

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**¿PRESCRIPTIBILIDAD O IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL PROCESO
DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA EN UN
CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE?**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

LUIS FRANKLIN SALAZAR DIAZ

ASESOR

Mgtr. EVER DE LA CRUZ GONZÁLES

Chiclayo, 2019

DEDICATORIA

A mi padre José Luis.

Por su ejemplo de entereza y persistencia al afrontar los retos que el mismo se plantea; por su apoyo incondicional y la confianza depositada en mí, y en los proyectos personales que he emprendido hasta el momento.

A mi madre Bertha.

Por haberme apoyado en cada uno de los proyectos que emprendí hasta hoy, por su amor incondicional solo innato de una madre, por cada uno de sus consejos, por su ejemplo de constancia, perseverancia y amor, y más que nada, por demostrarme que la superación es constante.

A mis hermanos menores Fiorella y Juan.

Porque alegran mis días y creen en mí, así de simple. Es lo que uno espera de sus hermanos y ellos lo hacen posible, hemos compartido mucho, y sé que así será por siempre. Espero ser un buen ejemplo para ustedes, los amo.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente, y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

Al Dr. Ever de la Cruz Gonzáles, por su especial comprensión y apoyo académico en la realización de esta investigación.

Al Dr. Javier Espinoza Escobar, por la confianza, aliento y dirección aún en los momentos en los que más puse a prueba su paciencia.

Gracias a todas las personas que contribuyeron directa e indirectamente en la realización de este proyecto.

Luis Franklin Salazar Díaz

RESUMEN

El otorgamiento de la escritura pública se fundamenta en la posibilidad de revestir con formalidad y dar mayor seguridad al acto jurídico, que queda envuelto en garantías, siendo una de ellas -y quizás la más importante- el brindarle oponibilidad ante terceros con la consecuente inscripción en Registros Públicos.

Siendo de esta manera, y haciendo un juicio lógico y sistemático de las normas establecidas en el Código Civil, el otorgamiento de escritura pública es una obligación la cual está sujeta al accionar de una de las partes, y se traduce en una acción personal, la cual en tenor del Artículo 2001° tiene un plazo de prescripción de 10 años. Es por esto que el otorgamiento de escritura pública es una institución legalmente prescriptible.

Por otro lado, no puede entenderse que una persona pierda la facultad de inscribir su propiedad inmueble por el paso del tiempo, pues el derecho de propiedad debe prevalecer y con ella los medios que la aseguren o garanticen. Es por esto que según la CAS 3333-2006-ICA, ésta figura es análoga a la reivindicación, en cuanto supone la defensa del derecho de propiedad, y como el legislador a establecido a la reivindicación como imprescriptible, la acción de demandar dicho otorgamiento también debe serlo.

Este razonamiento es sin duda conveniente, pues se tutela un derecho de corte constitucional como lo es el derecho de propiedad, aunque no de manera correcta, pues se vulneran artículos del Código Civil que contienen preceptos de gran importancia. Nos referimos a los plazos de prescripción y su regulación, y a la aplicación generalizada de la analogía.

De esta forma, sostenemos la premisa de que no se puede ir en contra de la ley, salvo en casos donde el bien jurídico o derecho tutelado sea de relevancia superlativa, es por ello que para no contravenir la esencia del Art. 2000, y tampoco desestimar lo que ha indicado en la sentencia anteriormente citada la Corte Suprema de Justicia, tiene que idearse una modificación al Artículo 1551°,

pues el otorgamiento de escritura pública en la compraventa de bienes inmuebles debe ser imprescriptible sin contravenir normas legales.

Palabras Claves: Otorgamiento de escritura pública, Prescripción extintiva, Compraventa, Bien inmueble y Propiedad.

ABSTRACT

The granting of the public deed is based on the possibility of formally covering and giving greater security to the legal act that has been carried out, covering it with guarantees, being one of them and perhaps the most important, giving it third-party effectiveness with the Registration in Public Records.

Being this way, and making a logical and systematic judgment of the rules established in the Civil Code, the granting of a public deed is an obligation which is subject to the action of one of the parties, and is translated into a personal action, the which under the Article 2001 ° has a limitation period of 10 years. That is why the granting of a public deed is a legally prescribed institution.

This undoubtedly generates a greater problem, since the legislator, by not stipulating a particular regulation for this case in the law, leaves this interpretation in the hands of the legal operators, who through jurisprudence have opted to grant an imprescriptible term to the action, since the granting of the public deed, according to CAS 3333-2006-ICA, is analogous to the claim, insofar as it supposes the defense of the right of property, and as the claim is imprescriptible, the action of demanding said granting, also It must be.

This reasoning is undoubtedly convenient, since a constitutional right is protected, as is the right to property, although not in a correct manner, since articles of the Civil Code that contain precepts of great importance are violated. We refer to the statutes of limitation and its regulation, and to the generalized application of the analogy, because that is what the law establishes and it is a rule to which no right or pretension, except express exceptions, escapes.

In this way, we maintain the premise that you can not go against the law, except in cases where the legal right or protected right is of superlative relevance, that is why not to contravene the essence of Art. 2000, and neither dismiss what has been indicated in the aforementioned judgment of the Supreme Court of Justice, a

modification to Article 1551 must be devised, since the granting of a public deed in the sale of real estate must be imprescriptible without contravening legal norms.

Keywords: Granting public deed, extinctive prescription, sale, real property and property.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	10
II.	CAPÍTULO I: EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SUS IMPLICANCIAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO	12
1.	La propiedad: regulación normativa.....	18
	a. Definición y concepto.	
	b. Características según Código Civil.	
2.	La propiedad como derecho constitucionalmente protegido.....	19
3.	Función Social de la Propiedad.....	21
4.	Modos de adquisición de la propiedad	26
	a. Modos originarios.....	26
	b. Modos derivados.....	28
5.	Sistema de transferencia de propiedad inmueble	30
	a. Desarrollo del Sistema consensual o espiritual de trasmisión de la propiedad del contrato de Compraventa.....	31
	b. El problema de no inscribir en el Registro el bien inmueble adquirido.....	35
III.	CAPÍTULO II: LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	
1.	La prescripción en general.....	36
2.	La prescripción extintiva y la caducidad.....	41
IV.	CAPÍTULO III: EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA Y SU PRESCRIPTIBILIDAD FORMAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO	42
1.	Otorgamiento de escritura pública.....	43
	a. Naturaleza sustancial y Procesal del Otorgamiento de escritura pública.....	45
2.	La potestad de compeler el cumplimiento del otorgamiento de la escritura pública (Art. 1412 del Código Civil).....	47
	a. Las deficiencias del artículo 1412 del Código Civil.....	49

3. ¿El otorgamiento de escritura pública es una obligación? (Art. 1549° del Código Civil).....	49
4. IX Pleno Casatorio, y su decantación por la tesis obligacionista.....	49
a. El otorgamiento de escritura pública, encaja en el perfil de un acto personal.....	52
5. Plazo de prescripción para actos personales (Art. 2001° del Código Civil).....	56
a. Los supuestos de prescripción deben estar plasmados en la propia codificación.....	60
6. La Escritura Pública, una institución legalmente prescriptible.....	62
V. CAPÍTULO IV: LA NECESIDAD DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 3333-2006-ICA.....	66
1. ¿El otorgamiento de Escritura Pública es una manifestación de la defensa de la propiedad?.....	66
a. Reivindicación vs. Otorgamiento de Escritura Pública.....	68
2. Aplicación analógica de normas que establecen excepciones. (Art. IV del Título Preliminar del Código Civil)	72
3. Correcta aplicación del carácter obligatorio del otorgamiento de escritura pública, en contraposición de la protección del derecho de propiedad.....	76
4. La necesaria imprescriptibilidad del derecho de acción en el otorgamiento de escritura pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano.....	80
5. Incorporación y modificación en el Artículo 1551° del Código Civil, con respecto a la imprescriptibilidad del otorgamiento de escritura pública en la compraventa de bienes inmuebles.....	82
VI. CONCLUSIONES.....	84
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la seguridad jurídica es uno de los fines que se espera obtener en el tráfico de bienes, con ella, la garantía de la circulación de la riqueza y, por ende, el logro de la celeridad. Es por esto que la seguridad constituye, junto al orden y la justicia, uno de los fines sobre los cuales se encuentran sustentadas la existencia y la necesidad del Derecho.

La escritura pública tiene un particular vínculo con la seguridad jurídica dentro de nuestro ordenamiento, pues su finalidad es revestir a un acto jurídico –compraventa en este caso- de una formalidad que no obtiene en primera instancia, pues la sola obligación de enajenar un bien, transfiere la propiedad del mismo; es decir, para que la seguridad jurídica sea eficiente y proteja a la propiedad adquirida como se espera, se requiere que el contrato se lleve a cabo en sede notarial mediante escritura pública, pues el hacerlo la posibilita para ser inscrita en el Registro Público correspondiente. Cabe mencionar, que dichas instituciones se encuentran íntimamente vinculadas, de modo tal que las mismas se complementan en aras de alcanzar la tan ansiada seguridad jurídica.

Pues bien, la problemática que en esta tesis vamos a desarrollar, gira en torno a un tema que, si bien suscita opiniones contrarias de la legislación y la judicatura, viene siendo empleada con uniformidad en los juzgados a lo largo del país. Cabe precisar que, si bien se ha homogeneizado en su aplicación, no significa que sea utilizada de manera correcta.

El otorgamiento de escritura pública es una institución jurídica que se suele demandar con cotidianeidad, por ello es que ha alcanzado una particular relevancia en cuanto al tratamiento de su contenido se refiere. Es más, el IX Pleno Casatorio Civil del año 2016 que se llevó a cabo a propósito de la Casación 4442-2015-Moquegua, desarrolla varios puntos sobre el otorgamiento de escritura pública que necesitaban estar uniformizados para su correcta aplicación en los tribunales de justicia, siendo el gran ausente: el plazo de prescripción de la acción de otorgamiento de escritura pública.

Es por ello que el primer capítulo de este trabajo de investigación, está abocado al desarrollo del derecho de propiedad, pues es de vital importancia comprender la extensión de su preeminencia como derecho constitucional; además de las maneras de adquirirla y los sistemas de transferencia que regula el Código Civil.

En el segundo y tercer capítulo, se desarrolla la prescriptibilidad formal del otorgamiento de la escritura pública en contraposición con la imprescriptibilidad que le otorga la jurisprudencia, respectivamente, pues como ya hemos dicho, el plazo del otorgamiento viene siendo aplicado de manera uniforme como imprescriptible en la jurisprudencia, pero no por eso tiene que ser correcto.

La presente investigación es una investigación cualitativa, método de investigación mediante el cual se buscará identificar la naturaleza del problema a tratar. Es de tipo básica, ya que, por medio de esta se establecerán las relaciones teórico-doctrinales del objeto de investigación; y descriptiva debido a que se expondrá con fidelidad las características más sobresalientes de la realidad materia de estudio.

Por ello, y ante este enfrentamiento entre la doctrina y la jurisprudencia, surge la siguiente problemática: 'Sobre el proceso de otorgamiento de escritura pública en un contrato de compraventa de bien inmueble, ¿cuál deberá ser la interpretación y aplicación del plazo prescriptorio de la acción de otorgamiento de escritura pública?' En respuesta a esta interrogante, se baraja la siguiente hipótesis: El otorgamiento de la escritura pública debería ser imprescriptible, pues es un camino hacia la seguridad jurídica, tutelando al derecho de propiedad y lo que este significa dentro del tráfico inmobiliario peruano, para ello, tiene que haber una modificación en los artículos concernientes a la escritura pública (Artículo 1412° y 1551° del Código Civil), pues no se lograría una adecuación entre el Registro y la realidad si el derecho de acción del comprador para demandar el otorgamiento de la escritura pública prescribiera a los 10 años.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y SUS IMPLICANCIAS EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

1. LA PROPIEDAD, SU REGULACIÓN NORMATIVA.

La propiedad, es un hecho histórico anterior a toda legislación. Ella igual que la familia constituye una fuerza social, que justifica ampliamente su existencia por los servicios que ofrece a la humanidad. De esta manera, "...la propiedad es en primer lugar, un poder jurídico. El poder adopta muchas formas. Así, hay el poder de la fuerza, el poder político, el poder bélico. En este caso es un poder que nace del Derecho. Recae sobre un bien o sobre un conjunto de bienes, ya sean corporales o incorporales"¹. En esta línea de pensamiento, la propiedad se traduce en "...un poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto"². Este poder jurídico, no puede ser absoluto, pues debe ejercerse en arreglo a la normativa y las leyes imperativas.

Al respecto, los maestros Manuel Somarriva y Antonio Vodanovich, en su obra "*Tratado de los derechos reales*", indican que "...la propiedad es el derecho que confiere al sujeto el poder más amplio sobre una cosa; en principio, lo faculta para apropiarse, en forma exclusiva, de todas las utilidades que el bien es capaz de proporcionar. En cambio, los demás derechos reales otorgan poderes limitados sobre la cosa; sólo autorizan aprovechamientos parciales"³, haciendo énfasis en la capacidad que le otorga al titular del derecho para ejercer su señorío sobre el provecho que pueda obtener de él, pues al agregar que se trata de una facultad, es

¹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 171.

² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho civil I, Introducción, Personas y Familia*, Argentina, Editorial Porrúa SA, p.122.

³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC PINOCHET, Antonio; y otros. *Tratado de los Derechos Reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. p.36.

entendida como la *facultad de poseer algo*, que a su vez apunta a algo que es objeto de dominio.

Por su parte, pero con la misma idea, CABANELLAS conceptualiza a la propiedad como “el dominio que un individuo tiene sobre una cosa determinada, con la que puede hacer lo que desee su voluntad”⁴, incluyendo el concepto de dominio, el cual “...tiene un significado predominantemente subjetivo, la ‘*potestad*’ que sobre la cosa corresponde al titular; en cambio propiedad lo tiene objetivo, acentuando la relación de pertenencia de la cosa a la persona”⁵.

Resulta muy difícil para la doctrina establecer un concepto unificado o uniforme respecto al derecho de propiedad, pues siempre ha merecido un trato especial para cada autor, y por ello “...ha sido siempre objeto de interminables y acalorados debates...”⁶. Por ello, la salida más confiable ha sido siempre basarnos en la definición que le impone la ley y que aplica a nuestra realidad, pues la ley es la única que puede darle el carácter de obligatorio a un precepto jurídico.

Dicho de esta forma, en el ámbito jurídico, la propiedad es el poder directo sobre un bien, el cual imputa a su titular la capacidad de disponer de forma libre de la cosa, teniendo como limitaciones las que la ley establezca.

Nuestro código Civil, en el libro V de Derechos Reales, Artículo 923°, prescribe lo siguiente: “La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”;

De esta forma, el legislador ha visto conveniente definir a la propiedad, dándole un contenido implícito, pues abarca todos aquellos bienes que son susceptibles de apropiación, y que cumple con las características esenciales de ser útiles, limitados

⁴ CABANELLAS, Roberto. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.

⁵ SANCHEZ CARRETERO, Santiago. *La propiedad: Bases Sociológicas de concepto en la sociedad postindustrial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Servicio de Publicaciones, 2000, p.67.

⁶ HUANCA QUISPE, Hebert. *Oponibilidad de Derechos Reales, Inidoneidad para probar el mejor derecho de propiedad*, 2013, p.14 [Ubicado el 20.06.2017]. Obtenido en www.derechoycambiosocial.com

y aptos para la ocupación, los cuales deben ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, pues la propiedad tiene una función social, reconocida en interpretación de la Constitución y la realidad social que ocupamos actualmente y se desarrollará más adelante.

Ahora bien, el derecho a la propiedad como todos los derechos atribuidos a un sujeto, tiene efectos sobre él, los cuales se materializan con la realización del derecho por parte del mismo. Los atributos que le otorga la Constitución Política en el Artículo 70° y el Código Civil en el Artículo 923°, que de manera implícita hemos mencionado líneas arriba son: usar, disfrutar, disponer y reivindicar⁷. Dichos atributos tienen su origen en el Derecho Romano al igual que la propiedad, en el cual ya se denotaban los principales: el *Ius utendi*, como el derecho de uso del bien que faculta al propietario a servirse de él según su naturaleza; el *Ius Fruendi*, como el goce, disfrute o explotación del bien, que permite percibir todos los frutos y productos del mismo; el *Ius Abutendi*, como la facultad de disposición; y el *Ius Vindicandi*, con la cual se establece la facultad de reivindicar a propiedad⁸.

Con respecto a lo anterior, debemos tener en cuenta que "...los atributos clásicos de la propiedad son el uso, el disfrute y la disposición. La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real"⁹. De aquí se desprende que algunos autores consideren a la reivindicación no como un atributo, si no como un despliegue del poder especial que se tiene sobre el bien para defenderlo de intromisiones ajenas.

Por otro lado, la propiedad al ser un derecho, genera una serie de atribuciones, que han sido citadas anteriormente, las cuales otorgan al propietario el poder de beneficiarse como plazca del bien, pues está dentro de su autonomía de la voluntad y solo está limitado por las exigencias sociales del bien común y las buenas

⁷ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Op.cit*, p. 171.

⁸ CAPCHA VERA, Elmer. *El ABC del Derecho: Civil Patrimonial*, Lima, Editorial San Marcos, 2011, p.163.

⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Op.cit*, p. 172.

costumbres. Esto a su vez, genera que la propiedad al ser un derecho destinado al ejercicio constante tenga una serie de caracteres que la definen y la diferencian de los demás derechos reales, pues es el derecho real por excelencia.

La doctrina clásica otorga a la propiedad cuatro caracteres indefectibles, pues la propiedad es desarrollada como un derecho: real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Durante mucho tiempo se ha mantenido esta misma idea sobre la propiedad, pues cada característica mencionada, responde a un criterio válidamente fundamentado y que ha conseguido aplomarse en la doctrina hasta la actualidad. Continuamente se habla de que el derecho es una realidad cambiante, esta se acomoda a la realidad social, económica, política, etc., y es por ello que en estos tiempos podría encontrarse alguna excepción a la tesis clásica, pero no la hace variar en esencia.

Se ha dicho que la propiedad, en primer lugar es un *derecho real*, "...el derecho real por excelencia..."¹⁰, pues recoge todas las facultades o atributos anteriormente mencionados que puede ejercer el hombre con respecto a un bien, a diferencia de otros derechos que bien pueden ser semejantes, pero no se desarrollan a plenitud como ella. Su carácter es real, es decir, "recae directamente sobre una cosa, sin intervención de otros sujetos, y por ello, se le otorgan los caracteres propios de: persecutoriedad, preferencia y oponibilidad universal"¹¹. Dichos subcaracteres también han encontrado en el tiempo la base para su afianzamiento en la doctrina, y para su reconocimiento en el código civil.

La persecutoriedad consiste en que el titular de un derecho real puede recuperar la cosa objeto de derecho de manos de quien la detente sin causa legítima¹²; es decir, el recuperar el bien que nos corresponde, es una potestad que nos otorga el carácter de propiedad sobre ella. La oponibilidad por otro lado, está regulada en el Artículo 2022°, primer párrafo, el cual prescribe lo siguiente: "Para oponer derechos

¹⁰PEÑALILLO AREVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*, Chile, Editorial Jurídica Chile, 2010, p.19.

¹¹ZEGARRA MULÁNOVIC, Álvaro. *El dominio de las cosas. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Lima, Palestra Editores, 2009, p.52.

¹²RODRIGUEZ MONTERO, Gustavo. *Aspectos Básicos del Derecho de Propiedad*, Barcelona, Editorial vLex, 2011, p.6.

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...”¹³; es decir, la oponibilidad significa contar con la posibilidad de oponer nuestro derecho a otros derechos que pretendan recaer sobre el mismo bien y excluirlos¹⁴ de toda intromisión. La oponibilidad es un principio del derecho registral que recae por su naturaleza sobre la propiedad, siendo los Registros Públicos¹⁵ el medio por excelencia para garantizarla.

En segundo lugar, la propiedad tiene carácter absoluto. ZEGARRA, sostiene que el carácter absoluto de la propiedad es “...el que confiere al propietario todas las facultades que es posible ejercer sobre el bien. Actualmente se ha de entender el carácter absoluto de la propiedad dentro del marco de las limitaciones intrínsecas y legales del mismo”¹⁶; es decir, “...confiere al titular la posibilidad de ejercitar sobre el objeto las más amplias facultades, de manera soberana, ilimitada e independiente”¹⁷.

