registro de Propiedad Inmueble.

A ello se debe agregar que quien acude a un notario para obtener el reconocimiento lo puede hacer cuando existe consenso, pues de existir conflicto sólo se puede recurrir a la vía judicial, con lo que ello supone, como ya se comentó, se requiere de procesos que duran más de un año, sin que en algunos casos se logre dicho reconocimiento⁴². Pero de ninguna forma, a través de la vía notarial, se podrá demostrar que un bien se adquirió durante el tiempo de convivencia.

A ello se debe agregar, que en el Primer Pleno del Tribunal Registral se estable el siguiente precedente de observancia obligatoria:

«Inscripción de la adquisición de un bien con la calidad de social a nombre de una unión de hecho: A efectos de inscribir la adquisición de un bien por una unión de hecho con la calidad de social, debe acreditarse ante el Registro el reconocimiento judicial mediante el cual se declare que la misma origina una sociedad de bienes».

Este criterio ha sido adoptado en la Resolución 011-2003-SUNARP-TR-L en cuyo fundamento 10 figura el siguiente pronunciamiento:

En el presente caso – adquisición de la unión de hecho –, en la parte introductoria de la escritura pública de compra venta se consigna a los comparecientes como solteros, dando fe el notario al identificarlos como tales, sin embargo de conformidad

⁴² No se debe perder de vista, que está permitido inscribir el reconocimiento de las uniones de hecho en el Registro Personal, obtenidas vía notarial o judicial.

con el precitado artículo 326 para que exista unión de hecho, no sólo es requisito el no tener impedimento matrimonial, sino que además la unión del varón y la mujer debe haber durado por lo menos dos años continuos, hecho que resulta imposible de comprobar al Registrador, siendo que además la existencia o no de la unión de hecho constituye una incertidumbre jurídica, la misma que a tenor de lo prescrito por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil corresponde eliminar al Juez dentro del proceso correspondiente; se concluye en consecuencia que para inscribir la adquisición de un bien por parte de una unión de hecho, con la calidad de social, deberá existir el reconocimiento judicial de la misma.

En este contexto, las demandas de tercería serán declaradas improcedentes mientras no se tenga el reconocimiento, debido a que es un requisito indispensable contar con el mismo para que se pueda determinar la fecha de adquisición del bien, cuyo cincuenta por ciento se reclama, sin que ello sea suficiente, debido a que se requiere la inscripción del derecho que se alega en el Registro de Propiedad Inmueble, lo que es materialmente imposible, porque en el documento correspondiente no figurarán como titulares del bien ambos concubinos, salvo se materialice lo establecido en el Pleno en mención.

Ahora bien, en lo que respecta a los casos de embargo, si bien en el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil se hace referencia a la aplicación de las disposiciones del derecho común cuando se trata de derechos de diferente naturaleza, a nivel de Corte Suprema se avala la posición de las instancias de mérito respecto a la prevalencia del embargo inscrito frente al derecho de propiedad, hasta la celebración del VII Pleno Casatorio Civil, en el que se establecen reglas vinculantes en un sentido diametralmente opuesto. Los siguientes casos permiten ilustrar lo afirmado:

d. Ejecutoria suprema N° 00720-2011/Lima

Se alega en el recurso de casación que el bien se adquirió cuando el inmueble no

estaba afectado por ninguna medida cautelar inscrita, debiendo prevalecer el derecho real sobre el personal de crédito. Agregando que no se debe dilucidar cuál de los dos derechos fue el primero en inscribirse, no debe discutirse la prioridad en el tiempo.

La Sala Suprema, no comparte lo alegado, pues dispone no casar la sentencia de vista por la que se confirma la apelada que declara infundada la demanda. Si bien se hace referencia a la sola obligación de enajenar para adquirir la propiedad, considera que la inscripción es la que determina el derecho que prevalece, de manera expresa en el fundamento séptimo señala lo siguiente:

en cuanto a la denuncia de infracción normativa de carácter material, cabe señalar que el artículo novecientos cuarenta y nueve del Código Civil, estipula que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario»... que, de acuerdo a la norma precitada la transferencia de la propiedad opera por la vía consensual, no siendo necesario, en principio, la inscripción de tal transferencia en los Registros Públicos; y que cuando se contraponen dos derechos de diferente naturaleza (real = propiedad y personal= embargo) se deben aplicar las disposiciones del derecho común conforme lo estipula el último párrafo del artículo dos mil veintidós del Código Civil, para determinar el derecho de propiedad del tercerista cuyo título no ha sido inscrito.

Ahora bien, en este contexto, la Sala Suprema señala que los magistrados deben valorar las fechas en las que se adquirieron los derechos, siendo en este caso, el testimonio de escritura pública de compra venta de fecha posterior, no se valora lo señalado por el demandante respecto a la inexistencia de inscripción de la medida cautelar al momento de adquirir el bien. El derecho de propiedad queda en estado de desprotección, en atención a la prevalencia de la fecha de inscripción en el registro público.

e. Ejecutoria suprema N° 04448-2010/Arequipa

En este caso se alega la inobservancia del artículo 949 del Código Civil en el sentido que el documento de compraventa es válido siempre que la declaración de voluntad haya sido dada sin vicios, no siendo requisito indispensable la inscripción para que se produzca el perfeccionamiento del derecho de propiedad, por ello se considera que este prevalecerá sobre el que proviene de la medida cautelar inscrita, siempre que haya sido adquirido con anterioridad.

