



FACULTAD DE DERECHO

INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE

CIVIL N° 2634-2011

**PRESENTADO POR
MANUEL ADRIAN PALOMO URRELO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY

Reconocimiento

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 2634-2011

Materia : TERCERIA PREFERENTE DE PAGO

Entidad : JUZGADO CIVIL-COMERCIAL DE LIMA

Denunciante : G.V.G.V. (APODERADA DE G.M.D.G)

Denunciado : ENTIDAD FINANCIERA
D.I.D S.A.
A.P.G.G.

Bachiller : MANUEL ADRIAN PALOMO URRELO

Código : 43052025

LIMA – PERÚ

2021

En el Informe Jurídico se analiza un Procedimiento de Tercería Preferente de Pago, la demanda fue interpuesta el 08 de abril de abril de 2011 por la Sra. G.V.G.V. contra Entidad Financiera, D.I.D S.A., y, A.P.D.G. por considerar que sus hijos tienen preferencia de pago frente a la Entidad Financiera, respecto al proceso de ejecución de garantías seguido ante el Segundo Juzgado Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima, seguido entre el ejecutante y el ejecutado; amparando su demanda en el artículo 1º y 2º de la Constitución Política del Perú referidos a la defensa del ser humano y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad, así como a la igualdad ante la ley y la no discriminación. Del mismo modo, ampara su demanda en los artículos 462º, 533º y 534º, referidos a los elementos que constituyen el concepto de alimentos, y, referido a la tercería. La demandante refiere que sus hijos tienen un derecho que nació con anterioridad a la inscripción de la hipoteca a favor de la Entidad Financiera, en virtud al proceso de alimentos iniciado contra el ejecutado en el año 2006 ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surquillo. Que, como consecuencia del reiterado incumplimiento por parte del ejecutado en su obligación alimenticia en favor de sus menores hijos, dio origen a la liquidación de pensiones devengadas, las mismas que fueron gravadas como embargo en forma de inscripción de manera sucesiva hasta por la suma de S/ 150,000.00 (Ciento Cincuenta Mil con 00/100 Soles); y, en aras al interés superior del niño y los derechos constitucionales conexos, se le debe otorgar la preferencia de pago respecto a la Entidad Financiera. El Segundo Juzgado Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima admite a trámite la demanda mediante Resolución N° DOS de fecha 06 de junio de 2011 y ordena la suspensión del proceso sobre Ejecución de Garantía seguido por la Entidad Financiera contra el ejecutado. Del mismo modo, mediante Resolución N° TRES el Juzgado corrige de oficio la Resolución N° DOS, y, en consecuencia, declara NULO el numeral tercero de la parte resolutive de la Resolución N° Dos en lo referido a la suspensión del proceso, por tanto, ordena suspender el pago a la Entidad Financiera, hasta que se resuelva de forma definitiva la demanda de tercería preferente de pago. La Entidad Financiera se pronuncia en primer lugar, interponiendo Recurso de Apelación contra el Auto (Resolución N° DOS), cuestionando el extremo de la parte resolutive que ordena Admitir a tramite la demanda y suspender la ejecución del proceso judicial sobre Ejecución de Garantía. En segundo lugar, contesta la demanda y deduce excepción de falta de legitimidad para obrar activa. El Segundo Juzgado Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima declara INFUNDADA la demanda de tercería preferente de pago respecto de G.V.G.V., IMPROCEDENTE respecto de las señoritas L.K.D.G y H.J.D.G, y, FUNDADA en cuanto a la preferencia de pago a favor del señor G.M.D.G. La Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima mediante sentencia de vista CONFIRMA la sentencia apelada. Finalmente, la Corte Suprema declara INFUNDADO el Recurso de Casación interpuesto por la parte demandada, sin embargo, contiene un voto discordante que declara FUNDADO el Recurso de Casación, y, se ordena a la Superior expida nueva resolución con arreglo a lo actuado y al derecho.

Contenido

I.	RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES	4
A.	ANTECEDENTES: DEMANDA DE EJECUCION DE GARANTIA HIPOTECARIA.....	4
B.	DEMANDA: TERCERIA PREFERENTE DE PAGO.....	4
	a) Fundamentos de hecho.....	4
	b) Fundamentos de derecho	6
	c) Medios probatorios.....	7
C.	AUTO QUE DECLARA INADMISIBLE DE LA DEMANDA.....	7
	Declaratoria de inadmisibilidad	7
D.	ESCRITO DE SUBSANACION.	8
E.	AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA.	8
F.	APELACION DE AUTOS.	9
	a) Fundamentos de hecho.....	9
	b) Fundamentos de derecho	11
	c) Medios probatorios.....	12
G.	CONTESTACION DE LA DEMANDA Y DEDUCCION DE EXCEPCION.	12
	a) Fundamentos de hecho.....	13
	b) Fundamentos de derecho	15
	c) Medios probatorios.....	16
H.	AUDIENCIA DE SANEAMIENTO Y CONCILIACIÓN.	17
I.	SANEAMIENTO.	17
J.	FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	17
K.	ADMISION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LAS PARTES.	18
L.	SENTENCIA DEL JUZGADO.....	19
M.	APELACION SENTENCIA.....	20
N.	SENTENCIA DE VISTA.....	21
O.	RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEMANDADO.....	22
P.	SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA.....	23
II.	IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	25
	➤ Legitimidad para obrar activa	25
	➤ Capacidad para obrar de la demandante	27

➤ Interpretacion del orden de prelación de derechos	27
➤ Análisis comparativo - ordenamiento jurídico mexicano	30
➤ Interpretación de la norma por analogía	32
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	33
IV. CONCLUSIONES.....	34
V. NORMATIVA APLICADA	36
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	37
VII. ANEXOS.	38

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO.

A. ANTECEDENTES: DEMANDA DE EJECUCION DE GARANTIA HIPOTECARIA.

- i. Con fecha 3 de octubre de 2006, mediante expediente N° 5712-2006; la Entidad Financiera interpone demanda de Ejecución de Garantía Hipotecaria ante el 2° Juzgado Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima, contra D.I.D. S.A. y su co-demandado, fiador solidario y garante hipotecario, el señor A.P.D.G.
- ii. Con fecha 23 de abril de 2007, mediante Resolución N° 14 se ordena el remate del inmueble materia de ejecución mencionado en el párrafo precedente.

B. DEMANDA: TERCERIA PREFERENTE DE PAGO.

Con fecha 08 de abril de 2011, la señora G.V.G.V interpone demanda de TERCERIA PREFERENTE DE PAGO contra Entidad Financiera, D.I.D. S.A., y, A.P.D.G, **solicitando se ordene su Derecho Preferente de Pago sobre el bien inmueble que se pretende ejecutar en el expediente N° 5712-2006**, en primer orden de prelación respecto a la Entidad Financiera, así como la admisibilidad de la demanda en todos sus extremos.

a) Fundamentos de hecho:

1. Que, mediante expediente civil N° 5712-2006, la Entidad Financiera interpone demanda de ejecución de garantías contra la empresa D.I.D. S.A. y A.P.D.G a fin de ejecutar la garantía hipotecaria correspondiente al inmueble ubicado en el Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en el registro de la propiedad inmueble de Lima.

2. Que, con fecha 26 de agosto de 1998, la accionante interpone demanda de alimentos contra el emplazado A.P.D.G, seguido ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Surquillo, el mismo que fue tramitado bajo el expediente N° 959-1998.
3. Que, con fecha 18 de septiembre de 1998, se declara FUNDADA la demanda de alimentos, en consecuencia, se ordenó el Sr. A.P.D.G abonar con una periodicidad mensual la cantidad de S/. 600.00 (Seiscientos con 00/100 Nuevos Soles) en concepto de alimentos a favor de sus menores hijos.
4. Que, el reiterado incumplimiento por parte del Sr. A.P.D.G en su obligación alimenticia en favor de sus menores hijos, dio origen a la liquidación de pensiones devengadas, las mismas que fueron **gravadas en forma en embargo respecto del bien inmueble materia de análisis**. En este sentido, se realizaron los siguientes embargos:
 - Embargo por la suma de S/. 60,000.00, anotado en el inmueble con fecha 16/01/2006.
 - Variación de la medida de embargo señalada hasta por la suma de S/. 70,000.00, anotado en el inmueble con fecha 07/11/2006.
 - Variación de las medidas de embargo señaladas hasta por la suma de S/. 80,000.00, anotado en el inmueble con fecha 09/08/ 2007.
 - Variación de las medidas de embargo señaladas hasta por la suma de S/. 110,000.00, anotado en el inmueble con fecha 17/02/2010.
 - Variación de la medidas de embargo señaladas hasta por la suma de S/. 125,000.00, anotado en el inmueble con fecha 13/10/2010.
5. Que, debido a la importancia y naturaleza de la deuda de origen alimentista que el Sr. A.P.D.G adeuda a sus “menores hijos”, la demandante solicita se de preferencia el cobro de la suma de S/. 125,000.00 (Ciento Veinticinco Mil con 00/100 Nuevos Soles) que resulten

del producto del remate del inmueble en cuestión, como cumplimiento de su obligación primigenia.

6. Que, del mismo modo, dentro de sus argumentaciones, considera que la deuda contraída es de cumplimiento imprescindible en virtud a que se encuentra relacionado con el derecho a la vida, a la integridad y al bienestar de sus hijos, toda vez que lo contrario significaría desconocer la defensa de la persona y su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado. En definitiva, se estaría violentando y desconociendo el derecho a la vida.
7. Finalmente, la demandante argumenta que el proceso de alimentos seguido contra el Sr. A.P.D.G, se habría incoado en el año 1998, con anterioridad a la anotación de la medida hipotecaria, consolidando la prelación de sus obligaciones alimentistas ante cualquier otra obligación.
8. Por tanto, solicita al órgano jurisdiccional **reconocer su derecho preferencial de alimentos en relación a cualquier otra obligación**, debiendo recurrir en todo caso al control difuso a que se encuentra obligado aplicar ante la carencia de norma legal expresa que rescate el derecho de alimentos antes que cualquier otra obligación.

b) Fundamentos de derecho:

La demandante, G.V.G.V, ampara su demanda en siguiente normatividad:

- **Constitución Política del Perú:**

Artículo 1º: Referido a las normas constitucionales en defensa del ser humano y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad.