El límite del carácter absoluto es la sociedad, el respeto al bien común y las buenas costumbres que establece la Constitución, es por ello que anteriormente hacíamos

¹³Artículo 2022 del Código Civil: “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. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. *Código Civil*, Ed. Especial, Lima, Jurista Editores, 2016.

¹⁴ La facultad de exclusión debe derivarse directamente de la consolidación del signo de cognoscibilidad, de lo contrario estaremos ante el absurdo de que existan sujetos excluidos que no estén en la posibilidad de conocer quién y cómo los excluye. HUANCA QUISPE, Hebert. *Oponibilidad de Derechos Reales, Idoneidad para probar el mejor derecho de propiedad*, 2013, p.15 [Ubicado el 20.06.2017]. Obtenido en www.derechoycambiosocial.com

¹⁵ El referido sistema fue creado por la Ley 26366 como un conjunto orgánico y funcional en el que quedaron comprendidos todos los registros con efectos protectores creados o por crearse (comúnmente denominados registros jurídicos por oposición con los denominados registros administrativos), agrupándose a los mismos en cuatro grandes registros: el de Personas Naturales, el de Personas Jurídicas, el de Propiedad Inmueble y el de Bienes Muebles. La finalidad de crear un sistema fue la de “mantener y preservar la unidad y coherencia de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran” (art. 1). Para lograr dichos cometidos la mencionada ley creó y encomendó la gestión del sistema a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP).

¹⁶ ZEGARRA MULÁNOVIC, Álvaro. Op. Cit., p.103.

¹⁷ PEÑAILILLO AREVALO. Op. Cit., p.59.

mención de que estos caracteres pueden sufrir cambios al acomodarse a la realidad social que continuamente se encuentra en estado de mutación.

En tercer lugar, la propiedad tiene carácter exclusivo, “por el que la cosa sólo puede soportar un derecho de propiedad, que corresponde en principio a un solo titular. No puede haber dos propiedades sobre un mismo bien”¹⁸; en otras palabras radica en un solo titular, y no puede haber dos o más propietarios independientes uno del otro sobre una misma cosa con iguales poderes sobre ella.

Es menester indicar, que suele confundirse con la copropiedad¹⁹, es más, se puede llegar a pensar que se trata de una excepción al carácter de exclusividad que detenta la propiedad, pero no es así, las figuras son distintas.

Por último, la propiedad detenta un carácter perpetuo. Esto significa que el dominio dura tanto como su objeto; es la duración fija del bien la que determina la duración del derecho. “Significa que el dominio sobre una cosa persiste mientras subsiste la cosa. No se extingue por el solo transcurso del tiempo o por el no ejercicio del derecho; por lo mismo, se tiene concluido que su acción protectora, la reivindicatoria, no se extingue por el solo transcurso del tiempo”²⁰; dicha acción está contemplada en el Artículo 927° del código civil, y es una excepción a la regla de la prescriptibilidad de las acciones, que a su vez contemplan los artículos 2000°²¹ y 2001°²².

Para la legislación civil, el fin principal de desarrollar la figura de la propiedad, es la forma jurídica que significa el poder del hombre sobre las cosas, la relación de pertenencia o apropiación sobre las mismas. Por ello, a efectos de asegurar la protección del derecho a la propiedad existen mecanismos tanto a nivel interno

¹⁸ ZEGARRA MILÁNOVIC, Álvaro. Op. Cit., p.103.

¹⁹ Artículo 969 del Código Civil: “Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas”.

²⁰ PEÑAILILLO AREVALO. Op. Cit., p.61.

²¹ Artículo 2000 del Código Civil: “Principio de legitimidad de los plazos prescriptorios: Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción”.

²² Artículo 2001 del Código Civil: “Plazos de prescripción. Prescriben salvo disposición diversa de la ley: 1. A los 10 años la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico...”.

como internacional que resguardan el derecho a la propiedad. A nivel interno se encuentra contemplado dentro de la normativa civil, siendo que la restricción de dicho derecho sólo puede darse por interés público y utilidad social²³.

2. LA PROPIEDAD COMO DERECHO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO.

“Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: 16. La propiedad y herencia”;

“CAPÍTULO III: DE LA PROPIEDAD: Artículo 70°.- Inviolabilidad del derecho de propiedad: El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”.

El derecho a la propiedad es un derecho reconocido en la Constitución Política del Perú como un derecho fundamental, inviolable e ilimitado, protegido por la Norma Fundamental frente a posibles intervenciones de terceros y del Estado, quienes no pueden intervenir de ninguna forma fuera de los supuestos establecidos por la constitución y respetando las condiciones que esta supone. Al respecto KRESALJA y OCHOA, agregan que “...El propietario es el árbitro del destino que a la cosa se haya de dar. Pero también es un derecho inviolable, por lo que son excepcionales las limitaciones del dominio. Partiendo de la regla de la inviolabilidad, que protege al derecho de propiedad frente a las intromisiones del poder estatal, las limitaciones

²³ En nuestra constitución, la propiedad es una figura tutelada de manera absoluta, se encuentra dentro del Artículo 2 que versa sobre Derechos Fundamentales de la Persona, en el numeral 16; y a efectos de hacer más profundo su estudio, se contrastará con el Artículo 70 de la misma norma constitucional.

a este derecho son consideradas como algo anormal o excepcional, como la derogación de una regla y, en consecuencia, como algo sometido a una interpretación restrictiva”²⁴. De esta forma entendemos que es sobre el propietario en quien recae el derecho subjetivo, pues como tal “puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales”²⁵, pero haciendo énfasis en la inviolabilidad de la que está blindada, y que solo puede vulnerarse de manera excepcional.

El Artículo 2° inciso 16 de la Constitución peruana prescribe que “Toda persona tiene derecho a la propiedad(...)”, con ello está determinando el carácter de atribución y corte constitucional de este derecho, el cual reúne todas las atribuciones que merecen los demás derechos constitucionales, y por consiguiente el máximo esfuerzo por parte del estado para su reglamentación y protección.

El máximo intérprete de la Constitución se ha manifestado al respecto en la STC 0030-2006-AA/TC-LIMA, al establecer que “...el derecho fundamental a la propiedad, parece atribuir a su titular un poder absoluto, lo cual no se condice con los postulados esenciales de los derechos fundamentales que reconoce un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro. Por ello, el derecho a la propiedad debe ser interpretado no sólo a partir del Artículo 2°, incisos 8 y 16, sino también a la luz del Artículo 70° de la Constitución, el cual establece que éste se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”²⁶.

En efecto, el Tribunal Constitucional en esta sentencia desarrolla el Artículo 2° y el Artículo 70° de la Constitución, y nos otorga una representación más amplia de éste, pues no se conforma con su simple reconocimiento como un derecho superior, si no que la contrasta con el Artículo 70° de la misma, la cual la convierte en una institución impregnada de deberes legales y sociales; es decir, “...en nuestra

²⁴ BALDO KRESALJA, Roselló; OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial, Lima, 2009, p.43.

²⁵ Fundamento 5 de la STC del 10 de enero del 2006, Expediente N° 0030-2004-AI, Gaceta del Tribunal Constitucional. Obtenido de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

²⁶ Fundamento 9 de la STC del 17 de febrero del 2009, Expediente N° 2175-2009-PA/TC, Gaceta del Tribunal Constitucional. Obtenido de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02175-2009-AA.html>

Constitución se reconoce a la propiedad no sólo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de valores y funciones²⁷.

La norma bajo comentario debe entenderse en su acepción más amplia; es decir, vinculada a la noción de patrimonio, el cual es en realidad una universalidad jurídica integrada por activos (derechos y créditos) y pasivos (deudas). Pero la noción económica de patrimonio se aparta un poco de esta concepción jurídica y alude más bien a los activos patrimoniales²⁸. En consecuencia, lo que protege la Constitución es la propiedad que recae sobre la masa patrimonial, puesto que todos los activos de una persona merecen su amparo. Con ello podemos determinar que el Estado, por medio de sus órganos legislativos y judiciales, está abocado a regular la propiedad estableciendo límites fijados por ley que se van a encargar de velar por el correcto ejercicio del derecho por parte del propietario.

Como hemos podido apreciar, el artículo 70° de la Constitución se encuentra compuesta de tres supuestos. La inviolabilidad, los límites al ejercicio de derecho de propiedad y la regulación de la expropiación. La expropiación constituye el único medio que puede ejercer el Estado para privar a una persona de su derecho de propiedad, y esto bajo la premisa de que el interés público siempre va a primar sobre el interés privado o de particulares, claro está y ha sido corroborado por anteriores legislaciones constitucionales y de rango inferior, así "...la Constitución de 1933 estableció que a nadie podía privarse de su propiedad sino por causa de utilidad pública probada legalmente"²⁹, dicho de otro modo, después de un procedimiento regular en un supuesto ya establecido, por ser una excepción a la regla de la inviolabilidad o cualquier clase de intrusión a la propiedad; como agrega Jorge

²⁷ IBID, p.4.

²⁸ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución Comentada*. Tomo I, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2005, p.172.

²⁹ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. El derecho de la propiedad en la constitución en THEMIS - Revista de Derecho, Lima, [Recurso electrónico] Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109858.pdf>, 1996, 120.

Avendaño, en su tratado sobre *“El derecho de la propiedad en la constitución”*: “El derecho del propietario excluye así todo otro derecho incompatible con él...”³⁰.

3. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.

“La Constitución ha supuesto un nuevo replanteamiento de las instituciones de Derecho Civil. El Derecho de Propiedad no puede ser una excepción. No se puede concebirlo sin tener en cuenta su implicación fundamental en un sistema económico”³¹.

El máximo intérprete de la Constitución, ha definido en una de sus sentencias el carácter de la función social de la propiedad, pues indica que “La función social es consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional”³²; es decir, impone al titular del derecho subjetivo el deber de acomodar su ejercicio con el interés colectivo.

El contraste entre propiedad y el carácter de derecho absoluto que emana del mismo, es común; la doctrina es uniforme al establecer que dicha característica le pertenece casi de manera inherente a este derecho, aunque al reconocer ello, entienda que su amparo sin restricción podría llegar a ser un problema y es por ello que se cuestiona su carácter absoluto. La propiedad debe ser entendida con limitaciones, las cuales le son impuestas por diversas razones que responden a un carácter social. Las limitaciones al derecho de propiedad son hoy de suma importancia, pues han venido creciendo en número y extensión en tenor de una necesidad jurídica y social. La función social es eso, un límite.

³⁰ Ibidem, p.121.

³¹ SANCHEZ CARRETERO, Santiago. Op. Cit., p.111.

³² STC del 10 de enero del 2006. Op. Cit.p4.

A lo largo del desarrollo constitucional y jurídico-normativo de la propiedad que hemos desarrollado líneas más arriba, entendemos a la propiedad no solo como un derecho subjetivo sino como una garantía institucional, y siendo el Estado el encargado de velar por todas las garantías que emanan de la ley, se ocupa en este caso de garantizar la inviolabilidad de la propiedad, la cual es ejercida en arreglo a la ley y al bien social, emanando de ésta, la función social que el ordenamiento jurídico le tiene reservada a la propiedad, la cual es inherente al derecho mismo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 0048-2005 en el numeral 79, menciona que “Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación”³³. Bajo esta premisa, se desarrolla la intención del legislador de no otorgar un poder absoluto al propietario, ni un carácter absoluto a la propiedad, pues es inconcebible un derecho que *tenga luz verde*, en cuanto a conductas se le ocurra desplegar al titular y pueda ejercerlo sin limitaciones, restringido únicamente por él mismo, su autonomía de la voluntad y su libertad.

Este tema es abarcado de sobremanera por KRESALJA y OCHOA, quien su obra ‘El Régimen económico de la Constitución de 1993’, han identificado dos elementos dentro del contenido de la función social de la propiedad, aduciendo que “El contenido esencial del derecho de propiedad comprende dos elementos: la rentabilidad económica y rentabilidad social; fin individual y utilidad social, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva”³⁴. Naturalmente, en el marco de la función social de un derecho, lo que se busca es que no concurra el solo beneficio personal al ejercer un derecho constitucional, pues como ya hemos dicho, no es aceptable que nuestro ordenamiento tutele un derecho que traspase

³³ STC del 31 de Marzo del 2005, Expediente N° 0048-2004-AI, Gaceta del Tribunal Constitucional. Obtenido de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>.

³⁴ BALDO KRESALJA, Roselló; OCHOA CARDICH, César. Op.Cit., p.44.

toda barrera normativa y se ejercite sin límites, y más aún lesionando el derecho ajeno, por ello, y en contraposición, el derecho a la propiedad debe contribuir al bienestar social, contribuyendo a la misma, o en otras palabras: siendo útil a la sociedad.

La constitución de 1993, en el Artículo 70°, desarrolla la función social de la propiedad, claro está, no de manera literal, pero está presente al exigir que dicho derecho deba ser ejercido con arreglo al “bien común³⁵”. Al respecto, GUTIÉRREZ manifiesta sobre la interpretación del texto del Artículo 70° y su contenido, aduciendo que “Así resumía la Constitución de Weimar la innegable e inevitable función social que tiene que cumplir la propiedad. Si bien en el marco liberal en el que se elaboró la Constitución de 1993 se eliminó prácticamente todo rastro de función social, es innegable que una economía social de mercado, como lo consagra el Artículo 58°, no puede ser ajena al interés social...”³⁶, pues en una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general³⁷.

Bajo esa misma premisa, BERNALES, manifiesta que “...a través de una interpretación sistemática se admite que el derecho de propiedad no es una institución puramente individualidad, pues también tienen un contenido social, en tal sentido el reemplazo del concepto de interés social por el de bien comun no es mayormente relevante, por lo cual, nuestra constitución no ha modificado el

³⁵ Puede afirmarse que el bien común es la finalidad social suprema hacia la cual tienden todos los objetivos del hombre; de tal manera que la justicia, el orden, la paz y la seguridad son como las bases en que se asienta el bienestar colectivo. *ENCICLOPEDIA JURIDICA*, Bien común, 2014 [Ubicado el 22.06.17] Obtenido de <http://www.encyclopediia-juridica.biz14.com/d/bien-com%C3%BAAn/bien-com%C3%BAAn.htm>.

³⁶ GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil Comentado*, Tomo V: Derechos Reales, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p.177.

³⁷ Numeral 81: En una economía social de mercado, tanto la iniciativa privada como la inversión cumplen también una función social, a fin de coadyuvar a logro del bienestar general. En consecuencia, atendiendo a la utilidad y beneficio que los recursos naturales -en este caso, los minerales no renovables- pueden generar a la Nación, es justificable la exigencia de deberes y obligaciones que las empresas que los reciben en concesión tienen frente a la colectividad. STC del 31 de Marzo del 2005, Expediente N° 0048-2004-AI, Gaceta del Tribunal Constitucional. Obtenido de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

contenido del Código Civil³⁸. Es por ello que no creemos conveniente que a nivel de doctrina se ventile una discusión sobre el significado que pretendió impregnar en el Artículo 70° de la Constitución Política el legislador al referirse a *bien comun* o a *interés social*, pues si bien tienen significados diferentes, la interpretación en concordancia con el el Código Civil tiene el mismo fin.

La función social, al tener inmerso el concepto de interés público, limita la propiedad en uno de los sentidos más comunes: la ponderación, y de esta forma, cuando concurren intereses opuestos entre un particular y la colectividad, el interés del particular se debe interpretar en segundo lugar si se contrapone al interés social, pues conforme a la finalidad del Estado, este último debe primar.

Por su parte, VALENCIA³⁹, resume las limitaciones de la propiedad de esta forma: 1- Los reglamentos relativos a la construcción de edificios; 2.- Los reglamentos expedidos por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo, prohibición del establecimiento de fábricas en zonas de vivienda. 3.- Los reglamentos que prohíben industrias peligrosas y que regulan las condiciones mínimas de salubridad; 4.- Otras restricciones modernas, como por ejemplo: la conservación de los monumentos históricos; la regulación de los procesos de zonificación, urbanización, uso de la tierra y fraccionamiento de predios; la conservación de bosques, ríos y otros bienes por razones ecológicas; las obras de defensa nacional, como por ejemplo no construir a determinada distancia de los cuarteles; la ocupación de predios para servicios públicos, como por ejemplo: energía eléctrica, teléfonos, agua y desagüe, etc.; en materia mobiliaria, la prohibición de la especulación y el acaparamiento, así como el abuso del poder económico en general.

En la actualidad, más que explicar la existencia del derecho de propiedad lo que se resalta es su función social, "...expresión con la que se trata de poner de relieve que los fines de la propiedad – en contraste con la concepción capitalista e

³⁸ VALLESTEROS FERNANDEZ, Enrique. *La constitución de 1993*, Análisis comparado, 5° Edición, Lima, Editora Rao, p.87.

³⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo II: Derechos Reales*, 5° ed., Editorial Themis, Bogotá, 1976. p.p. 207-208.

individualista que se recoge en los Códigos Civiles surgidos en el siglo XIX - contemplan primero el interés colectivo y si bien no se altera la configuración de la propiedad como un derecho subjetivo, el interés privado de su titular está supeditado a su conformidad con el interés general o social de modo que en caso de conflicto es éste el que prevalece⁴⁰. De esta manera, en el derecho interno y el internacional han quedado establecidas las limitaciones que emanan del interés social, bien común o función social de la propiedad, fijando dichos límites en dos supuestos específicos: *interés público* y *utilidad social*, supeditados a la actuación del Estado como órgano de garantías para el propietario y para la sociedad, pues el ejercicio ilimitado de este derecho podría no ser lo más adecuado si se pretende mantener un equilibrio social.

La función social, es un concepto constitucional que no solo se ha visto reflejado en nuestro ordenamiento, sino que, alrededor del mundo también ha tenido acogida por sus respectivos órganos legisladores⁴¹, quienes la han considerado parte de sus normas fundamentales. Por ejemplo, tenemos que "...modernas Constituciones, como la española de 1978, hacen mención expresa a la función social de la propiedad, que debe ser tenida en cuenta por la ley que delimite su contenido. Igual es el caso de la Constitución chilena de 1981 que dice que la propiedad tiene las limitaciones que derivan de su función social. Constituciones muy recientes, como la colombiana de 1991 y la paraguaya de 1992, también se ocupan del tema. La primera declara que la propiedad es una función social que implica obligaciones y que cuando mediere un conflicto, el interés privado debe ceder al interés público o

⁴⁰ EDUARDO SERRANO, Alonso; SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de Derechos Reales*, 2º edición, Edisofer SRL, 2008, p.112.

⁴¹ El reconocimiento de la función social de la propiedad se ve a menudo en otras regulaciones constitucionales. Tenemos el ejemplo del artículo 58, segundo párrafo de la Constitución de Colombia de 1991, la cual prescribe que "la propiedad es una función social que implica obligaciones"; La constitución Española de 1978 en su artículo 33.2 establece que "la función social de estos derechos [propiedad y herencia] delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes"; y por último, la constitución del Chile establece que la propiedad está en una relación de sujeción con "las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social", que comprende los supuestos establecidos por "cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

social. La última garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites son establecidos por la ley atendiendo a su función económica y social”⁴².

4. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

Los modos de adquisición de la propiedad son los hechos y actos previstos por la ley para adjudicar en propiedad una cosa determinada, mueble o inmueble, a una persona, que así incorpora ese derecho real a su patrimonio. “La adquisición de un derecho subjetivo (tal como se trató anteriormente, al estudiar éste) es la unión del mismo al sujeto, que deviene así su titular. Cuyo concepto se puede aplicar al derecho de propiedad y a los demás derechos reales...”⁴³. Es decir, los sistemas o modos de adquirir derechos reales constituyen los hechos jurídicos a los que el ordenamiento mediante la ley les atribuye el efecto de producir la adquisición de los mismos.

Según LAFAILLE, “...la nómina de este artículo no es completa, pues algunas veces la ley permite la adquisición de ciertas cosas que no encuadran en ninguna de las categorías enunciadas, como por ejemplo la adquisición por el poseedor de buena fe de una cosa mueble que no sea robada ni perdida, o la adquisición que hace propietario del fundo, del tesoro hallado por un tercero”, y otros supuestos que debían tomarse en cuenta por el legislador⁴⁴.