Sin embargo, la Sala Suprema considera lo contrario, lo hace por medio de lo argumentado en el fundamento cuarto:

... el Colegiado Superior, ha confirmado la apelada, considerando que tratándose de bienes registrados son de aplicación los principios y normas de derecho registral contenidos en el Código Civil, en consecuencia, en el caso de autos se determina que el derecho de cautela judicial anotado en el registro tiene prioridad sobre el derecho de propiedad de cualquier otro derecho inscrito, tanto más sobre un derecho que no ha sido inscrito nunca; que la eficacia alegada por los esposos terceristas del contrato de compraventa privado del año mil novecientos noventa y cinco sólo puede ser oponible entre las partes del contrato, porque para ser opuesta a los terceros debe publicitarse en el registro, tratándose de bienes inscritos; que sólo tratándose de bienes no inscritos, la antigüedad de los actos jurídicos celebrados resulta relevante para decidir la preferencia de los derechos generados por ellos, según las normas del derecho común y no las que regulan el derecho registral.

El derecho de propiedad adquirido con anterioridad a la afectación del bien materia de *litis* queda en estado de desprotección, pues no prevalece frente a una inscripción, pese a que su perfeccionamiento se materializa con la sola transferencia.

Estos dos casos permiten observar, que en determinado momento a nivel de Corte Suprema se exigía la inscripción del derecho de propiedad, lo que cambió de manera

sustancial con la celebración del VII Pleno Casatorio Civil, si se toma en cuenta que una de las reglas vinculantes establecidas es la siguiente:

En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo”

Esta regla es la que actualmente determina la línea del trabajo de la Corte Suprema, aunque todavía existen jueces que las inobservan. La última ejecutoria que al respecto figura en la página oficial del Poder Judicial es la 4267-2018/Ica, en cuyo fundamento sexto la Sala Civil Transitoria considera que:

...la Sala ha aplicado de forma correcta... la regla establecida en el precedente primero del VII Pleno Casatorio Civil, pues se verifica que los documentos que presentan los demandantes no contienen fecha cierta (cita omitida) que puedan producir eficacia jurídica, toda vez que respecto a los contratos signados con fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, que obran en autos, mientras que uno solo cuenta con sello de recepción de la notaria, el otro documento es una copia legalizada del original, empero no contienen certificación real del Notario Público a través de la cual se pueda determinar válidamente su fecha de celebración, razones por las cuales, debe desestimarse la causal denunciada...

En el caso de bienes adquiridos en la unión de hecho, la exigencia de contar con documento de fecha cierta que acredite la titularidad del derecho que se reclama es imposible atender, pues no se podrá elevar a escritura pública una minuta en la que figuren los dos convivientes como propietarios del bien, salvo que recurran a la figura de la

copropiedad. No se debe perder de vista lo ya mencionado en el sentido que siempre se requerirá el reconocimiento de la unión de hecho, para poder establecer si el bien se adquirió durante la misma, y que existe titularidad sobre el cincuenta por ciento del bien.

En lo que respecta a casos de tercería vinculados a uniones de hecho, se puede observar que existen posiciones divergentes a nivel de Corte Suprema en relación a la admisibilidad de la demanda, como punto de partida para garantizar el derecho de acceso a la justicia, y con ello el de propiedad cuando corresponda.

La ejecutoria suprema 3060-2006/Piura se emite en mayo de 2007 en el marco del recurso de casación interpuesto contra el auto de vista de la Sala Civil descentralizada de Sullana que revocó la resolución que dispuso admitir a trámite la demanda, y reformándola declaró inadmisibile la misma, como figura en el siguiente cuadro:

Cuadro 2

Fundamentos y parte resolutive contenidos en la ejecutoria N°3060-2006/Piura

Fundamentos del recurso	Fundamentos de la Sala Civil Transitoria
<p>Primero.- ...interpuso demanda de tercería de propiedad con el objeto que se suspenda el remate del cincuenta por ciento de los derechos y acciones que detenta sobre el inmueble... que ha sido dictado por el Primer Juzgado... en el proceso que sigue...sobre ejecución de garantía... sostiene haber adquirido el inmueble conjuntamente con su conviviente...el mismo que pasó a formar parte del régimen de sociedad de gananciales al haberse determinado judicialmente, mediante sentencia consentida...el estado convivencial y declarándose la unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales, por lo que a la fecha de constitución de la hipoteca... ya detentaba derechos sobre el inmueble, razón por la cual el mismo no podía ser hipotecado.</p> <p>Tercero.- ... la Sala Superior, al resolver el recurso impugnativo, señala que en la ficha registral del bien sub litis aparece registrado el actor como divorciado, por lo que era un bien propio y, por tanto, podía hipotecarlo, siendo que la unión de hecho fue declarada judicialmente recién el año mil novecientos noventa y nueve, y no habiendo acreditado la demandante con documento público o privado de fecha cierta ni menos otorgado la garantía a que hace mención el artículo quinientos treinta y cinco del Código Procesal Civil, resuelve revocar la recurrida declarando inadmisibles la demanda, sin dar oportunidad de subsanación alguna a la demandante.</p>	<p>Sétimo.- Que, en el caso de autos la demandante ha presentado como título en el cual sustenta la propiedad del bien sub litis, la sentencia... recaída en el expediente... en el proceso seguido por... sobre declaración de unión de hecho, la misma que se encuentra inscrita en el asiento...del Registro de Propiedad inmueble de la Oficina Registral Regional.</p> <p>Octavo.- ... en atención a lo normado en el artículo doscientos treinta y cinco inciso primero del Código Procesal Civil, son documentos públicos los otorgados por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones; y si esto es así, se advierte que en autos la actora viene adjuntando a su demanda dos documentos públicos en los que sustenta su propiedad: una sentencia judicial, expedida por un magistrado, y una ficha registral, expedida por el Registrador Público, ambos funcionarios del Estado, con lo cual ha dado cumplimiento al requisito formal de admisibilidad establecido en el artículo quinientos treinta y cinco del Código Procesal Civil citado.</p> <p>Noveno.-...los cuestionamientos relativos a la suficiencia de los títulos que acreditan la propiedad de la actora, esto es, si resultan idóneos o no para oponerse con éxito a la hipoteca otorgada... constituyen aspectos que no pueden ser materia de análisis al expedirse un auto admisorio, pues es en el juicio de fundabilidad de la demanda en el que se decide el conflicto de intereses a favor o en contra de la demandante...pues el juicio de admisibilidad únicamente se circunscribe a analizar si la demanda contiene o no los requisitos formales o extrínsecos que exige la ley...</p>
Parte resolutive	
<p>... fundado el recurso de casación... nulo el auto de vista...MANDARON que se continúe con el trámite del proceso principal en la instancia respectiva y en el estado en el que se encuentre...</p>	