Artículo 2º, inciso 2º: Referido a la igualdad ante la ley y la no discriminación.

- **Código Civil:**

Artículo 462¹: Referido a los elementos que constituyen los alimentos.

- **Código Procesal Civil:**

Artículos 533° y 534°: Referido a tercería.

c) Medios probatorios:

Se ofreció como medios probatorios la siguiente documentación:

1. Mérito de copias certificadas provenientes del proceso de alimentos.
2. Mérito de la anotación de inscripción de variación de medida de embargo.
3. Mérito de la resolución de fecha 25 de enero de 2010 en el proceso sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria.
4. Mérito del expediente 959-1998 sobre Alimentos.
5. Mérito del expediente 5712-2006 sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria.

C. AUTO QUE DECLARA INADMISIBLE DE LA DEMANDA

▸ **Declaratoria de inadmisibilidad**

Con fecha 11 de abril de 2011, el Segundo Juzgado Civil Sub-especialidad Comercial de Lima, declara **INADMISIBLE** la demanda interpuesta por G.V.G.V, **otorgándole el plazo de tres días a fin de que subsane las siguientes observaciones:**

- Adjuntar la partida registral del inmueble que se pretende la preferencia de pago.

¹ La recurrente citó como fundamento de hecho erróneamente el artículo 462° del Código Civil, debiendo haber citado el artículo 472°.

- Ofrecer garantía real o personal para responder por los ocasionales daños y perjuicios que la tercería pudiera causar (Artículo 535 del Código Procesal Civil).
- Adjuntar papeleta de habilitación del abogado patrocinante.
- Adjuntar recibo por reintegro en concepto ofrecimiento de pruebas, por ser insuficiente el monto abonado en relación con su petitorio.

D. ESCRITO DE SUBSANACION.

Con fecha 20 de abril de 2011, la recurrente cumple con subsanar las observaciones, adjuntando los siguientes documentos:

- Partida registral del inmueble.
- Arancel judicial.
- Papeleta de habilitación.
- Caucción juratoria por firma legalizada.

E. AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA.

- Con fecha 06 de junio de 2011, el Segundo Juzgado Civil Sub-especialidad Comercial de Lima, **ADMITE** a trámite la demanda sobre Tercería Preferente de Pago, en la vía del proceso Abreviado y corriéndose traslado por el plazo de **diez días** a los emplazados para contestar la demanda, ofreciéndose los medios probatorios indicados en la demanda, y agregándose a los autos los anexos correspondientes.
- Con fecha 20 de junio de 2011, mediante Resolución N° 3, el Segundo Juzgado Civil Sub-especialidad Comercial de Lima, ordena suspender el pago a la Entidad Financiera, hasta que se resuelva de forma definitiva la demanda de tercería; **declarando NULO el numeral tercero de la parte**

resolutiva de la Resolución N° 2, en lo referido a la suspensión del proceso.

F. APELACION DE AUTOS.

Con fecha 23 de junio de 2011, el representante legal de la ENTIDAD FINANCIERA interpone Recurso de Apelación contra el Auto N° 2 de fecha 6 de junio de 2011 cuestionando el extremo de la parte Resolutiva en la que se ordena:

- i) Admitir a trámite la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por Doña G.V.G.V.
- ii) Suspender la ejecución del proceso judicial sobre Ejecución de Garantía seguido por la ENTIDAD FINANCIERA contra D.I.D. S.A.

a) Fundamentos de hecho:

1. Que, con fecha 3 de octubre de 2006, la ENTIDAD FINANCIERA interpuso demanda de Ejecución de Garantía Hipotecaria contra D.I.D. S.A. y su co-demandado, fiador solidario y garante hipotecario, el Sr. A.P.D.G. Demanda que fue admitida a trámite mediante Resolución N° 2 de fecha 26 de octubre de 2006.
2. Que, con fecha 23 de abril de 2007, mediante Resolución N° 14 se dicta la orden de remate del inmueble materia de ejecución.
3. Que, con fecha 5 de abril de 2011², la Sra. G.V.G.V interpuso demanda de Tercería Preferente de Pago a efectos que se declare su preferencia en el

² El escrito de demanda es fecha 05 de abril de 2011, sin embargo, la fecha de presentación de la demanda es el día 08 de abril de 2011.

pago en virtud de los créditos alimentarios impagos que mantenía a esa fecha frente al señor A.P.D.G.

4. Que, mediante Resolución N° 2 de fecha 6 de junio de 2011, al admitirse a trámite la demanda interpuesta por la Sra. G.V.G.V. contra la ENTIDAD FINANCIERA y otros sobre Tercería Preferente de Pago en vía de Proceso Abreviado, el **Juzgador habría obviado calificar la legitimidad para obrar activa para solicitar la pretensión invocada, así como el interés para obrar de la parte demandante.**

5. Que, asimismo la ENTIDAD FINANCIERA alega, que la **Tercerista** utiliza la legislación peruana vigente en virtud a una interpretación excesivamente amplia de la norma. Así la defensa de la ENTIDAD FINANCIERA incorpora y señala el orden de prelación que otorga el principio **“par conditio creditorum”** y los supuestos en los que por imperativo legal se concede a ciertos créditos preferencia sobre los demás, citando como ejemplo los siguientes: *i) la prelación que establece nuestra Carta Magna en su artículo 24° respecto de la preferencia que tiene el pago de las remuneraciones frente a otras obligaciones, ii) la prelación que establece la Ley N° 27809 en su artículo 42° respecto de la preferencia en segundo grado que tiene los créditos alimentarios, iii) la prelación que establece el Código Tributario en su artículo 6° respecto de la preferencia que tiene el pago de las remuneraciones, alimentos, hipoteca, y deudas tributarias frente a otras obligaciones.*

a.1) Del agravio Causado:

- En virtud de lo mencionado en los párrafos precedentes, se identifica que el agravio causado mediante la Resolución impugnada, consiste en que el órgano **“A Quo”** no ha valorado correctamente la legitimidad para obrar activa ni el interés para obrar de la demandante, vulnerándose de esta forma el derecho que tiene la ENTIDAD FINANCIERA en su condición de acreedor

preferencial del crédito **PUBLICO, CIERTO, EXPRESO, LIQUIDO Y EXIGIBLE** materia de cobro en el proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria seguido contra A.P.D.G (Expediente N° 5712-2006).

- En virtud de lo mencionado hasta este punto, el representante legal de la ENTIDAD FINANCIERA solicita se Revoque lo dispuesto mediante el Auto Admisorio (Resolución N° 2, de fecha 6 de junio de 2011), y, en consecuencia, se declare IMPROCEDENTE la demanda por carecer la demandante de legitimidad para obrar.

b) Fundamentos de derecho:

La ENTIDAD FINANCIERA ampara el Recurso de Apelación en la siguiente normatividad:

- **Constitución Política del Perú:**

Artículo 24°: Referido a las normas constitucionales en defensa de los derechos del trabajador.

- **Código Civil:**

Artículo 2016°: Referido al principio de prioridad que otorga el registro.

Artículo 2022°: Referido a la norma de oposición de los derechos reales, y, la ley aplicable en caso que se trate de derechos de distinta naturaleza.

- **Código Procesal Civil:**

Artículo 364°: Referido al objeto del Recurso de Apelación.

Artículo 365°: Referido a la procedencia del Recurso de Apelación.

Artículo 427°: Referido a los supuestos de improcedencia de la demanda.

Artículo 537°: Referido a los efectos de la tercería de derecho preferente (suspensión del pago a favor del acreedor, más no la suspensión del proceso principal).

Artículo 726°: Referido a la intervención de otro acreedor.

c) Medios probatorios:

La ENTIDAD FINANCIERA ofrece como medios probatorios la siguiente documentación:

1. Mérito de la demanda de Ejecución de Garantía Hipotecaria.
2. Mérito de la Resolución N° 2 (Mandato de Ejecución).
3. Copia Simple Resolución N° 27 (admisión de apersonamiento de tercero no ejecutante – Expediente 5712-2006).
4. Copia simple partida electrónica N° 000000, respecto al inmueble ubicado en el Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima.
5. Copia simple de la ficha RUC de la entidad financiera.
6. Copia legalizada de poderes del representante legal de la empresa.
7. Copia simple del Documento Nacional de Identidad del representante legal.
8. Tasa por solicitud de apelación de autos.
9. Cédulas de notificación.

G. CONTESTACION DE LA DEMANDA Y DEDUCCION DE EXCEPCION.

Con fecha 01 de julio de 2011, el representante legal de la ENTIDAD FINANCIERA contesta la demanda interpuesta por Doña G.V.G.V, interponiendo excepción de falta de legitimidad para obrar activa, solicitando lo siguiente:

- i) Se declare FUNDADA la excepción propuesta
- ii) Se declare IMPROCEDENTE la demanda de tercería preferente de pago interpuesta por Doña G.V.G.V.

a. Fundamentos de hecho:

1. Que, con fecha 3 de octubre de 2006 la ENTIDAD FINANCIERA interpuso demanda de Ejecución de Garantía Hipotecaria contra D.I.D. S.A. y su co-demandado, fiador solidario y garante hipotecario, el Sr. A.P.D.G. Demanda que fue admitida a trámite mediante **Resolución N° 2** de fecha 26 de octubre de 2006.
2. Que, con fecha 23 de abril de 2007, mediante Resolución N° 14 se dicta el orden de remate del inmueble materia de ejecución.
3. Que, mediante escrito de fecha 11 de enero de 2010, la señora G.V.G.V solicita que se le incorpore al proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria iniciado por la ENTIDAD FINANCIERA en condición de “tercera acreedora no ejecutante”.
4. Mediante Resolución N° 27 de fecha 25 de enero de 2010, se resolvió tener por incorporada a la Sra. G.V.G.V en su calidad de “tercera acreedora no ejecutante”.
5. Con fecha 5 de abril de 2011, la Sra. G.V.G.V interpuso demanda de Tercería Preferente de Pago a efectos que se declare su preferencia en el pago en virtud de los créditos alimentarios impagos que mantenía a esa fecha frente al señor A.P.D.G.
6. Mediante resolución N° 2 de fecha 6 de junio de 2011, se admitió a trámite la demanda interpuesta por la Sra. G.V.G.V contra la ENTIDAD FINANCIERA y otros sobre Tercería Preferente de Pago en vía de Proceso Abreviado.
7. En este sentido, el Juzgador admitió a trámite la demanda sobre Tercería Preferente de Pago sin calificar el interés para obrar de la parte demandante.
8. Otro fundamento de hecho alegado por la ENTIDAD FINANCIERA, es el relacionado a que la Tercerista utiliza la legislación peruana vigente de

acuerdo a sus conveniencias, utilizando una argumentación en virtud de una interpretación excesivamente amplia de la norma. En este sentido, la ENTIDAD FINANCIERA cumple con mencionar el principio **“par conditio creditorum”** y los supuestos en los que por imperativo legal se concede a ciertos créditos preferencia sobre los demás, citando como ejemplo los siguientes: i) la prelación que establece nuestra Carta Magna en su artículo 24° respecto de la preferencia que tiene el pago de las remuneraciones frente a otras obligaciones, ii) la prelación que establece la Ley N° 27809 en su artículo 42° respecto de la preferencia en segundo grado que tiene los créditos alimentarios, iii) la prelación que establece el Código Tributario en su artículo 6° respecto de la preferencia que tiene el pago de las remuneraciones, alimentos, hipoteca, y deudas tributarias frente a otras obligaciones.