En el código civil peruano, la adquisición de la propiedad está contemplado en el capítulo segundo, del título II del libro de Derechos Reales, en el cual se enumeran

⁴² AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *El derecho de la propiedad en la Constitución en THEMIS - Revista de Derecho*, Lima, [Recurso electrónico] Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109858.pdf>, 1996, 119.

⁴³ O'CALLAGHAN, Xavier; PEDREIRA ANDRAIDE, Antonio. *Introducción al derecho y derecho civil patrimonial*. Vol. I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1992, p.541.

⁴⁴ LAFAILLE, Héctor. *Tratado de Derechos Reales*, Vol. I, Buenos Aires, 1945, pag 568.

los diferentes modos de adquirir la propiedad y son: Apropiación⁴⁵, especificación⁴⁶ accesión⁴⁷, tradición⁴⁸, y prescripción⁴⁹. Por su parte la doctrina las ha clasificado de dos maneras, modos originarios y modos derivados de adquirir la propiedad en virtud de la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

Para GUZMÁN BRITO⁵⁰, el sistema de adquisición originario "...mejor se llamaría originante, se entiende a aquel con que comienza un dominio nuevo; cuya eficacia productora del mismo no depende de un dominio anterior; y cuya estructura no supone un correspondiente acto antecedente de otra persona que traspasa la cosa, tal como ocurre en la ocupación de animales salvajes".

Los modos originarios de adquirir la propiedad se manifiestan "cuando la cosa se adquiere independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (*res nullius*), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión y la prescripción adquisitiva"⁵¹, esto es, que cuando la cosa no proviene de un sujeto activo anterior a la relación jurídica, en estos casos, el derecho de propiedad se adquiere con total libertad y solo con los límites impuestos por la ley.

Por otro lado, tenemos a los modos derivados de adquisición de la propiedad. Se dice que el modo es derivado, cuando el titular ha transmitido su derecho a favor

⁴⁵ Artículo 929 del Código Civil: Apropiación de cosas libres "Las cosas que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por las personas que las aprehenda, salvo las previsiones de las leyes y reglamentos". *Código Civil*, Ed. Especial, Lima, Jurista Editores, 2016

⁴⁶ Artículo 937 del Código Civil: Adquisición: "El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada. La especie que resulta de la unión o mezcla de diferentes dueños, pertenece a estos en proporción a sus valores respectivos".

⁴⁷ Artículo 938 del Código Civil: Accesión: "El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere naturalmente a él".

⁴⁸ Artículo 947 del Código Civil: Transmisión de la propiedad: "La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".

⁴⁹ Artículo 950 del Código Civil: Prescripción adquisitiva, Requisitos de la usucapión de bien inmueble: "La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y publica como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe".

⁵⁰ GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*, Barcelona, Editorial Jurídica de Chile 1996. p.233.

⁵¹ JOSÉ PAPAÑO, Ricardo; y otros. *Derechos reales: Dominio, Tomo I*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989, p.263.

del adquirente. Para el maestro GUZMÁN BRITO, "...es derivativo el modo que traslada un dominio anterior con todas sus cualidades y defectos, resultando eficaz en cuanto ese anterior dominio haya verdaderamente existido, porque hay traspaso de un enajenante adquirente como sucede en la tradición"⁵².

Nuestro ordenamiento en el Código Civil, contempla diversos tipos de adquisición dentro del modo de adquisición primigenia u originaria de la propiedad.

En primer lugar, contempla la apropiación, desarrollada en el Artículo 929° que prescribe la regulación sobre apropiación de cosas libres. "Este modo de adquirir el dominio se verifica cuando alguien que tiene capacidad suficiente para ello, aprehende o toma una cosa mueble sin dueño o abandonada con ánimo de tenerla para sí, o bien pone la cosa en su presencia con la posibilidad física de tomarla y con intención de tenerla como suya"⁵³. Es decir, en estos casos sobre cosas muebles sin dueño o abandonadas, el legislador les brinda mediante la ley la propiedad del bien a quien adquiere la posesión mediante aprehensión.

En segundo lugar, contempla la adquisición por medio de caza y pesca. Sobre esto, la doctrina es uniforme al indicar que no todos los animales son considerados como materia de apropiación, pues los animales domesticos están excluidos de esta relación, excepto los que hayan recuperado su antigua libertad. Capcha Vera, enumera tres supuestos en los que se considera cazado aun animal y por defecto, propiedad del cazador, y son: "1. Cuando el animal es cogido o tomado, vivo o muerto por el cazador; 2. Cuando el animal ha caído muerto en las trampas puestas por el cazador; 3. Cuando el animal herido es muerto sin interrupción"⁵⁴.

En tercer lugar, contempla el *descubrimiento de tesoros*. PAPAÑO, en su tratado sobre "Derechos Reales", considera que es descubridor "quien primero hace visible el tesoro aunque sea en parte y aunque no tome posesión de él ni reconozca que

⁵² GUZMAN BRITO, Alejandro. Op. Cit.p.235.

⁵³ JOSÉ PAPAÑO, Ricardo; y otros. Op. Cit. p.193.

⁵⁴ CAPCHA VERA, Elmer. *El abc del Derecho: Civil Patrimonial*, Lima, Editorial San Marcos, 2011, p.165.

es un tesoro...”⁵⁵. En relación al Artículo 934°, podemos notar un límite al hallazgo de tesoros, pues dentro de él se conserva el respeto a la propiedad privada, indicando que nadie puede buscar un tesoro sobre predio ajeno, sembrado o edificado, pues si se lleva a cabo el hallazgo, éste pertenecerá íntegramente al dueño de la edificación.

Como cuarto punto, el código civil contempla el hallazgo de objetos perdidos o lo que la doctrina denomina ocupación de bien mueble⁵⁶. El Artículo 932°⁵⁷ del Código Civil, prevé un procedimiento que busca proteger al propietario de situaciones adversas si por cuestiones propias o externas, llega a perder la posesión de algún objeto suyo. Debemos tener en cuenta que el propietario del bien perdido no pierde el derecho de propiedad sobre el bien, pues el haber perdido la posesión no acredita la pérdida de la propiedad; sobre esto Alarcón Rangel menciona que “...este mandato legislativo tiene su sustento doctrinario en el convencimiento de que la cosa perdida no es *res nullius*”⁵⁸.

En quinto lugar, el Código Civil prevé la figura de la especificación y mezcla, contemplado en el Artículo 937°⁵⁹, en el cual se describe el modo en el que debe resolver el operador de la ley, en los casos previstos en ella. Debemos tener en cuenta que la norma bajo comentario “...contiene dos normas jurídicas distintas. La primera de ellas regula la especificación y la segunda el supuesto de mezcla, también conocido como confusión.” La especificación se presenta cuando una persona utiliza una materia prima ajena y, sin autorización del dueño de ésta,

⁵⁵ JOSÉ PAPAÑO, Ricardo; y otros.Op. Cit. 194.

⁵⁶ Puesto que eso es lo que en esencia es, el bien perdido que es hallado por un sujeto el cual hace posesión de él, lo está ocupando, pues toma posesión de ella con ánimos de hacerse de la propiedad, de ahí la denominación doctrinara.

⁵⁷ Artículo 932 del Código Civil: Hallazgo de objetos perdidos: “Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos”.

⁵⁸ ALARCON RANGEL, Teófilo. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p.214.

⁵⁹ Artículo 937 del Código Civil: Especificación u mezcla: “El objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada. La especie que resulta de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenece a estos en proporción a sus valores respectivos”.

produce un nuevo objeto por medio de su arte y trabajo. La norma especifica que si el autor de la obra que utilizó las materias primas ajenas, obró de buena fe, entonces éste solo debe reembolsar o pagar el valor de la cosa empleada al dueño primigenio.

En sexto lugar, la norma establece la figura de la accesión. En virtud de la accesión, el propietario de un bien adquiere lo que se une, adhiere o incorpora materialmente a éste, sea natural o artificialmente; para O'CALLAGHAN y PEDREIRA⁶⁰, agregan que la accesión es entendida en dos maneras: natural y artificial. La natural hace referencia a la unión o incorporación producida por un hecho de la naturaleza, ajeno a la voluntad del hombre y la artificial que es la producida por la actuación del hombre. El Código Civil por su parte, hace mención de distintos tipos de accesión, y la doctrina en relación a los artículos plasmados en ella, las ha diferenciado en accesión inmobiliaria, por aluvión⁶¹ y avulsión⁶², en accesión inmobiliaria industrial, dentro de la cual se considera a la construcción en terreno ajeno⁶³, construcción en terreno ajeno de mala fe⁶⁴, invasión del terreno colindante⁶⁵ y edificación siembra o plantación con materiales ajenos⁶⁶.

⁶⁰ O'CALLAGHAN, Xavier; PEDREIRA ANDRAIDE, Antonio. Op. Cit., p.541.

⁶¹ Artículo 939 del Código Civil: Accesión por aluvión: "Las uniones de tierra y los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes, pertenecen al propietario del fundo".

⁶² Artículo 940 del Código Civil: Accesión por avulsión: "Cuando la fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño, el primer propietario puede reclamar su propiedad, debiendo hacerlo dentro de dos años del acaecimiento. Vencido este plazo perderá su derecho de propiedad, salvo que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.

⁶³ Artículo 941 del Código Civil: Edificación en terreno ajeno: "Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno".

⁶⁴ Artículo 943 del Código Civil: Edificación de mala fe en terreno ajeno: "Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor".

⁶⁵ Artículo 944 del Código Civil: Invasión del suelo colindante: "Cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina sin que el dueño de esta se haya opuesto, el propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. Si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente. Cuando la invasión a que se refiere este artículo haya sido de mala fe, regirá lo dispuesto en el artículo 943

⁶⁶ Artículo 945 del Código Civil: Edificación con materiales ajenos o siembra de plantas o semillas ajenas: "El que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas

Por último, dentro de esta clasificación se considera a la denominada prescripción adquisitiva de dominio o usucapión, la cual tiene regulada sus requisitos a partir del artículo 950⁶⁷ del Código Civil. Según RODRÍGUEZ, se presenta la usucapión “Cuando se adquiere la propiedad o los derechos reales por la posesión a título de dueño, continuada por el tiempo señalado por la ley...”⁶⁸, es decir, consiste en un modo de adquirir la propiedad por medio de la posesión continua, pacífica y pública a título de propietario y por el tiempo fijado por ley.

Al respecto, O’Callaghan y Pedreira definen a la usucapión como “...un modo de adquirir el derecho de propiedad u otro derecho real poseible.”⁶⁹, agrega además, una definición clásica: “La usucapión es, un modo de adquirir la propiedad u otro derecho real posible por la posesión continuada durante el tiempo y con los requisitos que fija la ley”⁷⁰.

Pues bien, habiendo mencionado brevemente los supuestos que prevee nuestro ordenamiento jurídico sobre los modos originarios de adquirir la propiedad, debemos analizar los modos derivados, ya que sobre ellos se basa la investigación que traemos a colación.

Los modos derivativos son aquellos que se basan en un derecho preexistente: el anterior titular de éste lo transmite al adquirente o lo constituye sobre su propio derecho a favor del adquirente, es decir, “...se adquiere mediante un justo título de transferencia (negocio jurídico de disposición, como los contratos de compraventa, permuta, donación, etc.), que provee la causa legítima de la transferencia; y el modo

adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados. Si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica el párrafo anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.

⁶⁷ Artículo 950 del Código Civil: Requisitos de la usucapión de bien inmueble: “La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

⁶⁸ RODRIGUEZ MONTERO, Gustavo. *Aspectos Básicos del Derecho de Propiedad*, Barcelona, Editorial vLex, 2011, p.32.

⁶⁹ O’CALLAGHAN, Xavier; PEDREIRA ANDRAIDE, Antonio. Op. Cit., p.536.

⁷⁰ Ibidem, p. 536.

de adquisición propiamente dicho, que realiza efectivamente el traslado de la propiedad previsto en el título desde la esfera del transferente a la del adquirente”.⁷¹

Debemos agregar que cuando se habla de transferencia de propiedad, se entiende que “...esto no solo trae como consecuencia la traslación de la propiedad de una persona a otra, si no que trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones que pesaban sobre el primero, además de los que la ley imponga...”⁷², pues en el caso de los bienes inmuebles, existen cargas de índole tributaria, tasas municipales y hasta notariales al momento de la adquisición, las cuales recaen en el bien y es natural que la persigan sin importar el cambio en el titular del derecho.

La transferencia de propiedad está regulada en el subcapítulo IV, del capítulo segundo del Título II del Código Civil, y dentro de los artículos inmersos en su desarrollo, podemos notar que el legislador hace una diferenciación entre los tipos de transferencia de propiedad, puesto que no es lo mismo hablar de transferencia de bien mueble y de bien inmueble, ya que el sistema de transferencia de la propiedad es diferente para cada clase de bien.

De este modo, la doctrina peruana desarrolla el sistema del *título y modo* para los bienes muebles, y el sistema *obligacionista o espiritual* de la transferencia de la propiedad para los bienes inmuebles, constituyendo de esta forma como muchas otras instituciones jurídicas, un sistema mixto de transferencia de propiedad. El Artículo 947^{o73} del Código Civil, prescribe la transferencia de propiedad de bienes muebles, en el cual establece que ésta se dará por medio de la entrega o *tradición* del bien al adquirente para que pueda verse perfeccionada.

Para desarrollar esta institución jurídica, debemos saber antes a qué se hace referencia por título y modo, pues para que el adquirente llegue a ser propietario de

⁷¹ ZEGARRA MULÁNOVIC, Álvaro Op. Cit., p.68.

⁷² JOSÉ PAPAÑO, Ricardo; y otros. Op. Cit. 193.

⁷³ Artículo 947 del Código Civil: Transferencia de bien mueble: “La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

un determinado bien, no basta la celebración del acto que lo posibilita, sino que es preciso también que el vendedor realice la tradición en favor el comprador.

El título es un negocio jurídico obligacional que sirve de base para la transferencia de un derecho real. La doctrina establece que el título tiene dos acepciones jurídicas: En sentido sustantivo o material, es la causa o razón jurídica de la adquisición, modificación o existencia de un derecho (...). En sentido formal o instrumental, es la prueba gráfica o documental que constata o autentica aquella causa o razón de adquisición. Significa, también, el documento en el que consta un título inscribible en el sentido sustantivo o material⁷⁴.

El modo o *tradición* por otro lado, “es el acto (...) por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición para el adquirente”. Se refiere al acto de entrega o transmisión de la cosa por cualquier título. No implica solamente la entrega material, ya que nuestro ordenamiento contempla la *traditio ficta*⁷⁵, sino también la transmisión de la posesión jurídica de la cosa, no por causa desconocida, si no con la finalidad de que la persona a quien se transmite sea propietario. Para Díez-Picasso, la tradición por sí sola no sirve para transmitir el dominio, pues la entrega o la transferencia de la posesión es en sí misma un acto ambiguo, al que solo dota de sentido el negocio jurídico antecedente celebrado por las partes, que justifica la transmisión⁷⁶. De este modo, concluimos en que “...*el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real; y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona*”⁷⁷.

Por otra parte, el legislador ha previsto para la transferencia de bienes inmuebles otro procedimiento de transmisión que la doctrina a denominado ‘obligacionista’. El

⁷⁴ ORTEGA-VELEZ, Ruth citando BRUTAU PUIG, José. *Compendio de Derecho Civil, Vol. III*, Barcelona, Editorial Bosch, 1989, p.542.

⁷⁵ La *traditio ficta* se configura cuando la ley la considera realizada, aunque en realidad no se ha realizado físicamente.

⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, Ed. Tecnos S.A, 1983, pp. 648-649.

⁷⁷ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*, Chile, Editorial Jurídica Chile, 2010, p.133.

Artículo 949⁷⁸ del Código Civil, establece que la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace a la persona o al adquirente propietario del bien, instaurando así, una teoría diferente a la del título y modo, pues el solo acto que genere obligación al deudor de la prestación y que posibilite o que le otorgue el título de propietario al adquirente, lo convierte en propietario.

Al respecto, ZEGARRA indica, que “Para los bienes inmuebles, la ley dispone que la propiedad se adquiere desde el mismo momento en el que existe obligación de enajenar el bien, con lo que quiere dar a entender, con expresión oblicua y paradójica, que el título y el modo se identifican...”⁷⁹. Aparentemente el Código Civil le concede efectos reales a los contratos por los cuales se transfiere bienes inmuebles, pues no se exige un modo específico para que se haga efectiva la traslación del derecho.

Si bien el Artículo 949° regula la forma como opera la transferencia de la propiedad sobre bienes inmuebles, es claro que no se agota en el artículo señalado, es necesario ver otras normas como por ejemplo el Artículo 1135⁸⁰ sobre la concurrencia de acreedores, en el que se señala que en el caso de que concurren diversos acreedores a quien el mismo deudor se ve obligado a entregar un bien inmueble, se prefiere a aquel cuyo título fue primeramente inscrito en el registro correspondiente.

La concurrencia de acreedores es un punto débil en el despliegue de la teoría obligacionista o espiritual de la transferencia de propiedad inmueble, pues si tenemos en cuenta un contrato de compraventa de bien inmueble, su celebración genera de manera puntual el deber de transmitir la propiedad, por lo que se entiende que la obligación de transferir la propiedad se traduce en una obligación de dar.

⁷⁸ Artículo 949 del Código Civil: Transferencia de bien inmueble: “La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.

⁷⁹ ZEGARRA MULÁNOVIC, Álvaro. Op. Cit., p102.

⁸⁰ Artículo 1135 del Código Civil: Concurrencia de acreedores de bien inmueble: “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”.

Ahora bien, si el sistema espiritual de transferencia indica que la obligación del vendedor es la entrega, con la cual el adquirente puede colocarse en calidad de propietario del bien , ¿por qué el artículo 1135° referente a la concurrencia de acreedores pone al propietario que inscribe en el Registro por encima de otro posible propietario que no inscribió?

Es simple, nuestro ordenamiento jurídico nos otorga diversas salidas en lo que a seguridad de bienes inmuebles adquiridos se refiere. Pues una persona puede ser propietaria de un bien inmueble por medio de un contrato privado, un contrato privado con firmas legalizadas, una minuta de compraventa, escritura pública, etc. Las posibilidades son de alguna manera ilimitadas, pues no existe una formalidad exigida por la ley, pero, recaerá bajo nuestra responsabilidad si al elegir una de las opciones, ésta no genera la suficiente seguridad que se requiere y perdemos nuestro derecho en manos de otro propietario que sí tuvo la diligencia de inscribir.

CAPÍTULO II

LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL ORDENAMIENTO

JURÍDICO PERUANO

La prescripción es una institución jurídica que basa su condición en el transcurso del tiempo, el cual puede llegar a afianzar una situación de hecho o generar la pérdida de un derecho. Es decir, el paso del tiempo en el derecho significa la modificación de una determinada relación jurídica. Así lo indica Vidal Ramírez. "...la prescripción se puede entender como un medio o modo por el cual, en ciertas condiciones, el decurso del tiempo modifica sustancialmente una relación jurídica"⁸¹.

Indica Ennecerus, que prescripción es "...el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, distingue la prescripción adquisitiva —que nosotros preferimos llamar usucupativa o simplemente usucapión— de la prescripción extintiva"⁸².

Es común ver que dentro de la doctrina se suele buscar la naturaleza de las instituciones jurídicas, sin duda es un ejercicio común y habitual que aporta una ventaja a los operadores del derecho al momento de la interpretación y aplicación de la norma. En el caso de la prescripción, es unánime la opinión de que la seguridad jurídica es el fundamento y la razón de existir, avocando esta lógica a las dos afluentes que más adelante se desarrollarán⁸³.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es ampliamente conocida la naturaleza de la prescripción, pues está ya establecida una pariedad en su desarrollo, y esto deriva de que sus consecuencias demarquen una diferencia notable, estando una ligada a la pérdida del ejercicio de un derecho por el paso del tiempo llamada

⁸¹ VIDAL RAMIREZ, Fernando. *En torno a la prescripción extintiva*. Revista Oficial del Poder Judicial, Lima, N° 05, 2009. pp. 229.

⁸² KIPP WOLFF, Ennecerus. *Tratado de Derecho Civil*. Teoría del Derecho Parte General III, Vol. 2, Casa Editorial, Barcelona, pp. 1009-1010.