Fuente: ejecutoria N° 3060-2006/Piura.

Como se puede advertir el recurrente alega que adquirió el bien junto a su conviviente, detentando derechos y acciones sobre el mismo en la fecha en que se constituyó la hipoteca, señala además que existe una resolución por la que se declara la unión de hecho sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

Sin embargo, la Sala Superior considera que el demandado aparece como divorciado en la ficha registral, por lo que pudo disponer del bien al ser considerado como propio. Es importante considerar que para esta Sala no se acredita la propiedad con documento público o privado de fecha cierta. Como ya se manifestó, en el caso de los concubinos es materialmente imposible contar con un documento en el que figuren ambos como propietarios de un mismo bien- lo que si se materializa en el marco del matrimonio-, salvo que decidan constituir una copropiedad.

La Sala Suprema de manera errónea considera que la demandante presentó documentos suficientes para acreditar su derecho de propiedad, como son la sentencia por la que se declara la unión de hecho, y la inscripción de la misma en el Registro de Propiedad Inmueble, pues ninguno de los documentos permite acreditar que el bien materia de litigio se adquirió durante la unión de hecho.

No se debe perder de vista que los casos inicialmente analizados dan cuenta que la tendencia que mantiene la Corte Suprema al día de hoy es exigir la inscripción de la compraventa con anterioridad a la hipoteca para que se pueda admitir a trámite una demanda de tercería de dominio, lo que ya no trasciende a los casos en que existe pugna entre derechos de diferente naturaleza.

Respecto a lo mencionado, se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 04777-2006-PA/TC. En efecto, quien interpone el recurso de agravio constitucional alega lo contenido en el fundamento primero bajo los siguientes términos: “según refiere, el Banco Continental hizo un préstamo hipotecario a favor de su

conviviente... con hipoteca del inmueble... sin la intervención de la recurrente, quien tendría calidad de copropietaria del bien...”

A ello agrega que de manera reciente se ha enterado que el inmueble ha sido adjudicado a favor del referido banco, en un proceso en el que se ve afectado su derecho de defensa, señalando que:

... recientemente se ha enterado, con las publicaciones de remate, que se ha adjudicado su inmueble a favor del referido Banco, en un proceso irregular donde se le privó del derecho de defensa, a pesar de haber probado tener 7 hijos con el demandado tener separación de bienes de gananciales; y que se ha vulnerado su derecho al debido proceso y al derecho de defensa al no haber sido considerada como parte del proceso y, por tanto «atentando contra el derecho a la propiedad que me asiste en calidad de copropietario por el derecho de gananciales de conformidad al Art. 6 del C.C. en razón de convivencia por más de dos años con 7 hijos y haber aportado en la compra y construcción del inmueble antes mencionado». Agrega que como copropietarios, a cada uno le correspondía el 50% del inmueble, y que el Banco tenía la obligación de verificar la propiedad del bien, por lo que habría actuado negligentemente deviniendo en nulo el acto jurídico”.

El Tribunal Constitucional por su parte considera que existen diversos problemas respecto a los efectos del régimen de gananciales, de manera específica en el fundamento once señala que estos giran:

en torno a la deficiencia del sistema normativo sobre la publicidad registral del mismo. En efecto, pese a que. El Tribunal observa que en la actualidad no es posible inscribir en el Registro Personal las uniones de hecho, o las consecuencias que se deriven de ellas.

No se debe perder de vista que actualmente si es factible inscribir el reconocimiento

de la unión de hecho, pero no los efectos que derivan del mismo. En este contexto, señala en el fundamento doce lo siguiente:

...ello crea una situación de indefensión por su imprecisión, tanto para quienes conforman la unión de hecho como para el tercero que quiere tratar con alguno de estos. Así, por ejemplo, puede darse el supuesto de que un inmueble se encuentre inscrito a nombre de uno solo de los convivientes - como en el presente caso-, y virtualmente se deje sin protección al otro conviviente ante la relación con terceros, en la medida que de acuerdo al Código Civil primaría la fe registral. También es el caso que un tercero, en atención a la ficha registral personal de uno de los convivientes, compre un bien determinado sin haber tenido la posibilidad de conocer que aquel bien no se encontraba a su disposición por ser parte del patrimonio autónomo de la sociedad convivencial.

En atención a lo señalado se resuelve declarar improcedente la demanda de amparo, considerando que la parte interesada debe hacer valer su derecho a través de la vía correspondiente, es decir solicitar la nulidad del acto por el que se afecta un bien del que son propietarios ambos concubinos.