9. Otro punto sobre el que se hace hincapié en la contestación de la demanda está referida al Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Poder Judicial (REDAM), registro que tiene por finalidad anotar a aquellas personas que adeuden 3 cuotas sucesivas o no de sus obligaciones alimentarias establecidas por mandato judicial o en acuerdos conciliatorios. En este contexto, el Sr. A.P.D.G a la fecha de interposición de la demanda de tercería preferente de pago no se encontraba registrado en calidad de “deudor alimenticio”, hecho que constituye un indicio de la inexistencia del estado de necesidad de la demandante.

10. Del mismo modo, la ENTIDAD FINANCIERA deduce excepción de falta de legitimidad para obrar activa de la parte demandante en virtud a que el embargo que obra en la Partida Electrónica a favor de la demandante es posterior a la inscripción de la Hipoteca a favor de la ENTIDAD FINANCIERA, por ende, carece de legitimidad activa para interponer la pretensión, toda vez que tiene acreditado su derecho de cobro, pero respetando la prelación existen, ya que no existe ninguna norma legal que otorgue preferencia al

crédito alimentario (por su solo origen) frente al crédito preferente del acreedor hipotecario.

b. Fundamentos de derecho:

La ENTIDAD FINANCIERA ampara la Contestación de la Demanda y Deducción de Excepción de legitimidad para obrar activa, en la siguiente normatividad:

- **Constitución Política del Perú:**

Artículo 24°: Referido a las normas constitucionales en defensa de los derechos del trabajador.

- **Código Civil:**

Artículo 2016°: Referido al principio de prioridad que otorga el registro.

Artículo 2022°: Referido a la norma de oposición de los derechos reales, y, la ley aplicable en caso que se trate de derechos de distinta naturaleza.

- **Código Procesal Civil:**

Artículo 364°: Referido al objeto del Recurso de Apelación.

Artículo 365°: Referido a la procedencia del Recurso de Apelación.

Artículo 427°: Referido a los supuestos de improcedencia de la demanda.

Artículo 446°: Referido a la excepción de falta de legitimidad para obrar.

Artículo 537°: Referido a los efectos de la tercería de derecho preferente (suspensión del pago a favor del acreedor, más no la suspensión del proceso principal).

Artículo 538°: Referido a la convivencia y malicia del tercerista en relación con el demandado.

Artículo 726°: Referido a la intervención de otro acreedor.

c. Medios probatorios:

La ENTIDAD FINANCIERA ofrece como medios probatorios:

1. Mérito de la demanda de Ejecución de Garantía Hipotecaria (Expediente 5712-2006).
2. Mérito de la Resolución N° 2 (Mandato de Ejecución - Expediente 5712-2006).
3. Mérito de la Resolución N° 27 (admisión de apersonamiento de tercero no ejecutante – Expediente 5712-2006).
4. Copia literal actualizada de la partida electrónica N° 000000, respecto al inmueble ubicado en el Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima.
5. Copia simple de la ficha RUC de la entidad financiera.
6. Copia legalizada de poderes del representante legal de la empresa.
7. Copia simple de DNI del representante legal.
8. Tasa por ofrecimiento de medios probatorios y excepciones.
9. Cédulas de notificación.

OTROS ACTOS PROCESALES DESARROLLADOS DENTRO DEL PROCESO:

- Mediante Resolución N° 7 de fecha 05 de julio de 2011, se tiene por apersonado al proceso de Tercería Preferente de Pago a la ENTIDAD FINANCIERA, se tiene por contestada la demanda, igualmente, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios indicados por la parte demandada. Del mismo modo, se corre traslado de la Excepción de Falta de Legitimidad Activa de la demandante, y se tienen por otorgados los medios
- Mediante Resolución N° 8 de fecha 22 de agosto de 2011, se tiene por apersonado al proceso de Tercería Preferente de Pago al Sr. A.P.D.G.

- Mediante Resolución N° 9 de fecha 22 de agosto de 2011, se tiene por apersonado al proceso de Tercería Preferente de Pago a D.I.D. S.A.
- Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2011, la demandante cumple con absolver la excepción de falta de legitimidad para obrar interpuesta por la ENTIDAD FINANCIERA, manteniendo su posición respecto a que tienen legitimidad para obrar en virtud de la preferencia de pago que alega respecto del inmueble en cuestión.

H. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO Y CONCILIACIÓN.

En el presente caso no se llevó a cabo audiencia de conciliación en virtud a que los artículos 469°, 470° y 471° han sido derogados por el Decreto Legislativo N° 10770°, de fecha 28 de junio de 2008.

I. SANEAMIENTO.

El Juzgado resolvió declarando **INFUNDADA** la excepción de falta de legitimidad para obrar interpuesta, mediante Resolución N° 11 de fecha 16 de septiembre de 2011. Y, al no existir cuestionamientos de carácter formal que invaliden el proceso, se declaró **SANEADO** el proceso y la existencia de una relación jurídica procesal válida entre las partes de conformidad con el artículo 468° del Código Procesal Civil.

J. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

De conformidad a lo establecido en el artículo 468° del Código Procesal Civil, mediante Resolución N° 15 de fecha 21 de diciembre de 2011, se procedió a fijar el siguiente punto controvertido: **“Determinar si la parte demandante tiene preferencia para cobrar en prelación con respecto a la ENTIDAD FINANCIERA, la suma de S/. 125,000.00 nuevos soles”**

K. ADMISION DE LOS MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR LAS PARTES.

- El Juzgado procedió con la admisión de las pruebas ofrecidas por la parte demandante en su escrito de demanda, señalados en los numerales 1, 2, 3, 4, y 5.
- Respecto de la parte demandada, se admitieron las pruebas ofrecidas en su escrito de contestación señalados en los numerales 1, 2 y 3; declarándose **IMPROCEDENTE** de oficio los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 por no estar destinados a probar puntos controvertidos, dado que constituyen requisitos formales para la presentación de la demanda.
- Finalmente, siendo los medios probatorios documentales e instrumentales, no existe necesidad de realizar audiencia de pruebas, por lo que se comunica a las partes que los autos se encuentran expeditos para emitir sentencia.

OTROS ACTOS PROCESALES DESARROLLADOS DENTRO DEL PROCESO:

- Mediante Resolución N° 28 de fecha 02 de mayo de 2013, el juzgado ordenó notificar al alimentista G.M.D.G. en su domicilio consignado en Reniec a fin de que se apersona al proceso en calidad de demandante al haber adquirido la mayoría de edad y tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles.
- Mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2013, el Sr. G.M.D.G se apersona al proceso, dando de esta forma cumplimiento a lo establecido en la Resolución N° 28. En el mismo escrito, se otorga poder a favor de Doña G.V.G.V.
- En este sentido, mediante Resolución N° 29 de fecha 04 de junio de 2013, el Juzgado tiene por apersonada al proceso a G.V.G.V como apoderada que se indica en representación de G.M.D.G.

L. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Mediante Resolución N°32 de fecha 04 de noviembre de 2013, emitida por el 2° Juzgado Civil con Subespecialidad en lo Comercial de Lima, se declaró **INFUNDADA** la demanda interpuesta por G.V.G.V, **IMPROCEDENTE** respecto de las señoritas L.K.D.G. y H.J.D.G., y, **FUNDADA** la demanda en cuanto a la Preferencia de Pago para el señor G.M.D.G., en virtud de los siguientes fundamentos:

1. La controversia consiste en determinar la procedencia o no de declarar la preferencia del pago que la demandante sostiene tener dentro del proceso de Ejecución de Garantías (Expediente: 1572-2006), toda vez que su pago y medida cautelar han sido inscritas con anterioridad al bien materia de ejecución.
2. El derecho preferente reclamado se encuentra amparado únicamente a favor de G.M.D.G. (hijo de la demandante), en virtud que al momento de la interposición de la demanda (08 de abril de 2011), las hijas de la demandante de nombres L.K.D.G y H.J.D.G. eran mayores de edad en dicha fecha, es decir, tenían expedito su derecho para iniciar cualquier tipo de acción legal. Sin embargo, G.M.D.G. no contaba con la mayoría de edad al momento del inicio del proceso materia de análisis, es por ello, que se justifica su apersonamiento con posterioridad al inicio de la demanda.
3. En dicho contexto, se encuentra que el derecho alimentista, no recae en favor de la parte actora, toda vez que la sentencia emitida en el proceso de alimentos, fue emitida en favor de sus hijos cuando aún no gozaban de la mayoría de edad.
4. El derecho de carácter alimentista, no obstante encontrarse reconocido judicialmente con fecha posterior al derecho inscrito por la Entidad Financiera, es un derecho que ostenta prioridad respecto de la hipoteca, al encontrarse inmerso dentro del derecho constitucional de la persona,

regulado en el artículo N° 1 de la Carta Magna, pues con dicha institución se hace referencia a la vida, integridad física y libre desarrollo, que constituyen derechos que prevalecen sobre todo norma y/o derecho.

5. Debe indicarse que no se desconoce mediante este proceso los caracteres y beneficios derivados de la hipoteca como garantía real persecutoria por excelencia, sino que el presente es tan solo la de reconocer la preferencia suprema de los créditos alimentarios que ostenta la actora sobre los demás, entre ellos con garantías reales.