⁸³ Busto Pueche, J. *Acerca De La Naturaleza De La Prescripción Extintiva*. Revista De Derecho, N° 11, Oct. 2014, pp. 12.

prescripción extintiva; y la otra a la consolidación de una situación de hecho, llamada prescripción adquisitiva o usucapión.

Con respecto a lo anterior, agrega Vidal Ramírez: “Así planteado el dilema frente a la prescripción, legislación y doctrina peruanas han optado por la diferenciación de las dos clases de prescripción, desde que cada una constituye un instituto jurídico distinto, con sus propias características, aun cuando puedan tener como sustento común el transcurso del tiempo y que ambas sean instituciones jurídicas que se fundamentan en consideraciones de orden público”⁸⁴.

Nuestro código civil instituye en el artículo 1989 del Libro VIII: ‘Prescripción y caducidad’ los lineamientos sobre los cuales se desarrolla esta figura, teniendo en cuenta que solo está referida a la prescripción extintiva, mencionando a la prescripción adquisitiva en el artículo 950 del Subcapítulo V, del capítulo I sobre Propiedad en el libro de Reales del mismo cuerpo normativo. Esto no significa que el legislador dejó relegada o le resta importancia a la usucapión como figura jurídica, sino al contrario, tiene mucho sentido que se desarrolle en el libro de reales por corresponder a una forma de adquisición de la propiedad⁸⁵.

Al ser materia de estudio la prescripción extintiva y no la usucapión, es menester definirla tanto en sus alcances legales como doctrinarios.

La prescripción extintiva se encuentra contenida en el artículo 1989 del Título I, Libro VIII: ‘Prescripción y Caducidad’ y traduce lo siguiente:

⁸⁴ VIDAL RAMIREZ, Fernando. Op. Cit. pp.230.

⁸⁵ Tanto la prescripción adquisitiva como la prescripción extintiva fueron legisladas, durante mucho tiempo como si fueran la misma institución jurídica. Al respecto, Vidal Ramírez (2) menciona el Código Francés de 1804 y los Códigos, aún vigentes, argentino y español, que tratan a ambas clases de prescripción como dos aspectos de una sola institución. Así, el artículo 2219 de Código Francés establece que “la prescripción es un modo de adquirir o de liberarse por transcurrir un espacio de tiempo, en las condiciones determinadas por la ley”. Esta posición ha sido conocida como unitaria de la prescripción. En cambio, el derecho Moderno recoge lo que se conoce como la doctrina dual, que considera a la prescripción adquisitiva como una institución jurídica distinta a la prescripción extintiva, tratándose los códigos modernos en libros, secciones, títulos o capítulos diferentes. Así, nuestro código de 1984 trata de la prescripción adquisitiva, tanto mobiliaria como inmobiliaria, al legislar sobre los modos de adquisición de la propiedad, en el Libro V, que es el de los “Derechos Reales” (...); en tanto que regula la prescripción extintiva en el Libro VIII, que es el de la “Prescripción y Caducidad” (...). BERENGUEL HERNANDEZ, Luis. *La Prescripción y la Caducidad*, Editorial Gaceta Jurídica, San Isidro-Lima, 2012, p. 32.

“La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo”.

Esta norma postula una diferencia entre acción y derecho, indicando que no es el derecho el que prescribe, si no la acción. Entendiéndose de esta manera, que si el sujeto pasivo de la obligación, con o sin intención, dejó que el plazo de prescripción se computara, ya no puede ejercitar el derecho de acción para alcanzar la tutela jurisdiccional.

Sobre esto, debemos mencionar que hay un sector de la doctrina que sostiene la idea de que no es el derecho de acción el que debería atacarse, si no que debería considerarse directamente a la prescripción como excepción, ya que sin tener sustento material o sustantivo se puede ejercitar el derecho de acción en el órgano jurisdiccional competente, aun siendo declarada infundada posteriormente.

Al respecto, Vida Ramírez dice lo siguiente: “La interpretación del postulado no debe estar referida, pues, a la acción entendida como derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales, ya que careciéndose de derecho sustantivo o material puede plantearse una pretensión aunque posteriormente sea declarada infundada, o que existiendo un derecho sustantivo o material, a la pretensión se le oponga la prescripción y esta sea declarada fundada en razón del tiempo transcurrido desde que se podía ejercitar la correspondiente acción (...) la prescripción es, en esencia, y desde su origen románico, una excepción oponible a la pretensión para enervarla o neutralizarla. Por eso, es acertada la doctrina que ve en la prescripción no una causa de extinción de la pretensión, sino el fundamento de un medio de defensa, como es la excepción”⁸⁶

Por otra parte, la doctrina nacional ha adoptado lo que el código civil establece, como no puede ser de otra manera. Sobre esto, indica ALBALADEJO, “...que los derechos se extinguen cuando durante cierto tiempo permanecen inactivos e irreconocidos, es decir, no se ejercitan por el titular ni se reconoce su existencia por

⁸⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Código Civil Comentado, Tomo X: Prescripción y Caducidad*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p.231.

el obligado (A debe dar una suma a B). Tal figura se llama prescripción extintiva...”⁸⁷.

Teniendo esto en cuenta, podría pensarse que la facultad para reclamar un derecho desaparece, se extingue, pero no. Hay diferencia entre la prescripción de la acción y la del derecho mismo, pues la primera es denominada prescripción, y la segunda se denomina caducidad, de la cual no haremos un desarrollo exhaustivo en razón de su naturaleza en este trabajo de investigación, pero si deslindaremos brevemente las diferencias entre prescripción y caducidad para un mejor entendimiento.

Es el paso del tiempo el factor común –y más conocido- entre estas dos figuras, el cual nos suele llevar a pensar que sus efectos son los mismos, e incluso confundir una figura por otra.

Al respecto, versa la Casación N° 4879-2010-Lima lo siguiente: “Que, puede definirse la prescripción extintiva, como la inacción del titular de no querer hacer valer un derecho. Para su análisis resulta conveniente concordarlo con otro instituto como es la caducidad, en tanto ambos operan por el transcurso del tiempo; sin embargo, ambos tienen también diferencias notorias: La caducidad, desde una perspectiva puramente normativa, se afirma que extingue tanto la acción como el derecho (artículo 2003 del Código Civil), lo que quiere decir que producida la caducidad, no queda una obligación subsistente; mientras que la prescripción solo extingue la acción dejando subsistente el derecho al que a ella se refiere (artículo 1989 del Código Civil). La prescripción opera a invocación de parte, en tanto que la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte. El término general para la prescripción se rige por las normas generales del plazo establecido en el artículo 183 del Código Civil, mientras que la caducidad se produce transcurrido el

⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *La prescripción extintiva*, Segunda Edición, Ed. San José, Madrid, 2004, p.16.

último día aunque éste sea inhábil. El decurso del plazo exigido para que opere la prescripción puede ser suspendido e interrumpido por diversos motivos”⁸⁸

La caducidad es definida por nuestro código civil en el artículo 2003 del Título II, del Libro VIII: Prescripción y Caducidad, y prescribe lo siguiente:

“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”.

La norma es clara al indicar que la caducidad extingue el derecho, pero con él también la acción que genera, en otras palabras, extingue la pretensión que el titular debió hacer valer dentro del plazo establecido en la ley.

La caducidad, es una institución jurídica asentada sobre la inacción del sujeto que tiene potestad para ejercer un acto que tendrá efectos jurídicos, pero no lo hace dentro del lapso del tiempo que la ley establece para él, por lo que pierde el derecho a promover la acción correspondiente.

Pues bien, la prescripción extintiva tiene tres características fundamentales que la jurisprudencia ha logrado uniformizar como conceptos. Se encuentran expuestos en la CAS N° 4627-2013-Lima, la cual establece que: “Tres son las características de la prescripción extintiva: el transcurso del tiempo, la inactividad de la parte titular del derecho subjetivo y la falta de reconocimiento del sujeto pasivo de la relación jurídica”⁸⁹. El primer requisito, como se advierte, es un hecho natural en el que interviene el legislador para establecer un inicio y un final para el cómputo respectivo. Las otras dos características están ligadas a comportamientos que deben desplegar los sujetos de la relación jurídica para que se configure.

Indica también la mencionada sentencia, que “...tal sanción tiene como fin impedir situaciones de incertidumbre, objetivo que se justifica con la prosecución de determinados principios constitucionales tales como el principio de seguridad jurídica y el principio de orden público, los cuales se desprenden de la fórmula de

⁸⁸ CAS N° 4879-2010-Lima, Sentencia del 30 de abril del 2014, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, p. 79237.

⁸⁹ CAS. 4627-2013-LIMA, Sentencia del 30 de junio del 2016, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, p. 79237.

Estado de Derecho contenida en los Artículos 3° y 43° de la Constitución Política del Estado...”⁹⁰. De esta manera, entendemos que la prescripción se enmarca dentro de la lógica de que el Estado no puede tutelar indefinidamente las pretensiones -que no son ejercidas por su titular, ni son reconocidos por aquél sobre quien pesan-, pues ello iría contra la seguridad jurídica, y los sujetos estarían a merced de su contraparte, quien puede ejercer la acción en el momento que le plazca.

Ahora bien, la prescripción de las obligaciones de crédito o personales es lo que trae a colación el desarrollo de la prescripción dentro del ordenamiento jurídico nacional, pues esta investigación está ceñida sobre lineamientos específicos que nos llevan a una interrogante ¿Prescribe la acción de otorgamiento de escritura pública?. Esta es una cuestión que se desarrollará como tal en el capítulo siguiente, sin embargo, no podemos cerrar esta sección sin dejar en claro que la prescripción secunda el comportamiento –diferenciado- de los sujetos de la relación jurídica, en nuestro caso específico, dejándolo a merced de los 10 años que establece el código civil para la prescripción de acciones personales.

⁹⁰ Idem, p.79238.

CAPÍTULO III

EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA, UNA INSTITUCIÓN LEGALMENTE PRESCRIPTIBLE.

En el Derecho, existe un sin número de instrumentos con la capacidad de otorgar seguridad jurídica a un determinado acto engendrado por la voluntad de las partes, y en algunos casos deben ser custodiados por alguien: un notario público, con la finalidad de otorgar la certeza de que aquel instrumento público sea, sin lugar a dudas, el mismo que se suscribió por los sujetos titulares o sus apoderados, conforme a las normas respectivas de la ley y los alcances sobre la materia que regulan los supuestos en los que es necesario u obligatorio el empleo de una escritura pública.

La definición legal de Escritura Pública, se encuentra contenida en la ley del notariado del Perú (Decreto Legislativo 1049), que en su artículo 51 señala y establece que la “Escritura pública es todo documento matriz incorporado al protocolo notarial, autorizado por el notario, que contiene uno o más actos jurídico”⁹¹, agrega también en su artículo 50, que las escrituras públicas, quedan bajo el custodio del notario en los Registros de escrituras públicas, junto con las protocolizaciones y actas que la ley determina.

Por su parte, TAMBINI afirma que “...La escritura pública es el instrumento público protocolar por excelencia. Es el instrumento original que el Notario, autor del mismo, conserva en su protocolo luego de ser redactado y autorizado de acuerdo a las normas legales vigentes.

Este instrumento público formaliza una declaración de voluntad dictada en ejercicio de la autonomía privada, y al ser otorgado (asumido como forma de expresión de esa declaración de voluntad) es autorizado por el Notario (que le atribuye la fuerza

⁹¹ Decreto legislativo 1049: Ley del notariado, Art. 51.

de su fe pública), para conservarlo en su archivo notarial o protocolo, y expedir las copias que las partes requieran”⁹².

De manera semejante, la especialista ABELLA, quien hace un estudio sobre esta institución en su tratado “Derecho Notarial”, indica que la escritura pública es en efecto un instrumento público, en el sentido que desarrolla dicha función dentro de un determinado ordenamiento jurídico, además que solo puede ser emitida por notarios públicos u otros funcionarios con las mismas atribuciones autorizados por ley. Al respecto indica: “La escritura pública es un instrumento público. Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones autorizadas para ejercer las mismas funciones (...). La escritura es un instrumento público, pero no todo instrumento público traduce y representa una escritura pública. Ésta tiene una forma determinada, se configura a través de la función notarial, solamente puede ser hecha por el escribano o por otro funcionario autorizado a ejercer la actividad notarial”⁹³.

Debemos hacer énfasis en lo que señala la autora sobre la calidad de instrumento público que posee la escritura pública, así parezca redundante, pues toda escritura pública es un instrumento público, pero no todo instrumento público tiene la fuerza probatoria que posee la escritura pública, aún más en determinados actos jurídicos que señala el Código Civil, pues ésta constituye un requisito esencial para actos en particular, y su ausencia acarrearía forzosamente la nulidad.

La escritura contiene en su interior un acto jurídico, el cual se traduce en una declaración de voluntad que hace una de las partes con respecto de otra, teniendo el notario público el control de esta relación jurídica al conformar bajo todas las formalidades estipuladas por la ley dicha escritura. Al respecto, menciona Abella, que “...la escritura contiene un negocio jurídico, concretamente es una declaración

⁹² TAMBINI AVILA, Mónica. *Manual de Derecho Notarial*, Lima, Nomos Themis Editorial, 2006, p.109.

⁹³ ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial: Derecho documental - Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Editorial Zavalia, 2005, p.333.

de voluntad. El notario da forma a la voluntad declarada y a la actividad de las partes, conforme el derecho de fondo...”⁹⁴.

Entendido esto, debemos tener en cuenta que lo que constituye esencia de este instrumento público notarial es la recepción que el notario hace de la expresión o exteriorización de voluntad de la parte o las partes, y la subsiguiente conformación del documento protocolar, bajo la creación del instrumento en la forma legalmente adecuada de acuerdo con los lineamientos que la ley del notariado impone.

González indica al respecto, que la escritura pública se caracteriza por ser “...un instrumento típicamente notarial, de carácter protocolar, y cuya función es contener documentalmente las declaraciones de voluntad por la que los otorgantes disponen sus intereses mediante actos y negocios jurídicos...”⁹⁵. En las escrituras se hacen constar actos jurídicos en los que los otorgantes manifiestan su voluntad de obligarse.

De esta manera, entendemos que la escritura pública es todo instrumento matriz, cuya finalidad principal es la contención de actos o negocios jurídicos, los cuales son autorizados por un notario u otro funcionario habilitado en ejercicio de sus funciones, facultades y las formalidades que indique la ley para su constitución y probanza. En este aspecto, los actos o negocios jurídicos son entendidos como contenido principal, pues en ellos se ve reflejada la voluntad de obligarse de las partes. Es así, que tiene como efecto hacer constar la expresión de la voluntad en un acto jurídico, darle la forma notarial requerida o exigida según sea el caso.

La escritura pública es un documento de carácter público en el cual se establece la titularidad indubitable de un derecho en favor de un sujeto. El hecho de que dicho acto jurídico se suscriba como escritura pública por notario público, nos deja como ventaja la seguridad jurídica que proporciona la intervención del notario, pues la fuerza probatoria es más fuerte que la de un documento privado gracias a la fe

⁹⁴ ABELLA, Adriana. Op. Cit, p. 334.

⁹⁵ GONZÁLES BARRÓN, Gunther. *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, Lima, Jurista Editores, 2008, p. 637.

pública, además, su contenido se presume como verdadero, lo cual hace muy difícil el cuestionamiento del acto.

Esto nos hace pensar, ¿Qué pasa si las partes no cumplen o no quieren suscribir dicho contrato de compraventa por escritura pública?, y la respuesta es más que simple, conocida: Nada, no se genera ninguna consecuencia, pues mientras el acto jurídico no tenga una forma prescrita bajo sanción de nulidad establecida por ley, será válido y la eficacia del acto no se ve afectada, dejando bajo responsabilidad de los contratantes el nivel de seguridad jurídica que recaiga sobre los bienes contratados.

Debemos recordar que, “...en nuestra legislación prima la libertad de formas, reservándose las solemnidades para algunos pocos actos jurídicos debido a su naturaleza, importancia o riesgo en su contenido. Celebrado el acto jurídico de modo privado por cualquiera de las formas franqueadas por la ley, es regular que el titular del derecho adquirido por la celebración de ese negocio, pretenda asegurarse jurídicamente de mejor modo a través de una formalidad mucho más estable y digna de confianza”⁹⁶, lo cual deja expedito el derecho del adquirente de emplazar al vendedor para que éste cumpla con la formalidad, que si bien no es exigida bajo sanción de nulidad, por mandato del artículo 1549⁹⁷, debe cumplir con perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.

La forma de los actos jurídicos es un tema tratado de manera habitual en la doctrina nacional cuando hablamos de nivel de seguridad jurídica, pues al tratarse de un sistema mixto con respecto a la transferencia de propiedad derivada de un contrato de compraventa –sea mueble o inmueble- opera de manera distinta, y genera efectos distintos.

⁹⁶ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. *Anotaciones sobre el otorgamiento de escritura pública*, 2014, 1ra ed, Lima: Dialnet, p.7

⁹⁷ Artículo 1549 Código Civil: Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.

El artículo 143 del Código Civil, prescribe: “cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. De esta manera, entendemos que las partes gozan de libertad con respecto a la elección del nivel de seguridad que n que se acomoda más a sus necesidades, para probar a posteriori la existencia del acto celebrado.

Sobre el contrato y el principio de la libertad de forma, la jurisprudencia indica que: Ante la celebración de un contrato, los interesados son soberanos para escoger la forma que prefieran, salvo que la ley establezca una predeterminada...”⁹⁸. La libertad de forma es un principio del cual se desprende que las partes pueden escoger la forma que más les convenga para la celebración de su contrato, siempre y cuando dicha elección no contravenga la ley, es decir, que concierten en el acto todos los requisitos esenciales para su validez.

Indica Cortéz, que “...por medio de este principio las partes pueden decidir la forma que crean conveniente para manifestar su voluntad. Esta tiene que ser la más idónea para la concreción del acto y dar a conocer exactamente su intimidad por medio de la manifestación de la voluntad”⁹⁹.

Además de la forma, existe otra institución referida al cumplimiento de una determinada forma: la formalidad, la cual se encuentra establecida en el Código Civil y prescribe lo siguiente:

Artículo 144: “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto”.

⁹⁸ CAS. N° 2619-2014-Ica, Sentencia del 30 de setiembre del 2015, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”.

⁹⁹ CORTÉZ PEREZ, César Daniel. *La forma del Acto Jurídico en el Código Civil de 1984*, “Memorando de Derecho”, Bogotá, pp. 207.

Así pues, tenemos que de acuerdo a su clasificación en el art. 144° del Código Civil existen dos clases: *ad probationem* y *ad solemnitatem*¹⁰⁰. Sobre esto, TORRES establece una cuestión: ¿Cómo saber si estamos frente a una forma probatoria o a una forma solemne?, la respuesta es la siguiente: Si la ley señala una forma sin sancionar su inobservancia con la nulidad del acto, es probatoria; si la ley señala una forma sancionando su inobservancia con la nulidad del acto, es solemne”¹⁰¹.

Entendida así, la forma o solemnidad se requiere para la validez del contrato o para su probanza. Un contrato es solemne o *ad solemnitatem*, cuando la exteriorización es requerida dentro un marco ya establecido por la ley, o dicho de otra manera, una forma prescrita bajo sanción de nulidad, y en la cual, el omitir dicha forma determinada acarrearía la invalidez del negocio jurídico. De la misma forma, un contrato es *ad probationem*, cuando la ley no establece un camino a seguir, o una forma que, al no ser aplicada acarree la nulidad del acto jurídico.

Accesoriamente nuestro ordenamiento jurídico en el art. 235° del Código Civil¹⁰², contempla a los documentos como medios de prueba, los cuales a su vez, se dividen entre documentos privados y públicos, siendo los segundos, los que gozan de mayor relevancia y mayor fuerza probatoria. La escritura pública, según el inciso segundo del artículo, es considerada un instrumento público, por ser emitida por notario público, quien está facultado para dar fe sobre las relaciones jurídicas y los actos que emanen de ellas, otorgándole la cuota de fiabilidad requerida en determinados supuestos. He aquí una de la problemática que vislumbraremos más adelante, pues en el Perú, el sistema de transferencia de propiedad inmueble es consensual, es decir, no existe una forma requerida para que se transmita la propiedad, de esta forma la escritura pública no ocupa relevancia en el contrato de compra venta, y basta con un documento privado para probar que el contrato existe,

¹⁰⁰ Artículo 144 del Código Civil: Forma ad probationem y ad solemnitatem. Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

¹⁰¹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico. Lima: Editorial Moreno S.A., 2001, segunda edición, p. 312.