En contraste, se tiene la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en mérito al expediente N° 02368-2011-PA/TC, caso que a su vez nace de una sentencia por la que se resuelve declarar improcedente una demanda de tercería de propiedad, al inexistir reconocimiento judicial de unión de hecho, posición que es avalada por dicho Tribunal, que deja sentada la posición respecto a la necesidad de contar con un documento que acredite el concubinato, quedando clara la posibilidad de vulnerar los derechos de propiedad y acceso a la justicia.

De manera específica, en este caso se da cuenta del expediente N° 2008-06485, en el que se emite una sentencia de primera instancia, bajo los siguientes términos:

Cuadro 3

Sentencia emitida en primera instancia/expediente N°2008-06485

Fundamentos

Cuarto... la demanda de tercería de propiedad interpuesta... no resulta amparable, toda vez que al no haberse inscrito en los Registros Públicos (registro personal y registro de la propiedad inmueble) el «estado de convivencia» y la posterior «separación de patrimonios con la adquisición del 50% de los derechos y acciones sobre el inmueble afectado a favor de la recurrente», no resultaría oponible su derecho a terceros.

Fuente: expediente N°2008-06485

El juzgado se debió pronunciar respecto a la existencia de una resolución judicial de declaración de unión de hecho y por ende el pronunciamiento sobre la separación de patrimonios, y para no amparar la demanda, debió hacer referencia a la necesidad de contar con documento público o privado de fecha cierta que permita acreditar la propiedad sobre el 50% del bien materia de *litis*.

No existe norma alguna que exija la inscripción en registros públicos del estado de convivencia y separación de patrimonios para oponer derecho frente a terceros, incluso actualmente que se modificó el Código Civil, con la consiguiente posibilidad de inscribir el reconocimiento en el Registro Personal. No se debe perder de vista que la Ley 29560 que amplía las competencias de los notarios para tramitar el reconocimiento de unión de hecho es del año 2010, y el proceso de tercería es de 2008.

De este modo, cuando se declarara improcedente la demanda se posibilita la vulneración del derecho de propiedad de la tercerista, pues con el 50% del bien que le corresponde se pagará lo adeudado al banco, pese a que ello no le compete. Además, al declararse improcedente la demanda se imposibilita al tercerista acceder al órgano jurisdiccional para que se pronuncie respecto a la pugna de derechos.

Esta sentencia queda consentida, luego del pronunciamiento de los jueces superiores, sin que se haya interpuesto recurso de casación. El recurso de agravio constitucional por el que se cuestiona lo decidido, contiene los siguientes fundamentos:

Cuadro 4

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en mérito al expediente N°2368-2011-PA/TC

Fundamentos del recurso de agravio constitucional	Fundamentos del Tribunal Constitucional
<p>1. Se declare nula y sin efecto la resolución... que declara improcedente la demanda de tercería de propiedad... así como la resolución que en vía de apelación confirma la resolución de primera instancia... Las citadas resoluciones han sido emitidas vulnerando sus derechos fundamentales a la propiedad...</p> <p>3. ... en el proceso ejecutivo sobre obligación de dar suma de dinero seguido por el Banco de Crédito del Perú en contra de... se dispuso la medida cautelar de embargo en forma de inscripción sobre la totalidad de los derechos y acciones del inmueble de propiedad de su conviviente... inscrito en la Partida N.º... por lo que en su calidad de propietaria del 50% del citado inmueble, conforme consta en el Acta de Conciliación N.º 096-2002, interpuso demanda de tercería de propiedad (Expediente N.º 2008-06485-0-1801-JR-CI-1) con la finalidad de que se levante la medida cautelar en forma de inscripción sobre el cincuenta por ciento de los derechos y acciones que le pertenecen respecto del inmueble inscrito en la mencionada Partida del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima...</p>	<p>... las resoluciones que la recurrente solicita sean declaradas nulas y sin efecto jurídico han sido expedidas dentro de un proceso llevado a cabo con todas las garantías debidas y pleno respeto a la tutela jurisdiccional efectiva, donde la recurrente no ha acreditado que la unión de hecho haya sido declarada judicialmente, ni ha aportado los medios probatorios pertinentes para que dicha relación sea considerada como una unión de hecho, y que en consecuencia le permita acreditar la propiedad que alega del 50% de los derechos y acciones del inmueble inscrito en la Partida N.º 44926283, del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima.</p>

La tercerista para garantizar su derecho de propiedad recurre al Tribunal Constitucional, quien no ampara su pretensión. Se está en el marco de un proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero en el que figura una medida cautelar de embargo, siendo de aplicación el segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil.

La tercerista da cuenta de la existencia de un acta de conciliación en la que constaría su calidad de propietaria del 50% del bien materia de *litis*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional deja sentada su posición al señalar que la recurrente no ha acreditado que la unión de hecho haya sido declarada judicialmente, y que como consecuencia de ello que es propietaria del 50% de los derechos y acciones del inmueble materia de litigio. Apoyando de esta forma lo dispuesto en las instancias de mérito respecto a la improcedencia de la demanda.

5.2. Discusión de resultados

El Tribunal Constitucional considera indispensable acreditar la titularidad del derecho de propiedad si se quiere demandar su protección, posición que es compartida por la Corte Suprema a través de las Salas Civiles Especializadas cuando se pronuncian en casos de tercería de propiedad, con la atingencia que ello implica para la misma contar con la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble cuando existe pugna entre dos derechos reales, y con un documento de fecha cierta cuando existe pugna entre derechos de distinta naturaleza.