M. APELACION SENTENCIA.

Con fecha 04 de diciembre de 2013, el representante legal de la ENTIDAD FINANCIERA interpuso Recurso de Apelación contra la referida sentencia únicamente en el extremo que dispone declarar FUNDADA la demanda en cuanto a la preferencia de pago a favor del **Sr. G.M.D.G.**, que recae sobre el inmueble sito en el Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral N° 000000 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, hasta por la suma de S/. 125,000.00 nuevos soles; en virtud a los siguientes argumentos:

1. Que, la Resolución impugnada les causa agravio toda vez que se ha vulnerado el derecho a un debido proceso y el derecho de crédito, el cual se encuentra impago al momento de la Sentencia, el mismo que debe ser ejecutado según su naturaleza y estado del crédito, debiendo constituir la acreencia de la ENTIDAD FINANCIERA en PRIMERA Y PREFERENCIAL HIPOTECA frente al crédito de embargo inscrito por la Sra. G.V.G.V por el concepto de alimentos. Desconociéndose de esta forma los derechos adquiridos válidamente (preferencia) por la ENTIDAD FINANCIERA, y que son de público conocimiento por su inscripción y publicidad en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble de Lima.

2. Que, lo resuelto por el Juzgado resulta improcedente e ilegal al haberse establecido pese a la PRIMERA Y PREFERENCIAL HIPOTECA, una preferencia de pago del embargo inscrito por la parte demandante, la misma que fue interpuesta con posterioridad a la garantía real, con lo cual se vulneraría el derecho al debido proceso, implicándose los artículos 2016° y 2022° del Código Civil. En este sentido, el crédito hipotecario inscrito a favor de la ENTIDAD FINANCIERA debería tener preferencia en el pago frente al crédito alimentario, en virtud a que el **embargo por alimentos fue inscrito con fecha 27 de septiembre de 2007 en la Partida Registral de EL INMUEBLE, es decir, con posterioridad a la fecha de inscripción de la hipoteca de la ENTIDAD FINANCIERA sobre EL INMUEBLE materia de Litis.**
3. Que, la Sentencia de fecha 4 de noviembre de 201, otorga un derecho preferencial, al derecho alimentista, basándose ilegalmente y de manera arbitraria en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú así como en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que, en ninguno de estos preceptos legales se establece de “manera expresa y literal” la preferencia de los créditos alimenticios frente a cualquier otra garantía real pre-constituida.
4. Que, resulta evidente que el Juzgado desconoce principios y preceptos legales normativos reconocidos constitucionalmente y se genera un grado de incertidumbre jurídica frente cualquier acreedor con mejor derecho de acreencia inscrita.

N. SENTENCIA DE VISTA EMITIDA POR LA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL DE LIMA.

Mediante sentencia de vista emitida por la Primera Sala Comercial de Lima, de fecha 26 de junio de 2014, se señala que la falta de legitimidad para obrar activa

invocada por el demandado corresponde ser analizado en un pronunciamiento de fondo y no en la calificación de la demanda, toda vez que se trata sobre el fondo de la pretensión y no la falta de legitimidad activa del demandante; resuelven **CONFIRMAR** la Resolución N° 02, de fecha 06 de junio de 2011.

Del mismo modo, mediante la Sentencia de Vista en mención, se señala que el derecho de alimentos se encuentra plenamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, y su preferencia judicial frente a otros créditos patrimoniales debe quedar legítimamente establecida (la falta de determinación expresa en las disposiciones legales como la Ley del Sistema concursal y el Código Tributario no puede implicar una desprotección del principio del interés superior del niño); resuelven **CONFIRMAR** la sentencia apelada, que declara FUNDADA la demanda interpuesta el día 08 de abril de 2011 por doña G.V.G.V.

O. RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR EL DEMANDADO.

Con fecha 05 de agosto de 2014, la parte demandada interpone Recurso de Casación contra la Resolución de Vista de fecha 26 de junio de 2014, señalando que al amparo del artículo 386° y siguientes del Código Procesal Civil, ha existido la **interpretación errónea de diversos artículos** que inciden directamente sobre la decisión contenida en la Resolución impugnada.

Para lo cual, señala que se ha realizado interpretación errónea de los siguientes artículos:

- i) Artículo 1° y 4° de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño.
- ii) Artículo 92° del Código de Niños y Adolescentes.
- iii) Artículo 472° del Código Civil.
- iv) Artículo 2016° del Código Civil concordado con el artículo 2022° del Código Civil.

En atención a que se ha realizado una interpretación errónea de la norma, la parte demandada alega que se ha vulnerado el derecho a un debido proceso, toda vez que pese a su Primera y Preferencial Hipoteca se ha dado preferencia al embargo inscrito por la demandante (alimentos) con posterioridad a la garantía real.

Con fecha 07 de agosto de 2014, la Sala de la Corte Superior de Justicia, CONCEDE el Recurso de Casación y ordenaron que los autos se eleven al Supremo Tribunal.

P. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA.

Mediante Sentencia de Casación N° 2728-2014, de fecha 19 de agosto de 2015, emitido por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, que declara **INFUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por la parte demandada, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha 26 de junio de 2014.

Sin embargo, la Sentencia de Casación N° 2728-2014 contiene un voto discordante, emitido por uno de los Magistrados, que declara **FUNDADO** el Recurso de Casación interpuesto por la parte demandada, por tanto, **SE CASE** la sentencia de vista de fecha 26 de junio de 2014, en consecuencia, **NULA** la misma; y, **SE ORDENE** a la Sala Superior expida nueva resolución con arreglo a lo actuado y al derecho.

▸ Fundamentos por el que se declara INFUNDADO el Recurso de Casación:

Si bien el recurrente alega que se han transgredido los alcances que regulan los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de Los Niños y Adolescentes, por cuanto a su entender dichos preceptos legales no

establecen la preferencia de crédito de los alimentos; cierto también lo es, que debe observarse en primer lugar que para el caso de tercería no se precisa que el derecho del actor que tenga que oponerse al derecho del demandado deba estar inscrito con anterioridad, de lo que se colige que resulta suficiente contar con un documento que dé certeza que el derecho invocado por el actor resulta estar en primer orden de preferencia.

En este sentido, el Tribunal da por válido la sentencia expedida en el Proceso número 958-1999 (sobre alimentos), debido a que contienen fecha cierta del momento en que se adquirió dicho derecho.

► Fundamentos por el que se declara FUNDADO el Recurso de Casación:

Debe precisarse que la Hipoteca acorde a lo establecido por el artículo 1097 del Código Civil, otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta del bien inmueble hipotecado, es decir, el derecho de garantía hipotecaria otorga un derecho preferente por imperativo legal.

De lo establecido por el artículo 1099º inciso 3 del Código Civil, se interpreta que la prioridad será determinada por el tiempo de su inscripción que otorga el registro (en concordancia con el artículo 2016º del mismo cuerpo legal). Por tanto, se distingue el derecho de crédito preferente de pago frente al derecho registral preferente.

Las normas a las que hace mención la demandante (sobre prelación) no corresponden ser aplicadas al caso de autos en virtud de la especialidad de dichas normas.

Teniendo la garantía hipotecaria por imperio de la ley la calidad de preferente (prohibición de aplicación por analogía), y, no existiendo un menor de edad que motive la aplicación del interés superior del niño, corresponde la prelación a la parte demandada.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.

➤ LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA:

Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece: *“El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar...”*

Del mismo modo, el citado cuerpo legal establece en su artículo 427° que: *“El juez declara improcedente la demanda cuando: 1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar, 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar...”*

En el caso materia de análisis, la Sra. G.V.G.V actúa en su propio nombre y derecho, debiendo haber sido lo correcto actuar en nombre y representación de sus “menores hijos”. Sin embargo, durante el desarrollo del proceso se identifica que al momento de la presentación de la demanda dos de sus hijas ya habían adquirido la mayoría de edad, y, el tercer hijo aún era menor de edad, pero se encontraba a cuatro meses de cumplir la mayoría de edad.

En este sentido, cabe recalcar que las personas físicas que no gozan del pleno ejercicio de sus derechos civiles (como por ejemplo menores de edad – Artículo 42° Código Civil) han de comparecer mediante la representación o asistencia de sus padres según las normas referentes a la patria potestad, en virtud de lo establecido en el artículo 45° del Código Civil.

Se debe tener presente, que la representación procesal en los casos de alimentos se encuentra regulado por el artículo 561° del Código Procesal Civil , el cual desarrolla en su segundo inciso que: *“Ejercen la representación procesal: El padre o la madre del menor alimentista, aunque ellos mismos sean menores de edad”*.

En consecuencia, una de las problemáticas desarrolladas en el presente proceso ha sido la falta de la regularización de la legitimidad activa, como presupuesto de procedibilidad de la demanda, así como, el hecho que haya desaparecido la representación procesal por parte de la demandante original (Sra. G.V.G.V.), lo que origina que respecto de ella se declare infundada la demanda.

Un aspecto importante en el proceso es que las dos hijas mujeres de la demandante también formaron parte integrante del proceso de alimentos originario, pero el juzgado y la Sala Superior han considerado que se les deja a salvo su derecho por no haber intervenido en el presente proceso, declarando improcedente la demanda respecto de ellas, merituando también que ambas contaban con 21 y 25 años respectivamente al inicio del proceso de tercería.

En ese sentido, podemos observar que puede discutirse si estas dos personas tenían un derecho válido de ser reclamado en el proceso de tercería, toda vez que mantenían la calidad de alimentistas al no observarse ninguna pieza procesal ni declaración de las partes procesales sobre la existencia de un proceso de extinción de alimentos u otro análogo que permitiese observar la calidad de parte. Aunado a ello, se debe tener presente que el juzgado no ordenó la notificación a las referidas personas limitándoles sus derechos a intervenir en el presente proceso, y perjudicando con la sentencia el ejercicio del mismo (Véase Resolución N° 28 de fecha 02 de mayo de 2013).

Con relación a este último aspecto, se debe tener en cuenta que al momento de apersonarse el hijo de la demandante -a quien únicamente se le ampara en la demanda-, éste adjunta un poder en el que se puede apreciar la representación de los 3 hijos a favor de la madre (demandante primigenia). Lo que debió generar que la judicatura notificara también a las dos hijas para que se apersonen al proceso, puesto que conforme lo he señalado, no contaban con ninguna sentencia de exoneración de alimentos u otro proceso que le restringiera tal proceso.