¹⁰² Artículo 235 del Código Civil: Es documento público: 1. El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones.

y la propiedad ha mutado de titular, aunque la sola obligación de enajenar sea suficiente.

Esto deriva del problema que trae a colación el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en nuestro Código Civil (tratado en el capítulo anterior), pues siendo consensual, espera se adecúe su forma de acuerdo a los intereses de los sujetos de la relación jurídica contractual de manera posterior, derivando del mismo que la sola obligación de enajenar un bien inmueble, hace al acreedor propietario de él; pero como ya dijimos, este tema se desarrollará más adelante.

Con respecto a la formas en el Perú, el nivel máximo de seguridad jurídica –de más a menos- lo otorga Registros Públicos, fundamentado en el artículo 2012° del Código Civil, el cual establece que todos tienen conocimiento de lo publicitado, sin admitirse prueba en contrario. Es importante recalcar que la escritura pública es el camino a la inscripción registral para que dicho acto sea oponible a terceros.

Un nivel abajo, en lo que a seguridad jurídica respecta, es la suscripción del contrato de compraventa ante notario: la escritura pública. Ya hemos desarrollado a la escritura pública con respecto a sus alcances como institución jurídica en el ordenamiento peruano, la cual si bien se hace valer por sí misma, ya que tiene la eficacia probatoria que exige el artículo 245° del Código Civil en su numeral 3: “Fecha cierta”, es un paso fundamental para lograr la inscripción en Registros Públicos, que es, como ya hemos anotado líneas arriba, el escalón más alto de seguridad formal vigente en nuestro ordenamiento.

Siendo así, entendemos que el contar con una escritura pública pone al titular de derechos ya ganados en una posición de mayor seguridad jurídica con respecto del acto que se ha llevado a cabo, por lo que, si no se celebró el acto mediante escritura pública, se puede demandar vía judicial.

Pues bien, nuestro Código Civil en su artículo 1412° del libro VII: Fuente de las obligaciones, prescribe lo siguiente:

“Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne

prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente”.

Podemos entender que de este artículo se desprende el fundamento legal del otorgamiento de la escritura pública, pues faculta a las partes a entablar vía judicial el pedido de la misma, si alguna de ellas no acude o se niega a concederla. Dicho de otro modo, si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública, u otro requisito que revista la forma solemne prescrita por ley o la que la partes hayan convenido en el contrato bajo sanción de nulidad, ambos tienen la capacidad de compelerse uno a otro, para poder llenar la formalidad impuesta y que ese contrato que en un primer momento se celebró por medio de un contrato privado, se suscriba con las garantías que nuestro ordenamiento jurídico ofrece.

Analizando este artículo, podemos determinar que existen dos condiciones para que las partes tengan derecho a la escritura pública.

Primero, que la escritura pública no constituya formalidad solemne con respecto al contrato. A manera de ejemplo, si un sujeto tiene una minuta conteniendo una donación, éste no tiene el derecho de exigir que el donante firme la escritura pública, pues ésta debió haberse suscrito al momento de la conformación del acto, ya que la falta de observancia de dicho requisito constituye causal de nulidad absoluta.

De esta manera, si la escritura pública es un requisito para la validez del acto o ésta se ha pactado en el contrato bajo sanción de nulidad, no será posible que pueda ser requerida vía judicial, pues básicamente el contrato que se pretende escriturar, es nulo desde su nacimiento. Así lo establece la Corte Suprema de Justicia como precedente judicial vinculante en la Sentencia 4442-2015-Moquegua, específicamente en el quinto considerando de la decisión: “La demanda por medio de la cual se peticiona el otorgamiento de la escritura de un negocio jurídico que,

precisamente, debe revestir esta última forma bajo sanción de nulidad, será declarada improcedente por petitorio jurídicamente imposible”¹⁰³.

Segundo, que se encuentre establecido en la ley o en el propio contrato, que las partes tienen la obligación de otorgar y/o solicitar la escritura pública, ya sea por formalidad o por una cuestión de seguridad jurídica.

El proceso de otorgamiento de escritura pública, “se orienta a dar formalidad a los actos jurídicos con la finalidad de otorgarles seguridad y afianzamiento, de tal modo que para el amparo del mismo se requiere indispensablemente de la existencia de un contrato cuya solemnidad se persigue...”¹⁰⁴; es decir, que ambas partes podrán recíprocamente compelerse para otorgar formalidad o mutar el negocio jurídico de escritura privada a escritura pública, pero teniendo en cuenta, que para esto debe existir un acto jurídico de manera anterior a la demanda, pues carecería de objeto exigir vía judicial la firma de la escritura pública, si el contrato aún no se lleva a cabo.

La Corte Suprema, en el IX Pleno Casatorio Civil desarrollado el año 2016, indica que el otorgamiento de escritura pública, es el proceso por medio del cual “...se peticiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412° del Código Civil en su primer párrafo...”¹⁰⁵. Los magistrados de la Corte Suprema, hacen énfasis en que la forma que debería tener el acto esbozado, no sea una forma prescrita por la norma bajo sanción de nulidad, pues de ser así, el acto jurídico sería nulo desde su

¹⁰³ CAS. 4442-2015-MOQUEGUA, STC del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016, Considerando VIII, inciso quinto.

¹⁰⁴ CAS. 2175-2015-HUAURA, del 15 de marzo del 2016, considerando octavo, publicado en el Diario Oficial “El Peruano”.

¹⁰⁵ CAS. 4442-2015-MOQUEGUA, STC del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016, considerando decimoquinto.

creación¹⁰⁶, y no sería posible que una de las partes le solicite a la otra que cumpla con la formalidad en otro momento que no sea la suscripción del contrato.

De la misma manera, en la CAS 2069-2001-Arequipa, en su considerando cuarto establece con respecto al otorgamiento de escritura pública "...que el proceso de otorgamiento de escritura pública tiene por finalidad dar una mayor seguridad a la celebración del acto jurídico, brindándole una mayor solemnidad o una formalidad revestida de mayores garantías; asimismo, hay que precisar que el artículo 1412 del Código Sustantivo establece que, si por mandato de la ley o por convenio, debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida"¹⁰⁷.

Sin embargo, se debe prestar considerable atención a la vía procedimental en la que se desarrolla esta acción, pues el código es bastante claro al establecer que se tramita en proceso sumarísimo, y se tiene que hacer un paréntesis en este punto, pues hay que entender qué es un proceso sumarísimo y contrastarlo con el otorgamiento de la escritura pública para conocer los alcances y las limitaciones que tenga el juez que conoce la causa.

El proceso sumarísimo es un proceso de menor cuantía, puesto que los plazos de actuación son más cortos, esto en razón de que los actos procesales se realizan de manera más concentrada y urgente. Debemos entender, que no por tener sus plazos más cortos es menos importante que un proceso abreviado, o uno de conocimiento, si no que en él se ventilan causas que no tienen más complicación, pues éstas ya se encuentran determinadas en la ley.

Al respecto, SILVA indica que "...la regulación en el Código Procesal Civil del proceso sumarísimo es de trámite simplificado, ya que, se reduce la cantidad de actos procesales a realizar, además se acortan los plazos, se limitan los medios

¹⁰⁶ Artículo 219: Nulidad del acto jurídico. - "El acto jurídico es nulo: 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad."

¹⁰⁷ CAS. 2069-2001-AREQUIPA, del 03 de Julio del 2002, considerando cuarto.

probatorios a presentar, así como los medios de defensa del demandado, con lo que se pretende un proceso expeditivo que haga honor al nombre, sin embargo, no estamos frente a un 'proceso sumario', en el sentido explicado líneas arriba, ya que, nuestro sumarísimo si bien es bastante reducido en plazos y actos, genera resoluciones que pueden obtener la calidad de cosa juzgada. Así una vez adquirida la santidad no son modificables ni revisables en ulterior proceso, salvo, que se impugne mediante el recurso extraordinario de nulidad de cosa juzgada fraudulenta”¹⁰⁸.

Por esto, si analizamos la estructura del proceso sumarísimo según el Código Civil, podemos determinar que el proceso sumarísimo no es considerado de cognición sumaria – es decir, que el conocimiento del juez sobre el fondo de la controversia no es limitado – si no que es tan o igualmente plenario como un proceso de conocimiento. En relación a lo anteriormente expuesto, la profesora Eugenia Ariano, en su papel de *amicus curiae* en el IX Pleno Casatorio, señala que: “...hay que diferenciar ‘cognición sumaria’ de vía sumaria. Debe tenerse en cuenta que el sumarísimo es tan plenario como un proceso de conocimiento amplio”¹⁰⁹.

Esto es entendible, puesto que el fin de un proceso judicial es la obtención de un resultado justo que otorgue a las partes lo que les corresponde, o “...a cada quien lo suyo”¹¹⁰, como indica Ulpiano. De esta manera, no se podría concebir que un magistrado no emita un fallo correcto, aun teniendo la capacidad y la facilidad, porque la vía procedimental en la que se demandó la causa no permite ir más allá.

¹⁰⁸ VALLEJO SILVA, José. *Reflexiones sobre la naturaleza del proceso de otorgamiento de escritura pública. A propósito de la sentencia del IX Pleno Casatorio Civil*, 2016 [Ubicado el 22.10.17]

Obtenido de <https://www.cathedralex.com/derecho-civil/reflexiones-sobre-la-naturaleza-del-proceso-de-otorgamiento-de-escritura-publica-a-proposito-de-la-sentencia-del-ix-pleno-casatorio/>

¹⁰⁹ “Es un proceso plenario, porque no hay limitación de lo que puede constituir objeto de discusión. [Sin embargo] aquí se dice, y aquí está la idea equivocada, que aquí no puede discutirse de la validez. ¿Por qué? Porque es sumarísimo, y no es pleno en consecuencia. El sumarísimo es tan plenario, como un proceso de conocimiento o abreviado, salvo que exista un factor sumarizante establecido por ley. Por lo tanto, un sumarísimo es capaz, como procedimiento, de albergar toda la discusión, lo que no es posible es reconvenir, lo que no significa que no se pueda excepcionar”. Eugenia Ariano Deho, Amicus Curiae IX Pleno Casatorio Civil, del 09 de agosto del 2016.

¹¹⁰ BERNAL MORENO, Jorge. *La idea de justicia*, 2005, [Ubicado el 22.10.17] Obtenido de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-posgrado.../15308>

Debemos aclarar que cuando hablamos de facilidad y capacidad para determinar lo justo en un caso, nos referimos –y solo por poner un ejemplo- a la nulidad manifiesta que hace referencia el IX Pleno Casatorio Civil, en el cual, se maneja la problemática de si en un proceso de otorgamiento de escritura pública, el cual se ventila en un proceso sumarísimo, se puede o no determinar la validez del acto jurídico, que como sabemos se ventila en un proceso de conocimiento, que se pretende escriturar. La sentencia de vista¹¹¹, tiene un fallo de más cuestionado porque permite que esto suceda, claro está, no sin un fundamento para basar la decisión, sino que además los *amicus curiae*¹¹², procesalistas y especialistas del derecho civil, opinan que no por ser un proceso sumarísimo no se puede hacer una valoración de los medios probatorios que esclarezcan el fondo de una controversia, pues sumarísimo no es igual que sumario.

Debemos precisar también que todos los *amicus curiae* deslindan en sus intervenciones su decantación por la tesis expuesta en el fallo. Al respecto, opina MEJORADA que, debe analizarse la validez del contrato que contiene la manifestación de voluntad de las partes, pues si se demanda el otorgamiento de la escritura pública de un derecho, éste debe estar contenido en un contrato, por ello el juez debe comprobar si la fuente justifica la tutela solicitada; agrega además, que si bien el juez no se limita a analizar la invalidez, éste no puede declararla, aunque el análisis que este haga de la causa no deba limitarse únicamente en la validez o invalidez, sino también a determinar la exigibilidad del derecho¹¹³.

El Artículo 1412° como ya hemos visto, es la base jurídica de donde nace el derecho a la escritura pública. Según el citado artículo, las partes tienen derecho de solicitarse mutuamente la escritura pública, siempre que concurren dos condiciones: Primero, que la escritura pública no constituya formalidad solemne del respectivo

¹¹¹ STC 4442-2015-Moquegua, STC del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016.

¹¹² El *amicus curiae* permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final. NÁPOLI, Andrés; VEZZULLA, Juan Martín. *El amicus curiae en las causas ambientales*, 2014, [Obtenido el 23/10/17], Disponible en: <http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

¹¹³ Cfr. CAS 4442-2015-MOQUEGUA, STC del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016, Numeral III, inciso 1.4.

contrato, pues si esto llegase a pasar, la demanda de otorgamiento de escritura pública sería desestimada como improcedente; y segundo, que se encuentre establecido en la ley o en el propio contrato, la obligación de las partes de firmar la escritura pública.

Sobre esto, indica ARAUCO: "...las partes tienen derecho a la escritura pública siempre que se cumplan dos condiciones: (i) que la escritura pública no constituya formalidad solemne del respectivo contrato (por ejemplo, si tengo una minuta de donación de un inmueble a mi favor, no tengo el derecho de exigir a mi donante que me firme la escritura pública, ya que ésta constituye formalidad solemne – “bajo sanción de nulidad”– de dicho acto); y (ii) que la ley o el propio contrato establezca la obligación de las partes de firmar la escritura pública...”¹¹⁴.

Desde nuestro punto de vista, la segunda de las condiciones que establece el artículo 1412° del Código Civil, es la que genera los problemas, pues los casos en los que nuestro Código Civil ha establecido como obligación de las partes el otorgamiento de la escritura pública, no se encuentra delimitado en su totalidad, ni tampoco responde a una coherencia lógica interna, pues existen contratos con efectos reales¹¹⁵ que duran más de 10 años, es decir, exceden el plazo que la ley impone para la prescripción de los actos personales que impone el artículo 2001° en su primer numeral; pero este es un tema que abordaremos más adelante.

Nuestro Código Civil establece, como hemos visto, la obligación de las partes a firmar la escritura pública siempre que ésta constituya para aquellas un adicional, es decir, para que sume o las ponga en una mejor situación de la que se encuentran cuando tienen un contrato que no ha sido suscrito en sede notarial, entiéndase, uno

¹¹⁴ PASCO ARAUCO, Alan. *El derecho a la escritura pública. Hacia lo imprescriptible*, 2017, p.4, [Ubicado el 23/10/17], Obtenido de: https://works.bepress.com/alan_pasco/56/download/

¹¹⁵ La definición que contiene el artículo 1351 del código civil suministra una idea no sólo de su estructura –acuerdo de dos o más partes–, sino también de su función, es decir, indica que este instrumento sirve para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La referencia a un concepto amplio como es el de “relación jurídica patrimonial” permite precisamente asignar al contrato una función que no está circunscrita únicamente al campo de las relaciones obligatorias sino a cualquier tipo de relación jurídica que, siendo o no una obligación, tenga contenido patrimonial. Pontificia Universidad Católica. (Lima). [En línea]. *El contrato con efectos reales*, 2012, Portal de información y opinión legal, Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe>

con escritura pública; claro está, que los contratos en cuestión, deben ser pasibles de llegar al registro, tanto por una cuestión de utilidad como de legalidad.

Al respecto, PASCO agrega que “Esto ocurre en todos aquellos contratos sobre bienes que generan situaciones inscribibles en el Registro (contratos traslativos de propiedad, contratos mediante los cuales se constituyen derechos reales menores, contratos de constitución de garantías reales, contratos mediante los cuales se constituyen determinadas situaciones jurídicas que no llegan a calificar como derechos reales), pues contar con una escritura pública le permite al adquirente registrar su derecho y dotarlo de una mayor protección (una “mayor protección” del derecho representa, sin duda alguna, un plus)”¹¹⁶.

Carecería de sentido que la ley puntualice los supuestos en los que se debe otorgar escritura pública, pues para algunos, incluido el legislador, la utilidad es más importante que la legalidad. Por ejemplo, no tendría sentido que la ley establezca el derecho a la escritura pública en contratos de obra, contratos de mandato, o en general en contratos atípicos que contengan obligaciones de hacer o no hacer y que no repercutan sobre bienes. En estos casos, el que las partes tengan sus respectivos contratos en escrituras públicas no les suma nada, pues finalmente dichas escrituras no accederán al Registro, con lo cual a las partes les resulta indiferente que el acuerdo contractual conste en un documento privado o en un instrumento público. Sin embargo, si las propias partes lo consideran pertinente podrían establecer como obligación contractual formalizar el contrato en escritura pública.

Dicho esto, y de manera un tanto insistente, las únicas figuras que interesan a esta investigación son aquellas consideradas como contratos traslativos de dominio: llámese compraventa, permuta y donación. Pero claro, la donación no debe ser mencionada, porque para ella sí existe una formalidad *ad solemnitatem* requerida para su validez, y con ello, no podría instaurarse un proceso de otorgamiento de

¹¹⁶ Cfr. PASCO ARAUCO, Alan. *El derecho a la escritura pública. Hacia lo imprescriptible*, 2017, p.4, [Ubicado el 23/10/94], Obtenido de: https://works.bepress.com/alan_pasco/56/download/

escritura pública, pues dicha demanda como ya lo hemos mencionado, sería declarada improcedente.

Como hemos visto, la regulación de nuestro Código Civil en lo que se refiere al derecho a la escritura pública no está completa, pues genera que tengamos contratos en los que, constituyendo la escritura pública el instrumento fundamental para la plena oponibilidad y protección del derecho, el interesado quede imposibilitado a exigir a su contraparte el cumplimiento de la formalidad, porque en un primer momento ambos sujetos no especificaron en el contrato esta obligación que a nuestro entender, es esencial.

Se ha desarrollado ya en el anterior capítulo, los modos de transferencia de propiedad, y era menester desarrollarlos puesto que para que podamos determinar qué significa 'perfeccionar la transferencia', se debe haber puntualizado en qué momento se produce la transferencia de propiedad¹¹⁷. Sobre esto, debemos señalar que nuestro Código Civil no es la mejor base para determinarlo, pues hay artículos que por sí solos no nos dan una respuesta coherente, y es mayor la duda cuando se interpretan de manera sistemática.

El artículo 949° del Código Civil establece que la sola obligación de enajenar un bien inmueble determinado hace al acreedor propietario de él. Sin lugar a dudas la interrogante que bajo este criterio nos aborda sería: ¿Por qué inscribir? Por qué si la norma encargada de regular este tipo de situaciones indica que, en el caso de la compraventa, se otorga la calidad de propietario al adquirente con el único requisito de pagar el precio, se prevé en el Artículo 1412° que se debe otorgar escritura pública, y más aún, que debe perfeccionar la transferencia de la propiedad en el Artículo 1549°. Pero, sin duda lo peor, es que aun sin constituir un requisito de

¹¹⁷ El legislador con respecto al momento en que se produce la transferencia en un contrato de compraventa, estableció en el Código Civil un sistema mixto, por cuanto recogió la consensualidad del sistema de la unidad del contrato, para la transferencia de los bienes inmuebles; y la entrega, del sistema de separación del contrato, para la transferencia de los bienes muebles. Así se desprende de la lectura de los Artículos 949° y 947° del Código Civil, respectivamente. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Código Civil Comentado*, Tomo VII: Derechos de Contratos, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 122.

cumplimiento obligatorio en el contrato, el Artículo 1135¹¹⁸ indica que ante una concurrencia de acreedores de bien inmueble, se preferirá al acreedor cuyo título figure inscrito, y como ya hemos abarcado, la escritura pública es el primer paso para la inscripción en Registros Públicos.

Creemos que el denominado sistema de transferencia espiritual o consensual peruano, que encuentra su base legal en el Artículo 949° de nuestro Código Civil, no es perfecto, por consiguiente, no brinda seguridad, garantía, ni certidumbre jurídica a los usuarios que adquieren una propiedad inmueble. Es preciso aclarar, que cuando el mencionado artículo prescribe: "...la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario; salvo disposición legal diferente o pacto en contrario". Considera nuestro Código Civil como pacto en contrario, los Artículos 1583° (Compraventa con reserva de propiedad) y el Artículo 1585° (pacto de reserva de propiedad en el arrendamiento-venta) del Código Civil.