En los casos en que uno de los concubinos- cuando se produce la separación unilateral- pretende se garantice el derecho de propiedad que tiene sobre el cincuenta por ciento del bien, encuentra dificultades que generan la vulneración de este derecho, junto al de acceso a la justicia.

En efecto, por un lado, como se señala en la primera hipótesis específica, el reconocimiento de la unión de hecho está sujeto a un proceso judicial, cuando no hubo reconocimiento vía notarial. En efecto, todos los procesos duraron más de un año, incluso la ejecutoria suprema 4248-2016/Arequipa da cuenta que la sentencia de primera instancia se dictó el 27 de diciembre de 2013 y el pronunciamiento de la Sala Especializada de la Corte Suprema es en enero de 2017, .

Para que la unión de hecho surta efectos patrimoniales, es preciso lograr en primer lugar el reconocimiento de la misma, siendo indispensable además demostrar que el bien, cuya propiedad sobre el cincuenta por ciento se alega, haya sido adquirido durante el concubinato.

Sin embargo, es preciso advertir que en los procesos de tercería se exige que la inscripción del derecho de propiedad sea anterior a la hipoteca, e incluso a los embargos, hasta la celebración del VII Pleno Casatorio Civil, siendo una opción únicamente en este

último supuesto valorar el documento de fecha cierta. Se desconoce de este modo, lo establecido en el artículo 949 del Código Civil, en el sentido que el derecho de propiedad se perfecciona con el consentimiento, prima en tal sentido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 2022 del mismo cuerpo normativo, además que se hace caso omiso a lo dispuesto en el segundo párrafo que exige la aplicación de normas de derecho común, como es la contenida en el artículo 949 mencionado.

Lo señalado permite afirmar que en los procesos de tercería vinculados a uniones de hecho que terminan por decisión unilateral, se pueden presentar dos situaciones:

Por un lado, los bienes adquiridos por concubinos pueden ser inscritos a nombre de uno de los dos, pues lo único que se puede inscribir en el Registro Personal en relación a ambos es el reconocimiento de la unión de hecho o su culminación, lo que se puede materializar siempre que exista consenso.

Así, de producirse una separación unilateral, se beneficiará quien figure como propietario del bien. Pues contar con el reconocimiento de la unión de hecho, y la acreditación respecto a que el bien materia de litigio fue adquirido durante la misma, no es suficiente para iniciar un proceso de tercería, se necesita además contar con una inscripción anterior a la hipoteca, o un documento de fecha cierta en el caso del embargo.

Por otro lado, se pueden adquirir bienes durante la unión de hecho sin que sea necesario inscribir la propiedad, en atención a la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil. En estos casos opera la misma dificultad de quienes pretenden hacer valer su derecho contando únicamente con un documento de fecha cierta, en el que incluso no figuran ambos concubinos.

De este modo, se genera la vulneración del derecho de propiedad como el de acceso a la justicia.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema avalan la improcedencia liminar de las demandas de tercería de dominio cuando no se cuenta con la inscripción del derecho de propiedad en casos de hipoteca, o documento de fecha cierta en casos de embargo, pese a la existencia de la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil que incorpora el sistema consensual de transferencia. En este contexto, quien interpone una demanda buscando el amparo de su derecho de propiedad, no podrá ver satisfecha su pretensión, debido a que no existirá pronunciamiento de fondo que sustente por qué el documento presentado para acreditarlo no es suficiente. Situación que en el caso de las uniones de hecho resulta siendo más compleja, debido a que el efecto patrimonial de la misma está sujeto a su reconocimiento, y a la determinación de la adquisición de los bienes durante su vigencia, con la atingencia que sólo uno de los concubinos contará con la titularidad, al estar el bien registrado a su nombre, o figurar en la minuta de compraventa o escritura pública. Lo que da cuenta de la vulneración de los derechos de propiedad y acceso a la justicia.

SEGUNDA

Para que la unión de hecho surta efectos patrimoniales se requiere el reconocimiento de la misma, que se podrá lograr únicamente en el marco de un proceso judicial, cuando no se tuvo la previsión de solicitarlo vía notarial, existiendo consenso. Proceso que dura más de un año, desde que se dicta la sentencia de primera instancia, hasta que la Corte Suprema emite la ejecutoria correspondiente, sin que ello sea suficiente para lograr que se admita a trámite una demanda de tercería de propiedad. En efecto, es recién a partir del reconocimiento que se puede determinar cuáles son los bienes que se adquirieron durante la

vigencia de la unión de hecho, lo que se logrará después de que concluya el proceso de tercería con la improcedencia liminar de la demanda.

TERCERA

Las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema se pronuncian en casos de tercería contra hipoteca señalando que una demanda puede ser admitida siempre que se cuente con la inscripción del derecho de propiedad anterior a la misma, lo que se hacía extensivo a los casos de embargo antes de la celebración del VII Pleno Casatorio Civil, aunque también se dio prioridad al derecho de propiedad, ahora se requiere contar con documento de fecha cierta. Estas exigencias en los casos de unión de hecho, posibilitan la vulneración de los derechos de propiedad y acceso a la justicia, debido a que contar con el reconocimiento, unido a la exigencia de acreditar que el bien materia de litigio se adquirió durante la unión de hecho, no resultan siendo suficientes para que la demanda sea admitida, debido a que solo uno de los convivientes figurará como titular.