➤ **CAPACIDAD PARA OBRAR DE LA DEMANDANTE:**

Respecto a la capacidad para obrar se debe hacer especial mención a lo establecido en el artículo 58° del Código Procesal Civil (capacidad para comparecer en un proceso) en concordancia con lo establecido en el artículo 63° del mismo cuerpo legal (necesidad de representación procesal). En este sentido, y reforzando lo mencionado en los párrafos precedentes, la Sra. G.V.G.V debió haber actuado en nombre y representación de sus hijos y no en nombre propio.

➤ **INTERPRETACION DEL ORDEN DE PRELACION DE DERECHOS:**

En primer lugar, debemos estar a lo dispuesto por el Principio “*par conditio creditorum*”, principio que considera que todos los créditos tienen el mismo y rango, así mismo, se equipara a todos los acreedores en igualdad de condiciones.

No obstante, en nuestro ordenamiento existen imperativos legales mediante el cual se rompe el principio mencionado en el párrafo precedente, determinando algunos supuestos en los que se concede a ciertos tipos de créditos una preferencia respecto a otros créditos. En este sentido, podemos mencionar las siguientes normas especiales:

- En primer lugar, debemos hacer referencia a lo establecido en el artículo 24° de nuestra Carta Magna, mediante el cual se otorga a los créditos de origen laboral el primer orden de preferencia respecto a otros créditos.
- En segundo lugar, haremos referencia a lo establecido en el artículo 42° de la Ley N° 27809, “Ley General del Sistema Concursal”, mediante el cual se establece un orden de prelación en favor del pago de los créditos de origen laboral en primer orden, y, en segundo grado a favor de los créditos alimentarios.
- En tercer lugar, haremos mención de lo establecido en el artículo 6° del “Texto Único Ordenado del Código Tributario”, que otorga prelación a favor de los créditos de origen laboral e incluso llegando a establecer la misma preferencia

para los alimentos, hipoteca o cualquier otro derecho real **inscrito en el correspondiente Registro**. (el énfasis y subrayado es mío).

Al respecto, y adentrándonos en la materia, cabe precisar que la hipoteca fue inscrita con fecha 17 de julio de 2001, mientras que el primer embargo por alimentos fue inscrito con fecha 16 de enero de 2006, es decir, con posterioridad a la fecha de inscripción de la hipoteca en la partida del inmueble materia de controversia.

En este sentido, cabe mencionar que la ley concede una preferencia de cobro respecto a otros créditos en virtud de razones de índole social o de política económica, rompiendo de esta forma el principio de *“par conditio creditorum”*.

Para el caso materia de análisis, nuestro ordenamiento jurídico no otorga ningún tipo de preferencia en el pago al crédito de origen alimentario dentro de un proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria.

El ámbito de aplicación de Ley General Concursal (artículo 2° inciso 1) establece la obligatoriedad de la aplicación de esta norma para procedimientos concursales de los deudores que se encuentren domiciliados en el país.

Del mismo modo, el artículo 2° inciso 3 de la Ley Concursal, establece que las disposiciones previstas en dicha ley se aplicaran preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas.

Lo que pretende la parte demandante es que se le reconozca que su derecho de crédito por tratarse de una deuda alimentaria tenga prelación respecto de una acreencia hipotecaria del Banco Ejecutante (el cual tiene un derecho preferente establecido por ley).

De igual forma, para un mayor análisis del caso, es preciso tener en consideración lo establecido inicialmente por el Juzgado en el apartado tercero de la Resolución N°

Veintisiete, de fecha 25 de enero de 2010, respecto del expediente N° 5712-2006 sobre Ejecución de Garantía Hipotecaria, mediante el cual el juzgado hace el siguiente pronunciamiento: “...*Sin embargo el orden de prelación no es el que señala...*” y “*Tener por apersonado al proceso a G.V.G.V en calidad de acreedor no ejecutante*”.

Otras cuestiones que deben ser analizadas en el presente caso:

Dudoso resulta que en la copia literal de la empresa adjuntada en el escrito de apersonamiento de D.I.D. S.A. al proceso de tercería, de fecha 30 de junio de 2011, se puede apreciar como directora a la Sra. L.K.D.G., una de las alimentistas.

No menos extraño resulta que la Sra. G.V.G.V desde el año 1998 (inicio la demanda de alimentos) no haya ejercido ninguna acción en contra del Sr. A.P.D.G para que cumpla con su obligación. No es sino después de 8 años, y, cuando dos de sus tres hijos ya habían adquirido la mayoría de edad.

Del mismo modo, resulta extraño que el producto del embargo ascienda a la cantidad de 150,000 soles. En este sentido, me permito realizar la hipótesis de que el Sr. A.P.D.G no cumplió con abonar ni una sola cuota de su obligación alimentaria desde el momento que se inició la demanda (1998) hasta el año 2010 (ultima anotación de embargo), estaríamos frente a la cantidad de 144 mensualidades impagas aproximadamente, cada una a razón de S/ 600.00, lo que daría un resultado de 86,400 (más intereses), resultando ser una cifra muy por debajo de los 150,000 soles anotados en concepto de embargo.

Por otro lado, tenemos la argumentación utilizada por la tercerista, en el sentido que invoca el derecho al interés superior del niño, siendo que, al momento de iniciar la demanda dos de sus tres hijos ya eran mayores de edad, y el tercero cumplía la mayoría de edad a los pocos meses de iniciado el proceso.

Finalmente, otro dato curioso y que también debió haber sido analizado oportunamente por los jueces, está referido a que en el Documento Nacional de Identidad del Sr. G.M.D.G (el menor de los hijos que se apersona al proceso) figura como domicilio la

dirección del inmueble materia de controversia. Es decir, pretende ejecutar el inmueble en donde domicilia.

ANALISIS COMPARATIVO - ORDENAMIENTO JURIDICO MEXICANO:

Al respecto, el ordenamiento jurídico Mexicano ha dado lugar a que el derecho alimentario sea preferente respecto de los derechos hipotecarios, pero atendiendo cada caso en concreto. Así, el artículo 165° del Código Civil establece: “*los cónyuges y los hijos, en materia de alimentos, **tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes** de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos*”. (El énfasis y subrayado es mío).

No obstante lo mencionado, en la praxis, esta preferencia no es declarada de manera absoluta; sino que se tendrá que tener en consideración distintos elementos al momento de decidir respecto de la prelación.

Realizando una comparativa entre la normativa Mexicana y Peruana en lo que respecta a la materia, establece la idea que la obligación de dar alimentos está fundada en la necesidad del acreedor alimentista, es decir, si no hay necesidad no hay obligación. En este sentido, la jurisprudencia Mexicana establece que la preferencia de los derechos alimentarios sólo podrán ser exigidos cuando se demuestre la necesidad del alimentista.

En ese orden de ideas, el acreedor alimentista deberá probar cuando menos:

1. La necesidad que tiene de recibir la pensión.
2. Demostrar que la persona quien demando por pensión de alimentos es la única persona que puede suministrárselos, ya que de existir otro obligado, dejaría de existir una necesidad encaminada a satisfacer el interés público, en virtud que el alimentista puede ser alimentado por otro obligado.

3. Demostrar que el deudor alimentario no tiene más bienes con los que responder su obligación.
4. Debe existir un título que funde su preferencia. Es decir, deberá existir cuando menos una orden de embargo, ya que la sentencia dictada en el proceso de alimentos (en la que el acreedor hipotecario no fue parte) no será válido para estos fines.

Por tanto, si el demandante tercerista no incorpora dentro del proceso los elementos probatorios mencionados supra, no podrá resolverse en favor del acreedor alimentista, a pesar que la norma otorga el supuesto caso de preferencia para los créditos alimentarios.

A modo de conclusión, citando al Licenciado Salvador Chávez Hayhoe: *“la hipoteca es un pasivo del deudor, y un activo para el acreedor, tomar una cantidad perteneciente a este último para dar los alimentos a los hijos del primero, equivale a tanto como quitar los alimentos al segundo”*³.

Entonces podríamos hacernos la pregunta que se hace Chávez Hayhoe: “¿Sería jurídico, lógico y moral, que al pasar la finca a un tercero que debe alimentos, desapareciera la garantía?”

➤ **EL REGISTRO COMO INSTRUMENTO DE Oponibilidad Frente a Terceros:**

En este apartado se debe hacer referencia a lo establecido en el artículo 2016° del Código Procesal Civil en perfecta consonancia con lo establecido en el artículo 2022° del mismo cuerpo legal; referido a la preferencia de los derechos que otorga el registro, dándole prioridad en el tiempo a todos aquellos derechos que hayan sido inscritos con anterioridad.

³ CHAVEZ HAYHOE, S., “Hipoteca y Alimentos Su Preferencia”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 3, México, 1939, óp., cit., p. 317-318.

En este sentido, los magistrados deciden realizar una interpretación de forma restrictiva de los artículos en mención, no otorgándole la debida interpretación, sin tener en consideración que para oponer derechos reales sobre los mismos es preciso que el derecho que se opone esté inscrito.

➤ **INTERPRETACIÓN DE LA NORMA POR ANALOGÍA:**

Como ya se ha mencionado en párrafos precedentes, la demandante solicita se realice se aplique normativa distinta al derecho común, normativa especial que establece como preferente los créditos alimentarios, en contraposición a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo 2022° del Código Civil, que establece que se deberá aplicar lo establecido por el derecho Común, es decir, para la resolución del caso materia de análisis los magistrados debieron avocarse a lo establecido por el derecho común.

En este sentido, la normativa invocada por la parte demandante no debieron ser aplicadas para el caso en concreto, sobre todo teniendo en consideración que es la ley quien otorga la calidad de preferente, y, siendo que en el caso en concreto no existía conflicto alguno en relación a la preferencia, puesto que un derecho de embargo había sido inscrito con posterioridad al derecho de hipoteca.

Reforzando la argumentación, la parte demandante invoca la aplicación por analogía de la norma argumentando que el interés superior del niño y adolescente contenida en el artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, siendo que en el caso materia de análisis no se aprecia la intervención de un menor de edad.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

En virtud de lo mencionado en apartados anteriores, esta parte considera que en todas las instancias se ha realizado una interpretación errónea de la norma, concediendo derechos por la aplicación analógica de normas especiales a un supuesto que deberían haber actuado bajo los principios del derecho común.