El problema surge cuando existen dos o más personas que intervienen en la adquisición de la propiedad inmueble, lo cual se conoce en nuestro ordenamiento como concurrencia de acreedores¹¹⁹, que deriva por lo general de la doble venta y se traduce en el Artículo 1135°. Debemos tener en cuenta que, en un plano ideal, este sistema funcionaría a la perfección, pues si se respetara la propiedad privada y todos actuáramos en orden estricto a lo que nos corresponde, el legislador no tendría que verse en la necesidad de anticipar estos supuestos.

VIDAL, indica al respecto que "...el artículo 949° (desde luego tiene el problema de falta de publicidad y no de poder excluir esta propiedad a terceros), no es absoluto en su concepción espiritualista francesa, por el cual la sola voluntad todopoderosa

¹¹⁸ Artículo 1135° del Código Civil: Concurrencia de acreedores en bien inmueble: "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".

¹¹⁹ Los artículos 1135° y 1136° se refieren al supuesto denominado "concurrencia de acreedores" en el cual un mismo deudor se obliga a entregar a diferentes acreedores, en virtud de títulos distintos, el mismo bien. Dichas normas se refieren a obligaciones con prestación de dar cualquiera que sea su fuente o función.

hace propietario al acreedor, el solo acuerdo de voluntades transmite la propiedad inmueble del vendedor o titular del derecho de propiedad al comprador o sujeto, quien espera el cumplimiento de la prestación; este principio evidentemente es perfecto y no surte ningún problema”.

Estamos de acuerdo, este artículo no debería tener ningún obstáculo para poder aplicarse de la mejor manera. No obstante, retomando la interrogante, ¿qué pasaría en el supuesto que el vendedor efectúe una segunda venta del bien a un tercero? Estaríamos ante dos actos jurídicos que tienen como finalidad la transmisión de propiedad inmueble, y claro, ésta sería beneficiosa para el segundo comprador, quien al tener la diligencia de inscribir en el Registro correspondiente, cumple los requisitos y encaja en la figura de tercero de buena fe, aduciendo que no conocía la primera venta, pues confió en el mismo Registro al momento de hacer la compra, la cual evidentemente no reflejaba la realidad¹²⁰.

De esta manera, el primer comprador empezó a usar el bien haciendo uso de los atributos que la calidad de propietario le otorga, pues con respecto al código y el mandato del artículo en cuestión, el primer comprador decidió no hacer más que ampararse en el principio consensual: “el solo contrato te hace propietario”, y no se le exigió ningún otro requisito obligatorio, ni que el título tenga que ser inscrito para poder oponer y excluir su derecho. El derecho de propiedad que no puede ser oponible a terceros, traerá problemas de ésta índole; por lo tanto, se trata de solucionar un problema de incertidumbre social respecto al adquirente de un bien, razón por la cual el legislador al brindar la enfermedad (Artículo 949°), trata de brindar la cura (Artículo 1135°) por el cual, ante la presencia de dos títulos, se preferirá al de buena fe y el que inscribió su derecho primero en el registro.

Como hemos visto, la deficiencia de la redacción del artículo 949° en el Código Civil es que establece una respuesta sobre la transferencia de la propiedad inmueble

¹²⁰ RAMOS VIDAL, Jorge. *El sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el derecho civil peruano*, 2016, Lima, p. 32. [Obtenido el 13/09/17], Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/\\$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/4F8957B52C7F4583052579B50075B041/$FILE/SISTEMA_TRANSFERENCIA_PROPIEDAD_DERECHO_CIVIL_PERUANO.pdf)

que no ofrece seguridad en el plano práctico. Sin embargo, después de haberla analizado podemos determinar que, para el ordenamiento peruano, la transferencia de la propiedad se determina y perfecciona, con la sola suscripción del contrato; es decir, que la traslación de la propiedad es el efecto del contrato de compraventa.

ALBALADEJO opina al respecto, que “...una compraventa de inmueble queda absolutamente perfeccionada con el consentimiento de las partes (Artículo 949 del Código Civil). En tal sentido, la esfera de deberes del vendedor se circunscribe exclusivamente a ciertos actos puntuales: El vendedor queda en el deber de entregar el bien, así como sanear el bien vendido y de sufragar los gastos de entrega o transmisión”¹²¹. Esto a razón del artículo 1529^{o122}, el cual establece que por la compraventa, las obligaciones esenciales que emanan de dicho contrato son las de transferir la propiedad del bien (por parte del vendedor), y pagar su precio en dinero (por parte del comprador).

De esta manera, el contrato de compraventa crea una relación obligacional entre vendedor y comprador. Sin embargo, debemos recalcar que, contrariamente a lo dispuesto por la norma que define el contrato, no siempre el vendedor asume realmente la obligación de transferir la propiedad del bien materia del contrato.

Esta situación se presenta en los casos en que la compraventa produce efectos reales. Así, cuando el bien materia del contrato es un inmueble, la transferencia de la propiedad es un efecto de su celebración. La misma consecuencia jurídica se produce cuando se vende un bien mueble que el comprador ya está poseyendo por un título distinto. En estos casos, el vendedor no solo no se obliga a ejecutar prestación alguna que permita la transferencia de la propiedad, sino que es

¹²¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Vol. II, 1997, Editorial Bosch, Barcelona, p. 332.

¹²² Artículo 1529: Compraventa: “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero”.

jurídicamente imposible que lo haga, toda vez que la propiedad ya fue transferida a favor del comprador, antes del nacimiento de la relación jurídica¹²³.

Sobre esto, LOHMANN en su tratado sobre la regulación de la reserva de propiedad, sobre las implicancias del artículo 1549° indica que: "...el vendedor debe perfeccionar la transferencia de la propiedad, más no provocarla. Habida cuenta que la palabra 'perfeccionar' significa terminar o acabar algo que está incompleto o inconcluso. Considera el autor que el artículo en cuestión supone que la transferencia de propiedad, mueble o inmueble, opera como efecto natural del contrato de compraventa, de modo que al vendedor solo le resta culminar dicha transferencia"¹²⁴.

El citado autor menciona, que el hecho que nuestro ordenamiento ostente dos tipos de transferencias para dos clases de bienes distintos (mueble e inmuebles), no significa que uno contravenga al otro, puesto que en nuestro ordenamiento opera la *traditio ficta* por cambio de título posesorio, y teniendo en cuenta que mediante la celebración del contrato de compraventa el vendedor cambia el título posesorio, si éste aún mantiene la posesión del bien –es decir, no ha efectuado la *traditio*- ya no lo hace como propietario.

Llegados a este punto, sabemos que como nuestro sistema de transferencia de inmuebles es espiritual, y que su celebración única y principalmente genera el deber de transmitir la propiedad, se traduce en la obligación de dar. De este modo, el perfeccionamiento de la transferencia¹²⁵ implica que el vendedor debe realizar todos

¹²³ Cfr. BOLAÑOS VELARDE, Víctor. *La resolución por incumplimiento en el caso de la compraventa, Los contratos consecuencias jurídicas de su incumplimiento*, 1ra edición, Lima, Gaceta Jurídica, p. 280.

¹²⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Notas polémicas sobre la regulación de la reserva de propiedad.

¹²⁵ También constituyen casos de perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad la individualización a cargo del vendedor en el caso de la compraventa de cosas genéricas, la elección a cargo del vendedor en el caso de la compraventa de cosas alternativas, la adquisición de la cosa por el vendedor en el caso de la compraventa de cosas ajenas y la existencia de la cosa en el caso de la compraventa de cosas futuras. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Op.Cit*, p. 139.

los actos que estén a su alcance para que el adquirente pueda ejercer los atributos de propietario que le son inherentes después de la suscripción del contrato.

Con respecto a lo anterior, la jurisprudencia hace ya varios años se ha decantado por vincular al perfeccionamiento de la propiedad con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente: “Que al respecto debe señalarse que los procesos de otorgamiento de escritura pública están destinados a la formalización del acto jurídico, y, si bien es cierto no es un elemento necesario para que se perfeccione la transferencia, constituye una formalidad establecida por ley o por convenio de las partes (...) El proceso de otorgamiento de escritura pública no es exclusivo para contratos de compraventa en el cual, por prescripción del artículo 1549 del Código Civil, es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de propiedad, sino a todo acto jurídico, salvo aquellos para los que la norma exija formalidad alguna bajo sanción de nulidad...”¹²⁶.

Debemos tener en cuenta, que el IX Pleno Casatorio Civil pondera a la escritura pública como una obligación derivada del contrato de compraventa, y en su numeral 88¹²⁷ prescribe que la obligación de elevar a escritura pública el contrato constituye, salvo pacto en contrario, una obligación esencial, por aplicación analógica del artículo 1549° del Código Civil; agregando detalles como que no puede llevarse a cabo si una obligación principal como el pago¹²⁸ no se ha ejecutado.

¹²⁶ CAS. N° 1032-2015-Huaura, Sentencia del 30 de junio del 2016, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”.

¹²⁷ En el caso del contrato de compraventa tenemos que el comprador asume la obligación de pagar el precio de venta (artículo 1558 del Código Civil), mientras que el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: “Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien”. Luego, si el comprador (demandante) petitiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde. CAS 4442-2015-MOQUEGUA, Sentencia del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016, Considerando 88.

¹²⁸ El pago o cumplimiento tiene como fin satisfacer el interés del acreedor, lo que se conseguirá mediante la realización de la conducta debida (ejecución de la prestación). Pero como ya se dijo, tal conducta deberá satisfacer determinados requisitos objetivos que le dan idoneidad al pago. Por lo tanto, el pago no es la realización de un simple comportamiento, sino una conducta alineada con los términos que se pactaron: lo que se convino (objeto), la totalidad de lo que se convino (integridad) y

Todo lo que hemos desarrollado hasta el momento, parece confirmar la aparente prescriptibilidad, o lo que hemos denominado prescriptibilidad formal del otorgamiento de la escritura pública, considerando que esta figura es una obligación de hacer y no de dar, como lo son las obligaciones que derivan automáticamente del contrato de compraventa en razón del artículo 949° y el 1529°, que aun siendo ambiguos –como ya lo hemos demostrado- son los que la ley establece.

A manera de comentario, pensamos que este tema debió verse zanjado en el IX Pleno Casatorio, pues en este se trata todo lo referente al otorgamiento de la escritura pública, excepto algo fundamental: el plazo para requerirla. Así, los jueces supremos no vieron necesario desarrollar esta problemática en esa oportunidad, aduciendo que es imperioso ventilarla de forma independiente en otra ocasión.

Regresando al tema principal, lo que en la doctrina se ha llamado derecho a la escritura pública, se traduce en la facultad de exigir a alguien –la otra parte contratante- que cumpla con lo dispuesto en el contrato o, dicho de otra forma, que cumpla con la formalidad requerida, y esto a su vez se traduce en un accionar que debe desplegar el interesado.

Hemos mencionado párrafos arriba, que una persona tranquilamente puede vivir con un bien inmueble comprado sin haber hecho más que pagar al antiguo propietario una suma de dinero; es decir, sin la necesidad de elevar a escritura pública y sin haber hecho el trámite para el cambio de titularidad en registros públicos, aunque, ante esta falta de diligencia se pueda presentar una concurrencia de acreedores (Art. 1135°) y la situación se torne oscura para el propietario que decidió no inscribir.

Esta falta de diligencia en la que hemos hecho hincapié, es castigada de varias formas en nuestro ordenamiento. Ya hemos hablado del concurso de acreedores y el beneficio al comprador-propietario que se toma la molestia de inscribir su predio

el tiempo en el que deberá ejecutarse lo que se convino (oportunidad). GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil Comentado, Tomo IV: Obligaciones*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2012, p. 426.

al momento de la compraventa, pero este no es el único inconveniente con el que se encontrará.

A saber, desde la época del derecho romano, se ha visto conveniente establecer plazos dentro de los cuales es posible ejercitar un derecho o dentro de los cuales la inactividad del titular determina su privación o desprotección de lo que jurídicamente le corresponde¹²⁹. El principal fundamento de esta figura es el generar seguridad en la sociedad y garantizar a quien tiene un deber o deuda que no pesará indefinidamente sobre él o sobre sus herederos¹³⁰. Por el contrario, la sola posibilidad de que algo pueda ser exigible de forma ilimitada en el tiempo, plantea graves problemas al ordenamiento jurídico, haciendo imposible la vida social y la administración de justicia.

Es sin duda la prescripción extintiva, una figura de mucha relevancia en nuestro ordenamiento jurídico y necesaria para que una sociedad de derecho se mantenga como tal, siendo que su fundamento es generar seguridad jurídica liberando del peso del cumplimiento de una obligación, y no estar a merced de la contraparte en relación al tiempo que a ésta le sea conveniente la realización de la misma. Por ejemplo, si pensáramos en algún caso penal, todos los delitos prescriben –excepto algunas excepciones- lo mismo en el caso administrativo, donde las sanciones incluso cuentan con plazos de extinción de ejercicio.

En el caso del Derecho Civil, como no puede ser de otra forma, opera de la misma manera y con el mismo fundamento. El legislador optó por instaurar en el Código Civil actual que ninguna pretensión podría sobrepasar el plazo de prescripción de 10 años, y teniendo en cuenta la naturaleza de los actos que se ventilan en la vía judicial, es un plazo prudente, razonable y más que suficiente.

¹²⁹ El término tiene origen en Roma con la "*Longi temporis praescriptio*", 'Prescripción adquisitiva de fundos por el transcurso de mucho tiempo: 10 años entre presentes y 20 entre ausentes'. Exige efectiva y prolongada posesión por el adquirente, justo título y buena fe. Fue establecida por los pretores y era accesible a los extranjeros. MACHIADO, Jorge. *La Prescripción*, 2015, [Obtenido el 22/11/17], Disponible en: <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2013/04/pre.html>

¹³⁰ Cfr. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. *Anotaciones sobre el otorgamiento de escritura pública*, 2014, 1st ed, Lima, Ed. Dialnet, p.16.

La norma es clara, 10 años es el plazo máximo que tiene una persona para ejercitar una pretensión ligada a un derecho, pues como ya hemos dicho, es tiempo más que suficiente y las pretensiones por cuestión de garantía no puede vivir eternamente, excepto de modo excepcional. La excepcionalidad en ésta figura es un concepto importante y que debemos aclarar de sobremanera, pues el legislador ha optado por la regla de la prescripción, debido a las razones que anteriormente hemos citado, y así lo indica la norma.

Dicho esto, si en nuestro sistema se ha optado por la prescripción de las pretensiones como regla, la imprescriptibilidad solamente puede operar de modo excepcional, y las excepciones solo pueden ser creadas vía ley. Además, si el legislador no colocó en dicha norma un supuesto puntual sobre la excepción a la prescriptibilidad del otorgamiento de la escritura pública como un acto personal, es porque así lo creyó conveniente. En fin, el tema de la imprescriptibilidad es el fondo del siguiente capítulo, y no vamos a hacer énfasis en ella por ahora.

El artículo 2001°, exhibe en su primer literal, un plazo de 10 años para los actos personales y los actos reales –que son los que importan en esta investigación– además de los que derivan de una ejecutoria y la de nulidad de acto jurídico. El otorgamiento de la escritura pública al ser un acto personal se ubica en el primer supuesto, y con ello se entiende que el sujeto interesado no puede dejar pasar más de 10 años para que su derecho alcance tutela judicial, el no hacerlo por otro lado, podría generar un problema mayor y dar cabida a que el sujeto al cual no demandó para el otorgamiento de la escritura en el plazo que le correspondía, pueda aprovecharse de la fe pública que otorga el registro y negociar con otras personas el predio que en ese momento ya no le pertenece.

Esto sin duda, representa un verdadero problema, pues el haber dejado que el derecho de acción prescriba, supone un obstáculo para conseguir que haya una adecuación entre la realidad y Registros Públicos.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que, formalmente el otorgamiento de la escritura pública es una pretensión de tipo personal; es decir, una obligación que el

interesado debe exigir para su cumplimiento, desplegando todos los beneficios y restricciones que por su naturaleza merece. Es por ello que se aplica el inciso a) del artículo 2001°, esto es, que ese derecho de acción tiene 10 años para ser ejercido; de no ejercerse en el tiempo adecuado, el demandado solo deberá interponer la excepción de prescripción, y quedará liberado de esta carga.

Por último, debemos dejar en claro que lo vertido en este capítulo, es el correcto funcionamiento e interpretación de los artículos que se encuentran inmersos dentro de esta problemática. Es necesario recalcarlo, porque actualmente el otorgamiento de la escritura pública tiene un trato jurisprudencial distinto al que tiene en la doctrina y en la norma, pues es considerado imprescriptible por estar ligado a la defensa del derecho de propiedad, y equiparado a atributos de la misma como la reivindicación. Véase por ejemplo, la CAS. N° 1056-2001-Cono Norte, la CAS. 1998-2003-Ica y la CAS. 3333-2006-Ica, ésta última, en su inciso sexto y séptimo prescribe lo siguiente: “La acción del comprador, ahora propietario, a fin de que la compra venta conste en una escritura pública, emana también de su derecho de propiedad, conforme a los artículos 923° y 927° del Código Sustantivo, y tiene por objeto dar mayor seguridad al contrato ya celebrado, por lo que no está sujeto a término de prescripción. Séptimo.- Es que los plazos de prescripción no pueden ser aplicables a este tipo de acciones que buscan proteger el derecho de propiedad ya adquirido, pues conforme se ha establecido, el otorgamiento de la escritura pública es la formalidad que sirve para la inscripción del derecho de propiedad, el mismo que necesita de dicha inscripción para ser oponible a terceros”¹³¹.

¹³¹ CAS. 3333-2006-ICA, del 26 de octubre del 2006, considerando sexto y séptimo.

CAPÍTULO IV

LA NECESIDAD DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO, A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN 3333-2006-ICA.

En el primer capítulo, hemos desarrollado el derecho de propiedad en sus aspectos genéricos y característicos, los que en este capítulo serán claves, pues, es por la vulneración al derecho a la propiedad que el máximo tribunal judicial peruano ha optado por el fallo que aquí cuestionamos.

El derecho a la propiedad está reconocido en la Constitución vigente como un derecho fundamental y recae sobre una diversa cantidad de bienes urbanos factibles de apropiación, los cuales a su vez son garantizados por el Estado en cuanto a seguridad jurídica se refiere, siendo éste el encargado de brindar las herramientas necesarias para lograr dicho fin.

Afirmado este punto y la importancia del derecho de propiedad para nuestro ordenamiento jurídico y el estado de derecho, es conveniente analizar el porqué de la salida que toma la Corte Suprema para determinar que la tutela y preponderancia del derecho de propiedad es más importante que los lineamientos de la ley y la doctrina sobre la materia, pues tratándose de la analogía y su regulación en el Código Civil, no podemos tomar su vulneración a la ligera, sino más bien hacer un análisis exhaustivo de la casuística particular. Es decir, no es correcto –y suena evidente- que un juzgador emita una sentencia vulnerando la ley.

Ya hemos hablado en el capítulo antecedente que el otorgamiento de escritura pública es un derecho que puede ejercer el propietario en virtud de un mandato expreso de la ley –en los casos en que sea requisito indispensable para su validez- o por convenio de las partes estipulado en el contrato¹³², ya que no forma parte de

¹³² El artículo 1412 del Código Civil regula los alcances del otorgamiento de la escritura pública, estableciendo que, si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o

las obligaciones inherentes al vendedor¹³³. La concepción a la que hacemos referencia es la prescriptibilidad formal del otorgamiento de escritura pública, pues es una acción personal¹³⁴ que debe desplegar el interesado y como tal, si no se ejerce en el tiempo que establece la ley, se verá desprotegido.