RECOMENDACIONES

A través de la investigación se pudo demostrar que al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho se impide el acceso a la justicia y con ello se genera la vulneración del derecho en mención. En este contexto, se plantea la siguiente recomendación:

Primera y única recomendación:

Acceder al Centro de Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial, para hacerle llegar el proyecto de ley elaborado en mérito a los resultados de la investigación, y lo pueda poner en conocimiento del Ministerio de Justicia, a fin de canalizarlo al Congreso de la República en mérito a dispuesto en la Guía sobre la Calidad Normativa y publicación de Proyectos Normativos. Y de este modo se pueda:

1. Modificar el artículo 326 del Código Civil en los términos que figuran en el proyecto de ley que consta en el anexo II.
2. Derogar el artículo 1.8 de la Ley 26662 en los términos que figuran en el proyecto de ley que consta en el anexo II.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, B. (2015). Las uniones de hecho: implicancias jurídicas y las resoluciones del tribunal constitucional. *Persona y familia*. (4), 11-25. Recuperado de http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/11_Las%20uniones%20del%20hecho%20implicancias%20jur%C3%ADdicas%20y%20las%20resoluciones%20del%20Tribunal%20Constitucional%20-%20Benjam%C3%ADn%20Aguilar%20LLanos.pdf
- Aguilar, B. (s.f.) Unión de hecho y el derecho de herencia. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*. 9-18. Recuperado de http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/1.pdf
- Amado, E. P. (2013). *La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el derecho civil peruano*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5171134.pdf>
- Ambrogi, Y. E. (2000). Uniones de hecho, régimen patrimonial. *Revista Notarial* (79). Recuperado de <http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-79-2000-03-Doctrina.pdf>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Arequipa: Grijley.
- Arguello, E. G. (2014). *Divorcio por mutuo consentimiento y la unión de hecho otorgado por notario público según el art. 18 numerales 22 y 26 de la ley notarial* (tesis de pregrado). Universidad Central del Ecuador, Ecuador.
- Ariano, E. (2016). El embargo castigado: consideraciones (ya) inactuales sobre un viejo problema tratado de superar con el VII Pleno Casatorio Civil (Sentencia de Casación No. 3671-2014-Lima). *Revista Ius Et Veritas*, (52), 160- 192. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/16378/16782>
- Bezada, B. Y. (2016). *La sentencia del VII pleno casatorio civil y su equivocada interpretación del segundo párrafo del artículo 2022 del código civil* (tesis de maestría). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.
- Bustos, M. M (2007). *Análisis crítico de los efectos jurídicos de las uniones de hecho en Chile, una propuesta de regulación orgánica patrimonial* (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Chile.
- Cáceres, F. J. (2016). *Criterios para el marco objetivo de reconocimiento y protección jurídica de las situaciones jurídicas patrimoniales de los convivientes en sede judicial, notarial y registral* (tesis de pregrado). Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú.

- Calderón, J. E. (29 de octubre de 2008). El régimen patrimonial de las uniones de hecho: Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente Nro. 498-99-AA/TC). Recuperado de <http://escribiendoderecho.blogspot.com/2008/10/el-regimen-patrimonial-de-las-union.html>
- Callata, A. (2016). *Análisis jurisprudencial de las sentencias referidas a la unión de hecho marital de hecho emitidas por la Corte Superior de justicia de Lima Sur en el periodo 2010-2015* (tesis de pregrado). Universidad de Huánuco, Perú.
- Canales, C. (2010). Reconocimiento notarial de la unión estable. *Revista Actualidad Jurídica Digital*. Tomo 201.
- Castro Pérez, O. M. (s.f.) La sociedad de gananciales y las uniones de hecho en el Perú. *Derecho y sociedad*. 343-347. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/16991/17290
- Castro, E. F. R. (2014). *Análisis Legal y Jurisprudencial de la Unión de Hecho*. Perú: Fondo Editorial Academia de la Magistratura.
- Chacón. R. (2017). *La afectación a las personas con medidas cautelares posteriores a la venta de fecha cierta de un bien embargado, en los procesos de tercería de propiedad de la ciudad del Cusco del año 2015-2016* (tesis de pregrado). Universidad Andina del Cusco, Perú.
- Chiclla, A. (2017). *El término de la unión de hecho y la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales en la ciudad de Andahuaylas* (tesis de maestría). Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú.
- Corral, H. (2005). *Derecho y derechos de Familia*. Lima-Perú: Editorial Grijley.
- Cordero, E. y Aldunate, E. (2008). Evolución histórica del concepto de propiedad. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. (30), pp. 345-385.
- De la Barra, M. A. (2010). Breve análisis normativo sobre uniones de hecho en la legislación chilena: posibilidad de aplicación a parejas homosexuales. *Derecho y humanidades* 2, (16), 101-117. Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/17038/17760/>
- Díaz, M. A. (2017). Las uniones de hecho y los derechos sucesorios. *Gaceta Laboral*. Recuperado de <http://gacetalaboral.com/la-union-hecho-los-derechos-sucesorios/>
- Escobar, F. (s.f.) El contrato y los efectos reales. Análisis del sistema de transferencia de propiedad adoptado por el Código Civil peruano. *Ius et veritas*, (25), 46-60.
- Fernández, M. (2004). Crítica al tratamiento de las uniones no matrimoniales en el ordenamiento jurídico peruano. *Foro jurídico*. 108-111. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18383/18625>