En este sentido, los magistrados pueden haber incurrido en error involuntario, como el detectado en la sentencia de vista, en el apartado 6 de su parte expositiva (respecto a la apelación iniciada contra la resolución número 32), donde hacen referencia a que el objeto del proceso es determinar la preferencia de pago que la demandante alega tener dentro del proceso de ejecución de garantías (Expediente: 1572-2006), cito textual: **“toda vez que su pago y la medida cautelar han sido inscritas con anterioridad al bien materia de ejecución”**, argumento que obra en fojas 596-597. (El énfasis y subrayado es mío).

En virtud de lo establecido en el artículo 533° del Código Procesal Civil, se advierte, entonces, que es posible la interposición de una demanda de tercería, siempre y cuando el derecho del tercerista se encuentre inscrito con anterioridad a dicha afectación.

Por tanto, en el caso materia de análisis se advierte claramente que el derecho de la Entidad Financiera fue inscrito con anterioridad y por tanto debe tener prevalencia. Se tendría que haber aplicado la prelación que establece nuestro ordenamiento jurídico para estos casos. Es decir, tendría que haberse declarado la prelación de la Hipoteca por ser anterior al embargo, sin tener en consideración que se trataba de un supuesto derecho alimenticio.

IV. CONCLUSIONES:

Los derechos reales regulan el poder jurídico que tienen las personas respecto a los bienes, es la relación que tiene una persona con los bienes. Entre los derechos reales, el derecho real por excelencia es el derecho de propiedad, aquel que brinda la totalidad de facultades que puedan ser ejercidas respecto de un bien (sea bien mueble o inmueble); en este sentido, permite a las personas usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien.

El derecho de propiedad al ser un derecho subjetivo, merece la protección máxima, tanto para el propietario actual, propietarios futuros y terceros. Teniendo especial consideración a que es un medio de generación de riqueza.

Es por eso que nuestra legislación otorga a través del derecho común en perfecta concordancia con el sistema registral, esta protección mencionada. Debiendo tenerse en especial consideración que nuestro sistema registral debe ser utilizado de forma tal que sea una herramienta que brinde seguridad jurídica para toda la población, no incursionando en la inutilidad de este sistema.

En virtud de lo mencionado, un acto considerado "*inter partes*" o que no sea de conocimiento público, no puede primar respecto un acto "erga omnes" u oponible a terceros.

En este sentido, en virtud del caso materia de análisis, el otorgar prelación a un derecho que ha sido inscrito con posterioridad a otro, la consecuencia a futuro que puede acarrear es el de la inseguridad jurídica, en el sentido que a futuro se podrán generar sentencias contradictorias, e inclusive, podría dar lugar a que personas aprovechándose de estas circunstancias, actúen de mala fe con la intención de evadir sus responsabilidades crediticias.

Es por todo lo expuesto anteriormente que, debo señalar mi disconformidad con lo resuelto por la sentencia expedida por la Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior, la cual CONFIRMA la sentencia apelada.

Finalmente, debo señalar mi conformidad y cercanía al voto discordante emitido por la Magistrada Suprema, la cual declara FUNDADO el Recurso de Casación y ordena se expida nueva resolución con arreglo a ley.

V. NORMATIVA APLICADA:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

Artículo 1° y 4°: Referido a la defensa de la persona humana y la protección familiar.

Artículo 24°: Derechos del Trabajador.

CÓDIGO CIVIL:

Artículo 472°: Referido a la definición de alimentos.

Artículo 1097°: Referido al derecho de persecución y preferencia de los acreedores.

Artículo 1099°: Referido al registro de la hipoteca como requisito de validez.

Artículo 2016°: Referido al principio de prioridad.

Artículo 2022°: Referido a la oposición de derechos reales.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Artículos 196° y 197°:

Artículos 130°, 131°, 133°, 424° y 425°: Referido a los requisitos generales de admisión de la demanda.

Artículos 357° y 358°: Referido a los requisitos de medios impugnatorios.

Artículo 364°: Referido al Recurso de Apelación.

Artículos 384 y siguientes: Referido al Recurso de Casación.

Artículos 426° y 427°: Referido a las causales de inadmisibilidad e improcedencia de la demanda.

Artículo 533°, 535°, 537° y 538°: Referido a la tercería.

Artículo 726°: Referido a la intervención de otro acreedor.

Otras Normas:

Ley N° 27809, "Ley General del Sistema Concursal".

Texto Único Ordenado del Código Tributario.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- CHAVEZ HAYHOE, SALVADOR, “Hipoteca y Alimentos Su Preferencia”, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 3, México, 1939.
- MAXIMO CASTILLO QUISPE y EDWARD SANCHEZ BRAVO, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Jurista Editores, Lima, Perú, 2008.
- MARIANELLA LEDESMA NARVAEZ, “Comentarios al Código Procesal Civil”, Primera Edición, Lima, Perú, 2008.
- CODIGO CIVIL COMENTADO, TOMO X, “Registros Públicos”, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, Lima, Perú, 2011.
- JULIO POZO SANCHEZ, “Summa Civil”, Editorial Nomos & Thesis, Primera Edición, Lima, Perú, 2018.
- MANUEL ORTELLS RAMOS Y OTROS, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Thomson Reuters, 16° Edición, España, 2017.

VII. ANEXOS.

A. Resolución de la Corte Suprema.

692

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

Sumilla: Si bien el Banco recurrente alega la transgresión de los Artículos 472° del Código Civil y 92° del Código de los Niños y Adolescentes, debe observarse primeramente que nuestro ordenamiento procesal, para el caso de tercería no precisa que el derecho del actor que tenga que oponerse al derecho del demandado, deba estar inscrito con anterioridad, de lo que se colige que resulta suficiente contar con un documento que de certeza que el derecho invocado resulte estar en primer orden de preferencia al de la contraparte. En ese sentido y atendiendo a los criterios de preferencia, basta que se presente como título que justifique su mejor orden de prelación la sentencia expedida en el proceso número 958-99 sobre Alimentos, por cuanto el mismo fue amparado bajo una correcta y debida aplicación de lo regulado por los preceptos acotados. Asimismo, se acreditó del estado de necesidad, pues, la sentencia de alimentos fue amparada en todos sus extremos disponiéndose que [REDACTED] --progenitor de [REDACTED] --quien a la fecha de la interposición de la demanda era menor de edad- pague por alimentos la suma de seiscientos nuevos soles procediendo a trabarse embargo sobre el inmueble materia de tercería- disposición que además al haber sido incumplida, fue materia de variación en sus montos.

Lima, diecinueve de agosto
de dos mil quince.

I. MATERIA DEL RECURSO: -----

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y nueve interpuesto por el [REDACTED] contra la sentencia de vista de fojas quinientos noventa y dos, de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la decisión apelada que declaró fundada la demanda en cuanto a la preferencia de pago para [REDACTED] sobre la realización del inmueble ubicado en el [REDACTED] Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral número [REDACTED] hasta por la suma de ciento veinticinco mil nuevos soles (S/.125,000.00), con costas y costos.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: -----

Esta Sala Suprema Civil Transitoria mediante resolución de fecha dieciocho de diciembre de dos mil catorce declaró procedente el recurso de casación por: a) **Infracción normativa material por interpretación errónea de los artículos 472**

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

del Código Civil y 92 del Código de los Niños y Adolescentes; al respecto señala el Banco recurrente que se afecta su derecho toda vez que las instancias de mérito bajo una interpretación errada de las normas acotadas, establecieron que el concepto de alimentos que sirve de asistencia al niño y adolescente, no establece su preferencia judicial frente a otros créditos patrimoniales, máxime si en el presente caso, el beneficiario no resulta ser un niño y cuenta con un embargo inscrito sobre el inmueble materia de *litis* que protege su derecho de acreencia frente a terceros. De otro lado no se tomó en cuenta que el artículo 471 del Código acotado, prevé que el concepto de alimentos se encuentra dirigido al alimentista cuando es menor de edad, el mismo que comprende su educación, instrucción, capacitación para el trabajo; en el presente caso [REDACTED] cuenta con mayoría de edad; y b) **Infracción normativa material de los artículos 2016 y 2022 del Código Civil**; indica la parte recurrente que en el presente caso lo que se pretende es discutir la prioridad de un derecho adquirido por parte del [REDACTED], a pesar de que éste último tiene el derecho preferente por mandato expreso de la ley, de tal forma que se debe interpretar de forma tal que el derecho del crédito del demandante será pagado según su naturaleza y estado de crédito frente a la primera y preferencial hipoteca en atención al carácter real de ambos créditos "hipoteca y embargo". -----

III. CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Corresponde precisar que por causal de casación se entiende el motivo que la ley establece para la procedencia del recurso; pues, éste ha de sustentarse en motivos previamente señalados en la ley; es decir, puede interponerse por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma; considerándose como motivos de casación por infracción de la ley, la vulneración en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así como la falta de congruencia entre lo decidido y las pretensiones formuladas por las partes y, la falta de competencia; mientras que los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a las infracciones en el procedimiento. En tal sentido, si bien todas las causales suponen una vulneración de la ley; sin embargo, ésta puede darse en la forma o en el fondo; consiguientemente, al haberse declarado procedente el recurso por la denuncia casatoria de orden material corresponde efectuar un

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

699

CASACIÓN 2728-2014
LIMA
TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

análisis a fin de establecer si las normas invocadas han sido correctamente interpretadas. -----

SEGUNDO.- Siendo esto así, previamente a emitir pronunciamiento corresponde hacer una breve descripción del curso del proceso apreciándose lo siguiente:

██████████, mediante escrito obrante a fojas setenta y tres pretende se le declare su derecho de preferencia de cobrar —en primer orden de prelación con relación al ██████████ por la suma de ciento veinticinco mil nuevos soles (S/.125,000.00) del importe que provenga del remate público del bien inmueble sito en el ██████████

██████████ trece Distrito de Surquillo, Departamento de Lima. El ██████████ ██████████ mediante escrito de fojas doscientos dos, se apersona al proceso y contesta la demanda. El Segundo Juzgado Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, por resolución de fecha cuatro de noviembre de dos mil trece declaró fundada la demanda en cuanto a la preferencia de pago para ██████████