Podría decirse que el juicio vertido en el segundo capítulo de esta investigación es la correcta, por ser lógica y más aún, por estar alineado con lo que establece el Código Civil y su normativa¹³⁵, pero no es así. Debemos tener en consideración, que al adoptar este criterio generamos la desprotección del derecho de propiedad, lo cual no ha pasado desapercibido para la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al emitir la CAS 3333-2006-ICA¹³⁶, que en su fundamento sexto indica: “[...] Sexto.- La acción del comprador, ahora propietario, a fin de que la compra venta conste en una escritura pública, emana también de su derecho de propiedad, conforme a los artículos 923° y 927° del Código Sustantivo, y tiene por objeto dar mayor seguridad al contrato ya celebrado, por lo que no está sujeto a término de prescripción [...] Séptimo.- Es que los plazos de prescripción no pueden ser aplicables a este tipo de acciones que buscan proteger el derecho de propiedad ya

cumplirse otro requisito que no revista forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. CAS. Nº 2825-2006-EL SANTA, Sentencia del 02 de octubre del 2006, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, p. 74654.

¹³³ “Así, por la declaración de voluntad de los contratantes se tendrá por celebrado el contrato de compraventa, mas no así la transferencia de la propiedad; la transferencia de la propiedad del bien objeto del contrato tendrá lugar con la ejecución de la obligación contraída (es decir, con el perfeccionamiento de la compraventa); en consecuencia, la transferencia operará no con el consentimiento en mérito del cual surgió la obligación de transferir, sino con el cumplimiento o ejecución de dicha obligación”. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. Código Civil Comentado, Tomo VIII: Derechos de Contratos, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p. 122.

¹³⁴ “Es necesario señalar que la doctrina tradicional divide en dos grupos las acciones que protegen el dominio: las acciones reales y las acciones personales, cuyos antecedentes más remotos los encontramos en el Derecho Romano, en donde se conoció esta división como la *actio in rem* en contraposición a la *actio in personam*, de las que se derivaron los derechos *in rem* y los derechos *in personam*, respectivamente”. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Derecho Civil*, Tomo 1, Volumen 111, Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, Bosch y CíaEditores, Buenos Aires, 1950, p.45.

¹³⁵ Debemos recalcar que lo que se está vulnerando no son solo artículos ordinarios del Código Civil, sino que, uno de ellos es el artículo IV de su Título Preliminar, el cual prescribe que no se puede establecer analogía sobre una norma que invoca una excepción; es decir, estamos frente a un fallo de la Corte Suprema erróneamente motivado, y aunque en él se tutele un derecho de corte constitucional como la propiedad, no se puede pasar por alto algo que ya se ha establecido, y más aún si pertenece al Título Preliminar.

¹³⁶ CAS 3333-2006-ICA, Sentencia del 26 de octubre del 2016, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, p. 73432.

adquirido, pues conforme se ha establecido, el otorgamiento de la escritura pública es la formalidad que sirve para la inscripción del derecho de propiedad, el mismo que necesita de dicha inscripción para ser oponible a terceros [...]”.

Podemos decir que los fundamentos en los cuales ampara su decisión el citado colegiado son cuestionables, no solo por la escueta manera en la que esquivó un pronunciamiento realmente de fondo sobre el otorgamiento de escritura pública, sino que ignora el sentido obligacional que en el IX Pleno Casatorio se le concede en su numeral 88¹³⁷, en el que los magistrados que estuvieron a cargo no se han referido en ningún punto, -y en nuestra opinión, dejaron pasar una oportunidad única para zanjar el tema- la cual genera una pugna entre la jurisprudencia y doctrina, y no beneficia en nada a la uniformidad que se busca con el ejercicio de los llamados Plenos Casatorios¹³⁸.

Lo que buscamos en este trabajo de investigación no es increpar un error a la Corte Suprema, y menos si comprendemos las implicancias que generaría el apego del colegiado a las normas que regulan al otorgamiento de escritura pública como obligación personal, sino más bien, buscar una solución que integre a estas dos posturas enfrentadas.

¹³⁷ “Este Supremo Tribunal considera que en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, a la constitución de un derecho real y, en general, a la transferencia o constitución de cualquier derecho susceptible de acceder al Registro Público a los efectos de ganar mayor oponibilidad, la obligación de elevar a escritura pública el contrato, constituye, salvo pacto en contrario, una obligación principal, por aplicación analógica del artículo 1549 del Código Civil, por lo que el cumplimiento de tal obligación puede suspenderse legítimamente en caso de que la contraparte haya a su vez incumplido una obligación principal a su cargo. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de compraventa tenemos que el comprador asume la obligación de pagar el precio de venta (artículo 1558 del Código Civil), mientras que el vendedor asume, entre otras, la obligación de perfeccionar la transferencia de la propiedad que -como hemos visto- se traduce en la realización de aquellos actos dirigidos a que el derecho transferido obtenga mayor oponibilidad, entre los cuales encontramos el otorgamiento de escritura pública. Es más, el propio Código Civil cataloga a esta obligación como una de carácter esencial o principal: “*Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien*” [el resaltado es nuestro]. Luego, si el comprador (demandante) peticiona la formalización del contrato sin haber cumplido su obligación de pagar el precio, resulta legítimo que el vendedor (demandado) suspenda el cumplimiento de aquella obligación hasta que el comprador cumpla o garantice cumplir la obligación que le corresponde”. CAS. 4442-2015-MOQUEGUA, STC del IX Pleno Casatorio, del 09 de agosto del 2016, Considerando VIII, inciso quinto.

El problema de optar por lo formalmente correcto llega al extremo de lo inverosímil, y esto por una sencilla razón: los contratos en los que más se utiliza la escritura pública, son de traslación de propiedad –en este caso la compraventa- pues no existe un plazo de vigencia del derecho adquirido, sino que su transferencia se produce de forma definitiva y hasta podría ser en un solo acto.

Conviene subrayar, que hemos mencionado en toda la investigación al derecho de propiedad como sucedáneo de un contrato de compraventa, y esto responde a una razón simple y eficiente. Simple, en el sentido de que la compraventa de un bien inmueble se acomoda de la mejor manera a nuestras intenciones de registro por el beneficio o ‘plus’ que le inyecta si lo obtuviera, y además, cumple con el requisito de no imponer la sanción de nulidad si la escritura pública no está presente en la constitución del acto jurídico; y eficiente, pues entendemos que cumple su función y cubre las expectativas que esperamos con respecto a la problemática, ya que otro tipo de contrato que genere situaciones inscribibles en registro, sea traslativo o no de propiedad no nos ofrece.

Con respecto a ello y como ineludible consecuencia, surgen interrogantes válidas que además son de trascendental importancia, siendo la más importante: ¿Qué sentido tiene que el propietario de un bien inmueble que obtuvo hace 20 años, no pueda exigir el otorgamiento de la escritura pública para poder llevar su derecho a registro?, dicho de otra manera, ¿Por qué prohibirle esta posibilidad por el solo hecho de que han transcurrido más de 10 años?, ¿A quién se busca proteger con una regla de esta naturaleza? Pues, a manera de premisa introductoria, podríamos decir que el único afectado es el titular, ya que su derecho queda en riesgo de perderse frente a un tercero de buena fe por no tener la posibilidad de inscribir, lo cual es más que probable teniendo en cuenta el tráfico inmobiliario ilegal que existe en el Perú. Cerramos este paréntesis, con la idea clara de que, si una norma no va

a satisfacer una necesidad superior o proteger un interés relevante, entonces ésta no tiene sentido¹³⁹.

Dicho lo anterior, -y volviendo al tema del fallo- lo que cuestionamos de la sentencia y sus fundamentos es la forma más no el fondo, es decir, que el mecanismo utilizado al aplicar analógicamente el artículo 927^o¹⁴⁰ del CC concerniente a la reivindicación, para dibujar en el marco del otorgamiento de la escritura pública un plazo imprescriptible, no es correcto, y en adelante explicaremos porqué.

Empecemos describiendo la figura de la reivindicación. Según Cabanellas, la acción reivindicatoria es: "la recuperación de lo propio, luego del despojo o de la indebida posesión o tenencia por quien carecía de derecho de propiedad sobre la cosa"¹⁴¹. De igual manera, Borda indica que "...es la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa (bien) para reclamarla de quien efectivamente la posee"¹⁴². Es preciso mencionar que el autor se refiere de manera acertada a 'el que tiene derecho a poseer un bien', ya que individualiza a la persona con potestad para hacerlo, pues para interponer la acción reivindicatoria debe acreditar su calidad de propietario.

Así mismo, la reivindicación es una figura jurídica que para su ejercicio exige el cumplimiento de tres requisitos, los cuales son: a) Que el demandante o titular del derecho tenga legítimo derecho de propiedad sobre el bien que pretende reivindicar; b) Que el legítimo propietario o titular esté privado de la posesión del bien; c) Que se trate de un bien inmueble determinado, preciso e identificable¹⁴³. Se debe recalcar la calidad de propietario que el sujeto debe ostentar para interponer la reivindicación, pues es requisito esencial para la existencia del derecho y su

¹³⁹ Cfr. PASCO ARAUCO, Alan. *El derecho a la escritura pública. Hacia lo imprescriptible*, 2017, p. 10, [Ubicado el 23/10/17], Obtenido de: https://works.bepress.com/alan_pasco/56/download/

¹⁴⁰ Artículo 927.- "La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción".

¹⁴¹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico Derecho Usual*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998, p.149.

¹⁴² BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*, Derechos Reales, Tomo XI, Tercera Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, p.440.

¹⁴³ GODENZI PANDO, César. *Código Civil Comentado*, Tomo V: Derechos Reales, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, p.194.

ejercicio para la tutela del mismo, al derivar de los caracteres que prescribe el artículo 923° del mismo cuerpo normativo¹⁴⁴.

De esta manera entendemos que la reivindicación, en efecto, es una manifestación del derecho de propiedad, configurada a partir de la necesidad de defensa del mismo, establecido en la ley y que, además, es una figura existente desde los inicios del derecho codificado en Roma, y ha adoptado gran importancia en lo que a tratamiento de la propiedad se refiere en el Derecho moderno.

Es por esto, –y pensamos que es así, pues no hay declaración del colegiado al respecto- que la Corte Suprema equipara ambos derechos y extiende su interpretación mediante analogía, alegando que el ejercicio de cualquiera de ellos, reivindicación y otorgamiento, significan una manifestación de la defensa del derecho de propiedad, lo cual queda claro con la reivindicación, pero no tanto en el caso del otorgamiento de escritura pública.

El orden en que impone sus ideas la Corte Suprema en esta sentencia, no ayuda a encontrar el sentido correcto de la semejanza que sugieren, ya sea por incompleta –para algunos- o por infundada –para otros-, aunque de todas formas la interpretación final sea que el registro impone un escudo, y este se traduce en la defensa del derecho de propiedad, por medio de la seguridad jurídica que genera inscribir en Registros Públicos el predio adquirido.

A modo de paréntesis, y respondiendo una objeción futura, hacemos esta aclaración en virtud de las dudas que puedan existir en relación a la problemática aislada de si el otorgamiento de escritura pública acredita el derecho de propiedad, de la cual deriva la Casación 1716-2008-Lambayeque, en la cual se establece: “...no resulta materia de discusión el derecho de propiedad del comprador con relación a un

¹⁴⁴ Cfr. Por tanto, el actor debe comprobar el dominio como presupuesto para el éxito de la acción. Si así ocurre, entonces el efecto inmediato es reponer al demandante en el ejercicio del derecho que le corresponde; hacer efectiva la titularidad; remover los obstáculos para la actuación en el caso concreto de la prerrogativa jurídica. En buena cuenta, si el propietario tiene derecho a usar y disfrutar el bien (art. 923 CC), entonces la reivindicatoria busca restablecer ese goce. GONZALES BARRÓN, Gunther. *Acción reivindicatoria y desalojo por precario*, 2013, Derecho y Cambio Social: Lima, p.15. Obtenido en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista034/reivindicatoria_y_precario.pdf

tercero, lo cual debe ser materia de la acción correspondiente sobre mejor derecho de propiedad u otra acción idónea, conforme a las normas que regulan la materia”¹⁴⁵. Como vemos, no es a esto a lo que se refiere el fundamento de la defensa del derecho de propiedad que impone la Corte Suprema, pues si bien acreditar el derecho de propiedad podría traducirse en *ultima ratio* en defensa de la propiedad, este proceso no es el idóneo para ello.

Ahora bien, volviendo al tema, siendo esta una interpretación un tanto forzada, podría parecer correcta si nos basamos en la finalidad práctica de la defensa de propiedad, pues es ventajosa para el fin que se le ha encomendado y funciona, es útil, pero no correcta. Se evidencia una falta de criterio de los miembros del colegiado encargado de resolver el caso en cuestión, y por supuesto, todo cambia cuando es contrastado en el plano procesal, es aquí donde las alarmas se encienden y por una sencilla razón: no puede aplicarse mediante analogía una norma que establece una excepción¹⁴⁶.

Los plazos de prescripción, como hemos mencionado en el capítulo precedente, pueden ser fijados única y exclusivamente por la ley, en virtud del artículo 2000°¹⁴⁷, siendo ésta la única regulación existente para este supuesto en la ley. A propósito de ello, justamente los únicos supuestos de imprescriptibilidad están plasmados en la propia codificación como sucede, verbigracia, con la reivindicación (artículo 927°), la nulidad matrimonial¹⁴⁸, la petición de herencia¹⁴⁹, el pedido de filiación¹⁵⁰, etc.

¹⁴⁵ CAS. N° 1716-2008-Lambayeque, Sentencia del 14 de octubre del 2008, Publicada en el Diario Oficial “El Peruano”.

¹⁴⁶ Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

¹⁴⁷ Artículo 2000° del Código Civil.- “Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción”.

¹⁴⁸ Artículo 276° del Código Civil.- “La acción de nulidad no caduca”.

¹⁴⁹ Artículo 664° del Código Civil.- “El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o en parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.

A la pretensión a la que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos. Las pretensiones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento”.

¹⁵⁰ Artículo 664° del Código Civil.- “El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o sus herederos”.

Esto ocurre, porque al ser la prescriptibilidad la regla establecida por el legislador, el cual ha instituido los plazos de prescripción para cada caso y supuesto en el artículo 2000°, la imprescriptibilidad de la figura de otorgamiento de escritura pública –ya sea por su importancia, o la que le ha otorgado la jurisprudencia- debe estar también plasmada en la norma, otorgándole de esta forma la legitimidad que merece, pues si hay algo que todos tenemos claro, es que no se puede ir en contra del sentido expreso de la ley.

El segundo error de juicio en que han recaído los jueces de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema al emitir su fallo, es la falta de congruencia al comparar los supuestos de hecho, indicando que es correcto aplicar la analogía entre ellas.

La analogía es una institución jurídica que al igual que la reivindicación, tiene ya muchos años operando en los ordenamientos jurídicos derivados del *civil law*, constituida como una forma de integración normativa y hermenéutica jurídica. El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, prescribe lo siguiente: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

Indica la doctrina, que la analogía “...es un procedimiento que consiste en aplicar la norma establecida para un caso a otro no previsto, en razón de la igualdad “esencial” que existe entre ambos”¹⁵¹. Por su parte, CANO indica también que la “...analogía es el razonamiento con el que el intérprete como si fuera el legislador elige una norma para llenar con ella una laguna, y, sacándola de su ámbito propio de cobertura, la aplica a un caso no previsto pero semejante a otro previsto en ella, evitando así el agravio que resultaría del tratamiento desigual de tales supuestos”¹⁵². Podemos notar que ambas definiciones nos envían en la misma dirección, pues es fundamental el presupuesto de equivalencia, o ‘igualdad esencial’ de los supuestos, uno con respecto de otro.

¹⁵¹ ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Décima Edición, Editorial y distribuidora de libros S.A.. Lima, 1987. p. 276.

¹⁵² CANO MARTINEZ, José. *La Analogía Derecho y Lógica*, Editorial Bosch, Madrid, 2012, p.63.

Agrega CANO que “...es la aplicación extensiva de los principios extraídos de una norma al caso no previsto en ella, que tiene igualdad jurídica esencial con los casos o caso que esa norma regula”¹⁵³. Es necesario aclarar, que la mayor parte de la doctrina hace referencia a una ‘igualdad jurídica’, la cual no debe ser entendida en sentido estricto, sino más bien de manera extensiva.

Así lo explica García, quien establece la diferencia sustancial entre igualdad y semejanza: “En sentido usual, ‘analogía’ en castellano equivale a semejanza. Pero la semejanza entraña no solamente conveniencia entre las cosas que se dicen semejantes, sino también disparidad o diferencia. Si no existiera ninguna discrepancia entre ellas no se las llamaría semejantes, sino iguales o idénticas; son semejantes porque, además de tener algo en común, tienen también algo en que difieren. Y esto es propio de la analogía: las cosas análogas coinciden en parte y en parte discrepan”¹⁵⁴. Es por esto que la analogía debe ser tratada doctrinalmente como la semejanza entre dos hechos, y no como la igualdad de los mismos.

Sobre el particular, indica RUBIO que “...lo particular de la analogía, dentro de la integración jurídica, consiste en que el agente aplicador del Derecho toma una norma con un supuesto elaborado para una situación determinada y lo aplica a otra que es distinta pero semejante a la prevista. Estrictamente, aquí no hay norma jurídica aplicable al caso que se quiere regular, pero el agente aplicador opta por considerar que la situación que ocurre, si bien no está prevista es ‘análoga’ a la contenida en el supuesto de la norma y, por tanto, la regula aplicando las consecuencias, pero cambiando en algo el supuesto”¹⁵⁵.

Por su parte, aunque de manera más desarrollada, TORRES establece que “La analogía es un procedimiento de integración del Derecho legislado, cuando este no contempla un caso específico, pero si regula otro semejante, en los que existe identidad de razón y por consiguiente, idéntica tiene que ser la regla que se les

¹⁵³ Idem, p.64.

¹⁵⁴ GARCÍA LÓPEZ, Jesús. *La analogía en general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile 2013.p. 33.

¹⁵⁵ RUBIO, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2008, p. 81.

aplique, salvo que se trate de leyes que establecen excepciones o restringen derechos, las mismas que no pueden aplicarse por analogía¹⁵⁶.

De la citada definición, se desprenden los presupuestos para la aplicación de la analogía, los cuales ocupan un papel categórico, y son:

1. Que un hecho específico no este comprendido ni en la letra, ni en el espíritu de una norma;
2. Que la ley regule un hecho semejante al omitido;
3. Que exista identidad en el hecho omitido y en el regulado;
4. Que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos.

La analogía es una institución jurídica fundamental en el marco de nuestro sistema jurídico. Lo paradójico es que no se encuentra expresamente regulada y, en consecuencia, facultada para su aplicación en ninguna ley. Aunque, si de hallarle legitimidad se trata, podemos decir que está implícito en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución¹⁵⁷, el cual prescribe que está prohibido aplicar por analogía la ley penal y las normas que restringen derechos; y además, en el ya citado artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, el cual prohíbe la aplicación analógica de las normas que establecen excepciones.

Pues bien, la Corte Suprema ha fallado a favor de la imprescriptibilidad del otorgamiento de la escritura pública, fundando su decisión en la aplicación analógica del artículo 927° correspondiente a la reivindicación, pero sin revelar más detalle de lo expuesto; es decir, que este Tribunal no se ha manifestado ni siquiera implícitamente sobre su decisión, por lo que mal se hace en catalogar a un derecho común como de calidad preeminente, adjudicándole una imprescriptibilidad que en realidad no tiene fundamento jurídico.

Dicho esto, si trasladamos el fundamento del Tribunal y lo confrontamos a los presupuestos para la aplicación de la analogía establecidos por TORRES, veremos

¹⁵⁶ TORRES VASQUEZ, Anibal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Palestra editores. Lima, 1999, p. 687.

¹⁵⁷ Artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Perú.- “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

que se desvirtúa cada uno de los cuatro puntos sin excepción, pues no calza con ninguno de los presupuestos, como pasaremos a demostrar.

El primero establece la existencia del supuesto de hecho en una norma dentro de la regulación pertinente, pues para aplicar la analogía debemos estar seguros que el supuesto en cuestión no esté presente ni en letra, ni en espíritu en otra norma. Esto explica el carácter más básico de la analogía, la cual depende de la completa desprotección del legislador sobre un caso concreto, pues no se ha previsto para él una norma que la regule.