- Fernández, C. y Bustamante, E. (2014). La unión de hecho en el Código Civil peruano de 1984: Análisis de su conceptualización jurídica desde la perspectiva exegética y jurisprudencial. *Derecho y Sociedad*. 221-239. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/17170/17460>
- Gallo, J. (2013) ¿La Ley N° 3007 ha equiparado el concubinato con el matrimonio? *Gaceta Jurídica Digital*. Tomo 234.
- Gonzales, G. (2014). Sobre la paradoja de crear derechos a partir del embargo de bienes ajenos. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (14), Lima.
- García, J. (2013). *Trabajo fin de grado: Uniones de hecho* (trabajo de grado). Universidad de la Rioja, España.
- Hernández, R, Fernández, C. y Baptista, L. (2014). *Metodología de la investigación*. Sexta edición. México: Mc Graw Hill.
- Hinostroza, A. (2010). *Derecho Procesal Civil. Proceso cautelar*. Tomo X. Lima: Jurista Editores.
- Instituto de investigación jurídica centro de investigación en derecho de la familia y el menor de la Universidad San Martín de Porres, (2014). *Los efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho frente al matrimonio*. (Trabajo de pregrado), Universidad San Martín de Porres, Perú.
- Lama, H. E. (2009). Análisis del nuevo texto del artículo 533 del Código Procesal Civil y la tercería de propiedad contra hipotecas. *Revista oficial del Poder Judicial* (5), 129-139. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/94db82804595798296e8d67db27bf086/08.+Jueces+-+H%C3%A9ctor+Enrique+Lama+More.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=94db82804595798296e8d67db27bf086>
- Linares, Y, R. (2015). *Reconocimiento judicial de las uniones de hecho strictu sensu con elemento temporal menor de dos años de vida común* (tesis de maestría). Universidad Privada Antenor Orrego, Perú.
- Linares, (2013). *Tercerías de propiedad para levantar hipotecas*. Recuperado de <http://www.linaresabogados.com.pe/tercerias-de-propiedad-para-levantar-hipotecas/>
- Medina, G. (2001). *Uniones de hecho homosexuales*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Pasco, A. (2015). *VII Pleno Casatorio: Entre la dictadura del crédito y la prepotencia de la propiedad*. Recuperado de <http://ius360.com/privado/civil/vii-pleno-casatorio-entre-la-dictadura-del-credito-y-la-prepotencia-de-la-propiedad/>

- Plácido, A. F. (11 de abril de 2008). El principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho (La prueba de la existencia de la unión de hecho). Cuarta. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/04/11/el-principio-de-reconocimiento-integral-de-las-uniones-de-hecho-la-prueba-de-la-existencia-de-la-union-de-hecho-cuarto/>
- Plácido, A. F. (2005). Consecuencias de la probanza de la unión de hecho. Efectos personales y patrimoniales. *Revista actualidad jurídica digital*. Tomo 136.
- Quispe, N. G. (2017). *Reconocimiento de unión de hecho, por un centro de conciliación y su influencia del ordenamiento jurídico colombiano en Huancavelica-2016* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Huancavelica, Perú.
- Ramos, J. A. (2008). *Elabore su tesis en Derecho. Pre y Postgrado*. Segunda edición. Lima, Perú: San Marcos.
- Rioja, A. (2011). En defensa de la propiedad indebidamente embargada. *Revista del Poder Judicial*. (6 y 7). 163-188. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/42d56f804e3b3330806588a826aedadc/8.+Jueces+-+Alexander+Rioja+Berm%C3%BAdez.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=42d56f804e3b3330806588a826aedadc>
- Ronquillo, J. (2015). *Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rosas, J. (2015). *El Derecho Constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves*, Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, E. I. y Honorio, H. (2017). *La primicia del embargo inscrito a favor del acreedor frente al derecho de propiedad no inscrito en el Perú* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Perú.
- Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. (14).
- Soto, F. J. (2013). *Necesidad de incorporar en el código de procedimiento civil un procedimiento especial para la terminación de las uniones de hecho en Ecuador* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Loja, Perú.
- Tantaleán, R. M. (2012). Registrando a los convivientes. Comentarios a la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA. *Gaceta Jurídica Digital*. Tomo 16.
- Tantaleán, R. M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>
- Tejada, N. M. (2011). *Tercería*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/02/12/terceria/>

- Vega, Y. (s.f.) Amor, familia, unión de hecho y relaciones patrimoniales. Y sobre cómo y desde cuándo se debe considerar constituida la comunidad de bienes entre concubinos. *Foro jurídico*. 41-59. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18542/18782>
- Vega, Y. (s.f.) Consideraciones jurídicas sobre la unión de hecho. (De la ceremonia a la vivencia; de la forma a la sustancia; del silencio a la declaración de derechos y deberes entre convivientes). *Derecho y Sociedad*. 35-73. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/17232/17519
- Vidal, R. (s.f.) *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Derecho Civil peruano*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECCHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECCHO_CIVIL_PERUANO.pdf)
- Villegas, M. C. (s.f.) De cómo la ley puede atentar contra el mercado. La tercería de propiedad en el Código Procesal Civil. *Ius et veritas*. 176-180. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15831/16263
- Villena, P. (s.f.) *Reconocimiento de uniones de hecho por vía notarial*. Recuperado de <http://villenaabogados.com/reconocimiento-de-uniones-de-hecho-por-via-notarial/>