██████████ sobre la realización del inmueble *sublitis*; impugnada que fue dicha decisión la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, por auto de vista de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, confirmó la decisión apelada al considerar que el reconocimiento y preferencia del derecho alimenticio del niño o menor de edad frente a otros derechos patrimoniales se encuentra plenamente reconocido y resguardado en nuestro ordenamiento jurídico. La falta de determinación expresa en las disposiciones legales como la Ley del Sistema Concursal y el Código Tributario no puede implicar una desprotección del Principio del Interés Superior del Niño; por tal razón, la interpretación realizada por la Juez no resulta antojadiza, menos causa indefensión en perjuicio del apelante, pues se ajusta a la Constitución y a las normas del Debido Proceso; y, si bien el presente proceso tiene por objeto determinar la preferencia en el pago de la suma ascendente a ciento veinticinco mil nuevos soles (S/.125,000.00) por concepto de alimentos, no es menos cierto que dicho monto se encuentra establecido en la variación de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción trabado dentro del proceso de alimentos, conforme consta en la Partida número ██████████ de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos - SUNARP, por cuya razón, lo anotado por el recurrente también debe desestimarse, más aún si no explica cómo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

700

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

y cuáles serían los medios probatorios supuestamente no valorados; y cuáles serían los vicios presuntamente incurridos. De esta forma también podemos concluir que no se están desconociendo los caracteres y beneficios derivados de la hipoteca, como mal señala el recurrente, pues lo único que se está estableciendo es el carácter prioritario del derecho alimenticio de un menor de edad frente al crédito del Banco. En cuanto al argumento referido a que no se han aplicado las normas sustantivas de los artículos 2016 y 2022 del Código Civil, tampoco resulta suficiente para rebatir la preferencia tantas veces mencionada. Tanto el Principio de Prioridad como el Derecho de Oposición de Derechos Reales, constituyen normas sustantivas aplicables a la temática de los Registros Públicos, donde podrían discutirse pretensiones sobre créditos patrimoniales no de carácter alimentario; y siendo éste el derecho en discusión no podrían regirse por dichas normas; debiendo por ello desestimarse el argumento contenido en el numeral 1.5 del fundamento uno. Finalmente, el hecho de que el demandado [REDACTED]

[REDACTED] no se encuentre registrado como deudor moroso, en nada desvirtúa la preferencia del derecho alimenticio del menor a favor de quien se ha amparado la demanda de tercería; razón por la cual este argumento referido en el numeral 1.6 del fundamento uno no puede ser amparado. -----

TERCERO.- Argumentando su denuncia, la parte recurrente sostiene que con las decisiones adoptadas se transgrede su derecho, pues no se ha tomado en cuenta que de los preceptos legales invocados no se establece la preferencia judicial frente a otros créditos patrimoniales, máxime si en el presente caso no resulta ser un niño, desconociéndose la existencia de un embargo inscrito sobre el inmueble materia de *litis*; así, también refiere que se establece el concepto de alimentos, sin tener en cuenta que [REDACTED] cuenta con mayoría de edad. Finalmente refiere que no se ha tomado en cuenta su derecho de preferencia de pago en atención al carácter real de su crédito; correspondiendo a este Supremo Tribunal verificar si la decisión adoptada por la Sala de mérito fue expedida respetando lo dispuesto por el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que estatuye que los magistrados tienen la obligación de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

701

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia. -----

CUARTO.- De lo actuado en el proceso se desprende lo siguiente: 1.- Del proceso número 958-1999, seguido por [REDACTED] contra [REDACTED] sobre Alimentos, se tiene lo siguiente: a) La actora mediante escrito de fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y ocho pretende que el demandado le pague la suma de seiscientos nuevos soles (S/.600.00) mensuales, la misma que fue amparada en todos sus extremos por el Juez de la causa mediante resolución de fecha dieciocho de setiembre del año antes citado, decisión que fue declarada consentida mediante auto de fecha dos de noviembre de mil novecientos noventa y ocho; y, b) Siendo el caso, que el Juez de la causa, mediante auto de fecha diez de noviembre de dos mil cinco aprobó la liquidación de pensiones alimenticias devengadas hasta por la suma de cincuenta y ocho mil seiscientos once nuevos soles con treinta y siete céntimos (S/.58,611.37), procediéndose a trabar embargo en forma de inscripción hasta por la suma de sesenta mil nuevos soles (S/.60,000.00), respecto del inmueble inscrito en la Partida Electrónica número [REDACTED] del Registro de la Propiedad Inmueble (esto es, sobre el [REDACTED] [REDACTED] - Surquillo) registrándose dicho mandato el diez de febrero de dos mil seis. Asimismo, es de apreciarse que aprobada la liquidación de pensión de alimentos devengados, hasta por la suma de seis mil nuevos soles (S/.6,000.00), el Juez de la causa mediante resolución de fecha veintiséis de setiembre de dos mil seis varió la medida cautelar concedida hasta por la suma de setenta mil nuevos soles (S/.70,000.00) sobre el inmueble inscrito en la partida registral acotada, inscribiéndose dicho acto el dieciséis de diciembre de dicho año. También se aprobó la liquidación de pensiones alimenticias hasta por la suma de quince mil seiscientos nuevos soles, volviendo a variar la medida cautelar el A quo hasta por la suma de ciento diez mil nuevos soles, inscribiéndose dicho acto el veinticinco de febrero de dos mil diez, siendo el caso que por resolución de fecha doce de julio de dos mil diez se dispuso la variación de la medida cautelar hasta por la suma de ciento veinticinco mil nuevos soles, inscribiéndose dicho acto el veintiocho de octubre de dos mil diez. 2.- Del proceso número 2712-2006 seguido

702

CASACIÓN 2728-2014
LIMA
TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

entre el [REDACTED] con [REDACTED], sobre Ejecución de Garantías, se observa lo siguiente: a) Por auto de fecha veinticinco de enero de dos mil diez, el Juez de la causa tiene a [REDACTED] como apersonada al proceso en calidad de acreedor no ejecutante. -----

QUINTO.- Como sustento de su denuncia, la parte recurrente sostiene que se infringieron los alcances regulados por los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de Los Niños y Adolescentes, por cuanto la misma no establece su preferencia judicial frente a otros créditos patrimoniales, máxime si en el presente caso el beneficiario no resulta ser un niño en la actualidad y cuenta con un embargo inscrito; de otro lado como sustento de su denuncia referida a la transgresión de los artículos 2016 y 2022 del Código acotado, refiere que en el presente caso se pretende discutir la prioridad de un derecho adquirido por parte del [REDACTED], a pesar de que éste último tiene derecho preferente; por lo que debe verificarse si el fallo adoptado guarda correspondencia con lo previsto por el artículo 50 inciso 6 del Código Procesal Civil concordante con la norma contenida en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial *que estatuye que los magistrados tienen la obligación de fundamentar los autos y las sentencias bajo sanción de nulidad respetando los principios de jerarquía de las normas y de congruencia.* -----

SEXTO.- En principio, debe tenerse en cuenta que siendo el crédito, un instrumento financiero de uso generalizado, el cual se constituye sobre el compromiso de la parte deudora para atender en cantidad, plazo y forma las obligaciones de pago estipuladas y contraídas con la parte acreedora, cierto también es que sobre el mismo rige el Principio de Responsabilidad Patrimonial, el cual supone que **"el deudor responde por el cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes que integran su patrimonio"**, entonces entendemos que el patrimonio del deudor es la garantía común en todos sus acreedores para la satisfacción o cumplimiento de sus obligaciones, de lo cual se colige que todo acreedor debe recibir al menos igual trato para la satisfacción de sus créditos, lo que se conoce como la *conditio creditorum.* -----

SETIMO.- Siendo esto así, cada acreedor ante el incumplimiento del deudor podrá acudir al órgano jurisdiccional en busca de la satisfacción de su crédito de forma

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

singular; es decir, que cada uno entablará un proceso judicial en busca de la satisfacción de sus intereses sin importarles las de los demás acreedores, pero nada obsta que los otros acreedores puedan concurrir y solicitar hacer efectivos sus créditos con el producto de dinero que se obtendrá con la venta judicial del bien del deudor común, ello puede darse a través de la intervención como acreedores no ejecutantes o a través de la tercería de derecho preferente. -----

OCTAVO.- En ese contexto y acorde a lo regulado por el artículo 533 del Código Procesal Civil, por la **Tercería de Derecho Preferente** el acreedor preferente está facultado para pretender se le reintegre su crédito con preferencia al acreedor ejecutante. Es decir, la misma constituye oposición a un acto ejecutivo y no ha toda la ejecución, no tiende a impedir que el acto en si se lleve a cabo, sino que se realice con un determinado contenido, ya que el tercero pretende que se le entregue total o parcialmente el producto de la liquidación del activo con preferencia la que obtuvo el despacho de la ejecución; y es que este proceso se encuentra fuertemente influido por el Derecho Sustantivo sobre concurso y prelación de créditos, que conduce a establecer relaciones de preferencia o rango, las cuales se han de reflejar en el juicio de tercería imponiendo el signo jerárquico exigido por aquellas relaciones; sin más alteración en el proceso ejecutivo que dicha ordenación de preferencia. En ese contexto la relación de preferencia se produce solamente entre los titulares concurrentes, o sea, entre acreedores, sin afectar directamente al deudor común. Por ello, las cuestiones de preferencia deberían ventilarse sin necesidad de que fuera demandado el deudor. -----

NOVENO.- Según lo señalado por el Diccionario de la Academia de la Lengua Española la "preferencia", viene a ser primacía, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra, ya sea en el valor o en el merecimiento; y, los motivos que han impulsado al legislador a otorgar la preferencia no son arbitrarias apreciaciones, sino que se confirman a una poderosa razón objetiva que unas veces mueve a conceder la preferencia por un interés público y otras por razones de humanidad y en ocasiones, la particular situación de la cosa; en ese contexto la causa de preferencia de carácter objetivo, crea entre los titulares concurrentes la situación de desigualdad que excluye la aplicación de la normal ley del concurso.