ANEXOS

a. Anexo: Matriz de consistencia

ACCESO A LA JUSTICIA EN LOS PROCESOS DE TERCERÍA DE DOMINIO EN EL MARCO DE LA UNIÓN DE HECHO Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD			
Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>Problema general ¿Qué se genera al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho?</p> <p>Problemas específicos</p> <p>1. ¿El concubino perjudicado puede acreditar su derecho sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio?</p>	<p>Objetivo general Establecer qué se genera al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>1. Determinar si el concubino perjudicado puede acreditar su derecho sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio.</p>	<p>Hipótesis general. Al exigir la inscripción del derecho de propiedad en casos de tercería contra hipoteca y contar con documento de fecha cierta en casos de tercería contra embargo para admitir la demanda a quienes conforman una unión de hecho se impide el acceso a la justicia generándose con ello la vulneración del derecho en mención.</p> <p>Hipótesis específicas</p> <p>1. Contar con el reconocimiento judicial de la unión de hecho que termina por decisión unilateral no es suficiente para que se admita a trámite la demanda de tercería de propiedad. 2. En los procesos de tercería el concubino perjudicado no puede acreditar su derecho de propiedad sobre el cincuenta por ciento del bien materia de litigio al ser el demandado quien cuenta con la titularidad.</p>	<p>Tipo de investigación: La investigación es jurídico-propositiva.</p> <p>Nivel de investigación: Explicativo</p> <p>Unidades de análisis:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ejecutorias emitidas durante los años 2017 y 2018 por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de reconocimiento de unión de hecho. - Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de tercería de propiedad que dan cuenta de la exigencia de la inscripción del derecho de propiedad como requisito para admitir a trámite la demanda. - Ejecutorias emitidas por las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema, en casos de tercería de propiedad vinculados a uniones de hecho. - Sentencias del Tribunal Constitucional vinculadas al derecho de propiedad de quienes conforman una unión de hecho. <p>Técnica e instrumento de recolección de información</p> <p>Técnica: Análisis documental Instrumento: Ficha de análisis</p>

b. Anexo: Instrumento de recolección de información**i. Ficha de análisis: Reconocimiento de unión de hecho**

Ejecutoria Suprema _____

Fecha de la sentencia de primera instancia _____

Fecha de la sentencia de vista _____

Fecha de la ejecutoria suprema _____

Parte resolutive de la ejecutoria suprema _____

ii. Ficha de análisis: Tercería de propiedad

Ejecutoria suprema _____

Tercería contra embargo _____

Tercería contra hipoteca _____

Vinculada a unión de hecho: SI ___ NO ___

Fundamentos respecto a la admisibilidad de la demanda _____

iii. Ficha de análisis: Tribunal Constitucional

Expediente _____

Fundamentos respecto al derecho de propiedad de quienes conforman una unión de hecho _____

c. Anexo: Proyecto de Ley

1. Exposición de motivos

A nivel de Corte Suprema se avala la improcedencia liminar de las demandas de tercería de dominio en los casos en que el derecho de propiedad no se encuentra inscrito, pese a la existencia de la norma contenida en el artículo 949 del Código Civil, situación que es aún más compleja en el marco de la unión de hecho, debido a que los efectos patrimoniales están sujetos a su reconocimiento, además que los bienes adquiridos estarán a nombre de uno de los concubinos.

En este contexto, se debe advertir que el reconocimiento de unión de hecho vía notarial requiere consenso, quedando sujeto a la voluntad de los concubinos, ello implica que al no tenerse esta previsión, y se pretenda exigir algún derecho, se tendrá que recurrir necesariamente a un proceso judicial en la vía de conocimiento, siempre que hayan transcurrido los dos años exigidos por ley.

En este sentido, se requiere introducir modificaciones al artículo 326 del Código Civil, disponiendo como exigencia inscribir en el Registro Personal la fecha en la que inicia la unión de hecho, además la de su culminación, para poder reclamar los derechos que correspondan de conformidad con la sociedad de bienes que se sujeta a la sociedad de gananciales, señalando para tal fin:

- Nombres y firmas de ambos solicitantes.
- Reconocimiento expreso del inicio de una relación convivencial.
- Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial.
- Certificado del domicilio en el que harán vida en común.

La inscripción de la fecha de culminación de la unión de hecho se puede efectuar de manera unilateral, en este caso se tendrá que expresar cuales fueron las causas por medio de una declaración jurada.

Además, se deberá incluir como exigencia la inscripción en el Registro de predios la compra venta de bienes que se materialice durante la vigencia de la unión de hecho.

En el marco de lo señalado, quedarían derogadas las normas contenidas en la Ley 29560 respecto a la competencia notarial en asuntos no contenciosos, que incluye el reconocimiento de la unión de hecho, el que tampoco será necesario solicitar vía judicial.

2. Análisis costo beneficio

Al modificar el artículo 326 del Código Civil, se generará un beneficio al Estado en el sentido que los concubios no tendrán la necesidad de interponer demandas de tercería, ni recurrir a la vía judicial para lograr el reconocimiento de la unión de hecho.

Además, al otorgar la competencia a los registradores para efectuar las inscripciones, tanto en el Registro Personal, como en el de Predios (bienes muebles e inmuebles), se protegerá el derecho de propiedad no sólo de los concubinos sino de terceros. Lo que permitirá además aminorar gastos en relación a lo que implica recurrir a un notario público para lograr el reconocimiento de la unión de hecho.

3. Fórmula legal

A. Texto original

Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

B. Texto modificado

Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Los concubinos de manera conjunta deberán realizar su inscripción en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda a su domicilio, para dejar constancia de la fecha en la que inicio la unión de hecho, y de manera conjunta o independiente efectuarán la inscripción de la fecha de culminación, a efectos de reclamar los derechos que correspondan al régimen de la sociedad de bienes.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo, o decisión unilateral, mediante la inscripción correspondiente. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido.

Los bienes adquiridos durante la unión de hecho podrán ser inscritos a nombre de los dos concubinos en el Registro de Propiedad.

Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del

matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.