704

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

Si un derecho ésta favorecido por una causa de preferencia, entonces prevalecerá en concurso con los demás que carecen de ella. -----

DÉCIMO.- Si bien la preferencia privilegiaria, es una cualidad especial del crédito legalmente atribuido; cierto también lo es que existen causas históricas de atribución legal de preferencia a un crédito, las mismas que se dan en atención a la persona del deudor *-privilegia personae-* y en atención a la relación jurídica *privilegia causa*. De otro lado, la preferencia real, es aquella que se deriva de la previa existencia de garantías reales, prenda o hipoteca, principalmente en una preferencia atribuida al crédito *-derecho accesorio-* y no al derecho de crédito; mientras que la preferencia documental consiste en los créditos recogidos en documento público o sentencia firme, los mismos que pese a no ser privilegiados se anteponen a las de otras formas, pues en ellos consta, sin duda, la fecha. Todos los demás créditos habrán de ser considerados no preferentes; y en ese sentido, el orden de prelación de estos créditos preferentes lo establece el Código Civil atendiendo a criterios puramente casuísticos. -----

DÉCIMO PRIMERO.- No obstante, ser la hipoteca *-acorde a lo regulado por el artículo 1097 del Código Civil - una garantía real que se constituye sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la Ley, cierto también lo es que el crédito hipotecario es de naturaleza muy especial, porque da derechos a acreedor y limita los del deudor sobre la cosa. -----*

DÉCIMO SEGUNDO.- Sin embargo, no debe perderse de vista que estando a lo indicado por la doctrina y conforme a lo preceptuado por los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de Los Niños y Adolescentes, los Alimentos, son aquellas obligaciones de los padres a los hijos, las mismas que se fundan en la necesidad que tiene el hijo de conservar la vida, alcanzando la calidad de derecho primario, por cuanto nace de las relaciones de la familia y por eso la ley obliga al padre, a la madre, hermanos, abuelos y parientes colaterales dentro del cuarto grado a ministrar alimentos, dado a que éste comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica; así como los gastos de educación e instrucción mientras sea menor de edad y aún después cuando no

CASACIÓN 2728-2014
LIMA
TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. La fijación de las pensiones, se dictan en base a la capacidad económica del alimentante y la necesidad del alimentista, siendo esta última el hecho generador de los créditos. –

DECIMO TERCERO.- Atendiendo a las denuncias invocadas por la parte recurrente y efectuada la revisión de autos, la suscrita concluye que la Sentencia de Vista expedida por la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima se encuentra arreglada a ley; y, si bien el Banco recurrente alega que se han transgredido los alcances que regulan los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de Los Niños y Adolescentes, por cuanto a su entender dichos preceptos legales no establecen la preferencia de crédito de los alimentos; cierto también lo es, que debe observarse en primer lugar que nuestro ordenamiento procesal, para el caso de tercería, no precisa que el derecho del actor que tenga que oponerse al derecho del demandado deba estar inscrito con anterioridad, de lo que se colige que resulta suficiente contar con un documento que dé certeza que el derecho invocado por el actor resulta estar en primer orden de preferencia al de la contraparte. En ese sentido y atendiendo a los criterios de preferencia descritos en el décimo considerando de la presente resolución, basta para la naturaleza del caso bajo análisis, que se presente como título que justifique su mejor orden de prelación la sentencia expedida en el Proceso número 958-1999 sobre Alimentos, por cuanto el mismo fue amparado bajo una correcta y debida aplicación de lo regulado por los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de Los Niños y Adolescentes; asimismo, debe atenderse que se habría cumplido con otro requisito exigido, esto es, la acreditación del estado de necesidad, pues, la sentencia de alimentos fue amparada en todos sus extremos disponiéndose en la misma que

██████████, progenitor de ██████████, quien a la fecha de la interposición de la demanda era menor de edad, pague por alimentos la suma de seiscientos nuevos soles (S/:600.00); procediendo a trabarse embargo sobre el inmueble materia de tercería; disposición que además, al haber sido incumplida, fue materia de variación en sus montos. De otro lado, si bien el Banco impugnante sostiene que al demandante no le alcanzaría el beneficio de orden de preferencia de pago por cuanto es mayor de edad, no debe dejar de apreciarse que los efectos de la sentencia dictada en el proceso de alimentos si le

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA

Xolo

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

alcanzarían por cuanto a la fecha del desarrollo de dicho proceso ha mantenido su calidad de alimentista, habiendo permanecido bajo el cuidado y protección de su progenitora, en donde como ya se indicó se dispuso el pago de una suma de dinero; por lo que las afirmaciones invocadas por la entidad Bancaria tampoco lograrían desvirtuar las decisiones adoptadas por las instancias de mérito; por lo que el recurso de casación deviene en infundado. -----

IV. DECISIÓN -----

Por las consideraciones expuestas y a tenor de lo establecido en el artículo 397 del Código Procesal Civil: declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y nueve interpuesto por el Banco de Crédito del Perú; **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas quinientos noventa y dos, de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, expedida por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] y otra, con el [REDACTED] y otros, sobre Tercería Preferente de Pago; y los devolvieron. Ponente Señora [REDACTED] Jueza Suprema.-

S.
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Engelina Bracamonte
gort
peru

Aa/jg/vco/Daj

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA [REDACTED] ES
COMO SIGUE: =====

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO.- Que, en el presente caso debe precisarse que la hipoteca acorde a lo establecido por el artículo 1097 del Código Civil otorga al acreedor los derechos

104 JULI 2014

Secretario(e)
Sala Civil Transitoria
CORTE SUPREMA

[Handwritten mark]

CASACIÓN 2728-2014

LIMA

TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO

de persecución, preferencia y venta del bien inmueble hipotecado; siendo esto así nuestro propio ordenamiento sustantivo concede al acreedor hipotecario un derecho preferente teniendo por tanto la garantía hipotecaria por imperio de la ley la calidad de preferente. -----

SEGUNDO.- Que, asimismo, constituye requisito de validez de la hipoteca que el gravamen se inscriba en el registro de la propiedad inmueble conforme lo establece el artículo 1099 inciso 3 del acotado **consiguientemente la prioridad en el tiempo de su inscripción determinará a su vez la preferencia de los derechos que otorga el registro según lo establece el artículo 2016 del Código Sustantivo** debiendo considerarse que 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 aquél a quien se opone tal como lo señala el artículo 2022 del precitado Dispositivo. -----

De lo antes expuesto se distingue el derecho de crédito preferente de pago del derecho registral preferente. -----

TERCERO.- Que, de otra parte debe anotarse que el embargo es la medida cautelar para futura ejecución forzada que puede solicitarse cuando la pretensión principal es apreciable en dinero y consiste en la afectación jurídica de un bien derecho del presunto obligado aunque se encuentre en posesión de tercero con las reservas que para este supuesto señala la Ley (artículo 642 del Código Procesal Civil), **siendo inscribible en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble (artículo 2019 inciso 7 del Código Civil).** -----

CUARTO.- Que, la ejecución forzada de los bienes inmuebles gravados con garantía real o afectados con medida cautelar de embargo se realiza mediante remate y adjudicación (artículo 735 del acotado). -----

QUINTO.- Que, según lo previsto por el artículo 100 segundo párrafo del precitado Código puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca su derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada de un

bien tramitándose dicha intervención de conformidad a lo dispuesto en el Sub Capítulo 5 Capítulo II Título II Sección Quinta del Código en mención esto es como Tercería prevista en el artículo 533 y siguientes del mismo Cuerpo de Leyes esto es como Tercería. _____

SEXTO.- Que, en el presente caso la Tercería demandada se sustenta en el derecho preferente que alega tener el demandante a ser pagado con el precio del bien sujeto a ejecución forzada por el acreedor hipotecario por contar con una medida cautelar de embargo inscrito la cual deriva de una deuda alimentaria. _____

SÉPTIMO.- Que, consiguientemente lo que pretende el demandante es que se determine que su crédito por tratarse de una deuda alimentaria tiene prelación, prioridad o preferencia frente a la acreencia hipotecaria del Banco ejecutante el cual tiene un derecho preferente establecido por la ley y se aplica cuando se presenta el concurso de acreedores y el del alimentista no ha sido determinado así por el legislador como si lo ha hecho por ejemplo respecto a los créditos laborales los cuales gozan de un privilegio especial que tiene base constitucional toda vez que el artículo 24° de la Constitución establece que el pago de las remuneraciones y de los beneficios sociales del trabajador tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. _____

OCTAVO.- Que, por otro lado, si bien en este sentido la Ley General Concursal prescribe en su artículo 42 el orden de preferencia en el pago de los créditos colocando los créditos alimentarios en el segundo orden y los créditos garantizados con hipoteca y las medidas cautelares que recaigan sobre los bienes del deudor en el tercero no obstante el artículo 2 de la misma referente a su ámbito de aplicación y aplicación preferente señala en su numeral 2.1 que dicha Ley se aplica obligatoriamente a los procedimientos concursales de los deudores que se encuentran domiciliados en el país sin admitir pacto en contrario y en el numeral 2.3 precisa que en la tramitación y resolución de los procedimientos concursales las disposiciones previstas en esa Ley se aplicarán preferentemente a cualquier otra norma que contenga disposiciones distintas. _____

709

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACIÓN 2728-2014
LIMA
TERCERÍA PREFERENTE DE PAGO**

NOVENO.- Que, por tanto, las disposiciones de la misma no corresponde que sean aplicadas al caso de autos y teniendo la garantía hipotecaria por imperio de la ley la calidad de preferente al no apreciarse conflicto alguno y más aún si la preferencia sólo existe en los casos establecidos por la Ley y por tanto no hay preferencias por analogía toda vez que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía tal como lo prescribe el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil al no apreciarse además la intervención de un menor edad que motive la aplicación del interés superior del niño y adolescente al haberse incurrido en infracción de las normas denunciadas contenidas en los artículos 92 del Código de los Niños y Adolescentes y 472, 2016 y 2022 del Código Civil. -----

Por tales consideraciones, **MI VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado [REDACTED] a fojas seiscientos sesenta y nueve; **SE CASE** la Sentencia de Vista de fojas quinientos noventa y dos, de fecha veintiséis de junio de dos mil catorce, expedida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima; en consecuencia **NULA** la misma; **SE ORDENE** a la Sala Superior expida nueva resolución con arreglo a lo actuado y al derecho y **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por [REDACTED] y otra con el [REDACTED] y otros, sobre Tercería Preferente de Pago; y se devuelvan.-

S.S.

[REDACTED]



JMT/DGJ



San Pedro de Macoris
CORTE SUPREMA