El otorgamiento de la escritura pública es una figura jurídica regulada por el artículo 1412°, el cual le otorga legitimidad a su existencia y exigencia en los casos correspondientes. Además, como hemos mencionado anteriormente es un derecho de crédito, el cual calza perfectamente –de hecho, es precisamente eso- en una obligación de hacer, lo cual es suficiente para entender que el Código Civil prevee una completa regulación en el Título II de la Sección Primera del Libro de Obligaciones: Obligaciones de hacer¹⁵⁸; y, por consiguiente su prescripción en el Artículo 2001° del Título Primero: Prescripción Extintiva, del Libro de Prescripción y Caducidad del Código Civil.

La dimensión del problema a estas alturas no parece muy extensa, pues si así lo determina la ley, así debería ser, pero no lo es en el plano práctico. La Corte Suprema ha determinado en la Sentencia 3333-2006-Ica que el plazo del otorgamiento de la escritura pública es imprescriptible, fundamentando la misma en la aplicación analógica del Artículo 923° y 927°, referentes a la propiedad y la reivindicación respectivamente, como si hubiese un vacío legal, y peor aún, sin exponer fundamentos puntuales y concisos del porqué vulneran una institución tan marcada y restringida como la analogía en su utilización.

¹⁵⁸Artículo 1148 del Código Civil: “El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modos pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso”.

Es por esto que el primer requisito para la aplicación de la analogía no se ha logrado, estando la solución expresa en el Código Civil, y aun siendo no muy bien recibida por sectores de la doctrina y la judicatura, está prevista y es lo que importa a este requisito.

El segundo requisito ensaya la semejanza entre la norma omitida y la que se va a tomar de la ley para ser aplicada. Traemos a colación ambas figuras: la reivindicación y el otorgamiento de escritura pública, las cuales han sido necesariamente definidas anteriormente para denotar de manera específica cuáles son las diferencias que imperan, y constituyen el motivo por el que no se puede dar el trato de semejanza que exige el segundo requisito, pues nada tiene que ver el derecho a exigir la formalización de un contrato con el derecho a exigir la restitución de la posesión de un bien.

El tercer requisito prescribe la identidad entre el hecho omitido y en el regulado. Este requisito tiene que ver con lo que mencionábamos en el párrafo precedente, y es que este requisito es subsecuente del anterior, con lo cual, si el anterior no se cumple, este tampoco puede ser aplicado.

Por último, y más relevante en cuanto al análisis que venimos realizando, es que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos.

Conforme se ha venido diciendo, el Derecho Civil en nuestro país tiene la brújula apuntando hacia la prescriptibilidad de las acciones, pues la sola posibilidad de que un derecho sea eternamente exigible plantea problemas, por ello, el legislador se ha visto en la necesidad de imponer plazos de prescripción y caducidad a todas las acciones que puedan ejercer los titulares de sus respectivos derechos; pero claro, no todos ellos tienen que ser prescriptibles, ya que hay derechos que por su naturaleza y por su relevante importancia tienen el carácter de imprescriptibles. Vale decir, que en esos casos el legislador ha previsto que la ley –y solo ella- puede determinar cuáles son los supuestos puntuales, haciendo respetar la estructura formal que debe tener una figura que goce de esta prerrogativa.

La misma lógica describe Tantaleán, cuando refiere: “Por consiguiente, si nuestro sistema optó por la prescripción de las pretensiones como regla, la imprescriptibilidad solamente puede operar de modo excepcional. Y las excepciones no pueden venir a ser creadas sino es vía ley (...) Ello quiere decir, que si el legislador (representante del pueblo) hubiera querido que alguna pretensión fuese imprescriptible, entonces debió regularlo expresamente en el texto legal, pues estimó que la naturaleza de dicha acción merituaba ser ubicada en un supuesto excepcional”¹⁵⁹.

La ley establece los supuestos de imprescriptibilidad, y no podría ser de otra forma, pues manda que los plazos solo puede imponerlos ella misma. A la reivindicación, el propio texto le otorga legitimidad a su imprescriptibilidad cuando precisa: “La acción reivindicatoria es imprescriptible...”, lo cual pone fuera de contexto la aplicación analógica que hacen los magistrados, pues el Artículo IV del Título preliminar del CC prescribe: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

Como podemos ver, es muy completa la regulación que otorga el Código Civil para este supuesto, por lo que resulta extraño que la Corte Suprema no haya caminado sobre el sendero marcado que significa la prescripción. Aun sabiendo lo que se sacrifica –y no es poca cosa- es difícil apartarse de la ley, y si así fuera, sabemos que cualquier magistrado está en la obligación de motivar dicho apartamiento, ya que, a la postre el no hacerlo podría significar una sanción para el juez y la nulidad de la resolución de vista.

En fin, como hemos podido demostrar, no hay ningún punto en el análisis que respalde el mecanismo utilizado por la Corte Suprema para la resolución de la Casación 3333-2006-Ica, y es alarmante. Debemos tener muy en cuenta, que esto no es un tema simplemente procesal, si no que se está invistiendo de imprescriptible

¹⁵⁹ TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. *Anotaciones sobre el otorgamiento de escritura pública*, 2014, 1st ed., Lima: Dialnet, p.18 [Recurso electrónico]. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5470243> [Accessed 4 May 2017].

a una figura de gran impacto en el ámbito inmobiliario de nuestro país, la cual, si bien es necesaria, es ilegal.

‘La imprescriptibilidad del otorgamiento de escritura pública es ilegal’, es la premisa que hemos venido desarrollando a lo largo de este capítulo, y la razón por la cual se torna de gran importancia el desarrollo del porqué, pues si la Corte Suprema llegó hasta este extremo, es definitivamente por algo que vale la pena tutelar; es decir, que al colocar ambas caras de la moneda en una balanza, se busque el resultado que más beneficio le traiga al sistema jurídico, y sin lugar a dudas en este caso en particular, la tutela de un derecho constitucional como la propiedad, el cual es objeto de tantas prerrogativas y fórmulas de protección por parte de la ley como son necesarias. De esta manera, inclinando la balanza de manera considerable a su favor.

En el otro extremo de la balanza tenemos a la prescripción, la cual –como hemos mencionado anteriormente- genera un problema mayor, pues si bien se ciñe a lo que el Código Civil y las normas pertinentes desarrollan, puede causar que la realidad y el Registro no coincida (teniendo en cuenta que si no se otorga la escritura pública, no llegará al Registro), lo cual a larga será perjudicial para los propietarios legítimos, llenará los ya apabullados juzgados de más carga procesal generando más trabajo y consecuente gasto para el Estado, aun teniendo en cuenta que la ley es la ley, y si en algo estamos de acuerdo, es que se debe respetar en todos sus extremos.

Pues bien, teniendo en cuenta estas dos ideas, y habiendo desarrollado los alcances de la prescriptibilidad y la imprescriptibilidad del otorgamiento de escritura pública, se puede concluir que, si bien se trata de una institución formalmente prescriptible, lo que conviene –y de hecho es así en la realidad práctica- es tenerla como imprescriptible, por variadas razones, cada una más poderosa que la otra, aunque no tengan como ingrediente la cuota de legalidad que se exige para su cumplimiento, y esto no se puede tolerar.

La Corte Suprema ha tomado dos figuras jurídicas y las ha acomodado a su conveniencia, esto sin duda por hacer prevalecer lo justo que es concluyente, y además es la razón por la que nosotros también hayamos adoptado como propia esta interpretación, aunque, en lo que no estamos de acuerdo –y de manera rotunda- es la forma en que se hizo.

Finiquitado el tema, debemos puntualizar la importancia de amalgamar ambas posturas, pues si bien es cierto, la jurisprudencia y la doctrina no siempre van de la mano, pero creemos que es importante en este punto, pues se ha visto reflejado en la casuística que el conceder o no la escritura pública al comprador, es muchas veces el punto de quiebre entre mantener el derecho real adquirido, o perderlo en manos de un tercero de buena fe.

Es cierto que una situación de esta índole podría evitarse si las partes al momento de contratar, constituyeran en el propio contrato una cláusula que obligue al vendedor a conceder escritura pública como requisito de la venta o viceversa. Sin embargo, siendo esta una solución que muchas veces las partes la omiten, ya sea por error o por negligencia, o quizás porque consideran que regular un pacto de esta naturaleza es un tema menor.

Dicho esto, la temática coge un rumbo diferente ahora, pues el legislador no debería esperar que un problema se suscite para otorgar el remedio (Artículo 2001°), si no que debería incorporarlo como regla básica en el Código Civil, y evitar ponerse en esa clase de aprietos. Sobre esto, Pasco indica que “...la lógica del Código Civil, en un ámbito donde prima la libertad para que los interesados regulen como mejor les parece sus relaciones, es legislar de manera supletoria aquello que los contratantes acordarían en la generalidad de los casos (una adecuada regulación supletoria permite el ahorro de costos de transacción al evitar que las partes negocien aquello que ya está definido en la ley)”; esto quiere decir, que optar por una reforma del código civil es necesario, pues le otorgaría la legalidad que necesita, y se ahorraría un debate incensario.

En el panorama de la reforma que proponemos, hay dos aristas que debemos tener en cuenta. La primera arista, es sin duda el problema que genera aplicar la imprescriptibilidad a todos los tipos de contratos pasibles de llegar a registro, pues si bien en el caso de los contratos traslativos de propiedad –como la compraventa o permuta- no existiría problema alguno con un plazo perpetuo para solicitar el otorgamiento de escritura pública, si lo hay para los contratos que constituyen derechos reales menores tales como el usufructo, servidumbre, uso, habitación y superficie, pues los plazos de los mismos no son perpetuos, por consiguiente, dotarlos de imprescriptibilidad carecería de sentido.

La segunda arista a tener en cuenta, es más un tema de orden. A primera vista, se podría pensar que la reforma debería forjarse en la estructura del Artículo 1412°, pues su texto es el que le confiere existencia, además de ser el indicado por la doctrina para cumplir con este propósito¹⁶⁰, lo cual no es descabellado y hasta un cierto punto, es correcto. En suma, lo que debemos determinar es si la reforma debería llevarse o no en el Artículo 1412°, y nuestra respuesta es no.

Opinamos que la reforma legislativa debería llevarse a cabo en el Artículo 1551° del Código Civil, agregando al texto de la norma que: **el otorgamiento de escritura pública tiene plazo imprescriptible**, de esta manera, la colocamos en el status de obligación por parte del vendedor, al igual que entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien vendido.

Un punto a tener en cuenta es que la adición de este párrafo no vulnera el carácter espiritual de la transferencia de la propiedad, ya que el colocarlo en un artículo que ordena al vendedor a entregar los documentos relativos a la propiedad o al uso del bien transferido, se identifica de manera plena con el otorgamiento de la escritura

¹⁶⁰ Artículo 1412° del Código Civil: “Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente”.

pública¹⁶¹, pues ninguno de estos dos tiene que ver con el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, y no tendría por qué, ya que esta queda perfeccionada con la sola obligación de entregar el bien inmueble por parte del vendedor¹⁶².

Sobre esto, en el fallo de la Casación 993-226-Lima, se dijo que: "...los artículos 1352 y 1529 del Código Civil declaran el carácter consensual de la compraventa al establecer que ella consiste en la obligación por parte del vendedor de transferir la propiedad de un bien y en la obligación recíproca del comprador de pagar el precio en dinero; bajo dicho precepto, resulta claro que el contrato de compraventa (cuya formalidad es *ad probationem*), queda perfeccionado desde que las partes convienen en la cosa y el precio; por ello el otorgamiento de escritura pública no constituye un requisito del contrato en sí, sino una garantía de la comprobación del acto"¹⁶³.

Además, al estar ubicado en el Título I de la Sección Segunda: Contratos Nominados, del libro Fuente de las Obligaciones, su uso se restringe a los contratos de compraventa, dejando abierta la posibilidad de aplicación supletoria a los demás contratos pasibles de llegar a Registro.

Pues bien, nos gustaría agregar como último aporte, que con fecha 18 de octubre del 2016 se publicó en Diario 'El Peruano' la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, mediante la cual el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha nombrado a un grupo de especialistas como comisión revisora para elaborar el anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil. Uno de los objetivos de este trabajo de

¹⁶¹ "El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto; por la necesidad de inscribir la titulación en el Registro Público y para conservarla a fin de acreditar en cualquier oportunidad la legitimidad de la transmisión del derecho de propiedad". HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Ejecutorias Supremas: Jurisprudencia Civil*, Lima, 1997, T.1, p. 238.

¹⁶² "El otorgamiento de escritura pública no es necesario para el perfeccionamiento de la transferencia, sino que constituye una formalidad cuando es exigible por la ley o se ha convenido en el contrato". CAS. N° 35-1997-Lima, Sentencia del 12 de junio de 1997, Publicada en el Diario Oficial "El Peruano".

¹⁶³ CAS. N° 993-2006-Lima, Sentencia del 10 de abril del 2007, Publicada en el Diario Oficial "El Peruano".

investigación, es poner en agenda un tema que, nos parece, debería ser acogido para una pronta regulación y reforma, teniendo en cuenta que representa una temática fundamental en lo que se refiere al tráfico inmobiliario del país.

CONCLUSIONES

1. El derecho de propiedad, es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien determinado, sobre el cual el propietario podrá desplegar una serie de atributos que le son conferidos por su misma posición de propietario. Existen variadas definiciones en la doctrina dedicadas a establecer un concepto firme y uniforme sobre el derecho de propiedad, pero a efectos de la realización de este trabajo de investigación, la definición del Artículo 923° del Código Civil es la que aporta el sentido correcto y suficiente.

En prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, y el peruano no es la excepción, el derecho de propiedad goza de una enorme protección, otorgando mecanismos que le confieren seguridad jurídica, con el fin de lograr que el propietario use, goce y disponga a voluntad, teniendo en cuenta, que el ejercicio de dichos atributos no pueden ir en contra del sentido que impone la ley o el derecho de un tercero; por todas estas razones, se debe buscar siempre su prevalencia, es decir, poner por encima de cualquier contexto o situación jurídica que la ponga en peligro.

2. Nuestro ordenamiento jurídico gira en torno a principios fundamentales, los cuales son necesarios, puesto que constituyen el eje alrededor del cual se desarrollan las relaciones jurídicas. El Estado es el encargado por excelencia de ofrecer normas y mecanismos legales para garantizar un Estado de Derecho en el que prima la seguridad jurídica.

Esta seguridad jurídica sostiene que las obligaciones no pueden existir eternamente, pues el solo hecho de que una pretensión sea eternamente exigible generaría graves problemas, haciendo imposibles las relaciones sociales y como no, la administración de justicia.

Por esta razón, es que el legislador ha visto conveniente supeditar la existencia de las pretensiones a plazos de prescripción y caducidad. El otorgamiento de escritura pública es una obligación de hacer, es decir, un derecho de crédito regulado por el Artículo 2001°, el cual establece que

prescribe a los 10 años, haciendo imposible para el adquirente en el año once –o superior- demandar el otorgamiento de la escritura pública, pues el vendedor puede interponer excepción de prescripción, y se vería liberado de la obligación, por lo que ese contrato nunca llegaría al registro.

3. El otorgamiento de escritura pública es una institución que, en los últimos años, ha obtenido importante relevancia dentro del tráfico jurídico de bienes inmuebles. El poder de requerir la formalidad en los actos jurídicos de compraventa de bienes inmuebles, es una potestad que no se le puede suprimir al adquirente, pues si bien no es un efecto ‘natural’ del contrato de compraventa, constituye un requisito indispensable para que el bien inmueble adquirido sea inscrito en el Registro correspondiente (SUNARP).

Obtener la escritura pública de un contrato no es un tema menor, pues contar o no con dicho documento muchas veces es la línea divisoria entre mantener un derecho adquirido o perderlo en manos de un tercero adquirente de buena fe.

Por ello que, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha optado por decantarse hacia la imprescriptibilidad del plazo del otorgamiento de la escritura pública, que aun siendo ilegal, busca tutelar un derecho que bajo ninguna circunstancia debe verse desprotegido.

4. La regulación del plazo de prescripción es una tarea que en nuestra opinión, debió verse zanjada con la emisión del IX Pleno Casatorio Civil del año 2017, pues se trató al otorgamiento de escritura pública en muchos de sus aspectos, y aunque la sentencia mencionada no trata el plazo de prescripción específicamente, se perdió una oportunidad inmejorable para hacerlo.

Es por ello que en este trabajo de investigación concluimos en una modificatoria legislativa en el Código Civil. Dicha modificatoria debe hacerse en el Artículo 1551° del mismo, pues dicho artículo hace referencia a la entrega de documentos referentes con la propiedad enajenada; en otras palabras, se debe agregar un párrafo que establezca el carácter

imprescriptible del otorgamiento, y de esta manera lograr un doble objetivo. En primer lugar, no se vulnera el carácter espiritual de la transferencia de bien inmueble que impone el Código Civil, y en segundo lugar, se cumple con el requisito de legalidad que exige la imprescriptibilidad de una institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS:

1. ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial: Derecho documental - Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Editorial Zavalia, 2005, p.333.
2. ALARCON RANGEL, Teófilo. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2014.
3. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Décima Edición, Editorial y distribuidora de libros S.A. Lima, 1987.
4. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2014.
5. BALDO KRESALJA, Roselló; OCHOA CARDICH, César. *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial, Lima, 2009.
6. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo XI*, Tercera Edición, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1999.
7. BRUTAU PUIG, José. *Compendio de Derecho Civil, Vol. III*, Barcelona, Editorial Bosch, 1989.
8. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico Derecho Usual, Tomo II*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1998.
9. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.
10. CABANELLAS, Roberto. *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.
11. CANO MARTINEZ, José. *La Analogía Derecho y Lógica*, Editorial Bosch, Madrid, 2012.
12. CAPCHA VERA, Elmer. *El ABC del Derecho: Civil Patrimonial*, Lima, Editorial San Marcos, 2011.
13. CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español: Común y Floral*, Madrid, Ed. Reus, 1950.
14. DIEZ PICASO, Luis. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Seix Barral Hnos, S.A. Barcelona, 1982.

15. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. II, Madrid, Ed. Tecnos S.A, 1983.
16. EDUARDO SERRANO, Alonso; SERRANO GOMEZ, Eduardo. *Manual de Derechos Reales*, 2º edición, Edisofer SRL, 2008.
17. GARCÍA LÓPEZ, Jesús. *La analogía en general*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2013.
18. GODENZI PANDO, César. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2007.
19. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil Comentado, Tomo V: Derechos Reales*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2014.
20. GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución Comentada Tomo I*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2005.
21. GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile ,1996.
22. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Ejecutorias Supremas: Jurisprudencia Civil*, Lima, 1997, T.1.
23. JOSÉ PAPAÑO, Ricardo; y otros. *Derechos reales: Dominio, Tomo I*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1989.
24. LAFAILLE, Héctor. *Tratado de Derechos Reales, Vol. I*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1945.
25. MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Derecho Civil, Tomo 1*, Volumen 111, Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, Bosch y CíaEditores, Buenos Aires, 1950.
26. O'CALLAGHAN, Xavier; PEDREIRA ANDRAIDE, Antonio. *Introducción al derecho y derecho civil patrimonial*, Vol. I, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, 1992.
27. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*, Chile, Editorial Jurídica Chile, 2010.
28. RODRIGUEZ MONTERO, Gustavo. *Aspectos Básicos del Derecho de Propiedad*, Barcelona, Editorial vLex, 2011.

29. ROJAS BERMUDEZ, Alexandra. *Proceso de Otorgamiento de escritura Pública*, Tendencias Jurisprudenciales, Editorial Gaceta Jurídica, 2008.
30. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho civil I, Introducción, Personas y Familia*, Buenos Aires, Editorial Porrúa SA, 1979.
31. ROJO MURO, Manuel. *Código Civil Comentado, Tomo VIII: Derechos de Contratos*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2014.
32. ROZAS ESCOBAR, Freddy. *Código Civil Comentado, Tomo I: Título Preliminar, Derecho de las personas y Acto Jurídico*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2012.
33. RUBIO, Marcial. *El Título Preliminar del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2008.
34. SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. *Código Civil Comentado, Tomo VIII: Derechos de Contratos*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2014.
35. SANCHEZ CARRETERO, Santiago. *La propiedad: Bases Sociológicas de concepto en la sociedad postindustrial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Servicio de Publicaciones, 2000.
36. SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel; VODANOVIC PINOCHET, Antonio; y otros. *Tratado de los Derechos Reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
37. TAMBINI AVILA, Mónica. *Manual de Derecho Notarial*, Lima, Nomos Themis Editorial, 2006.
38. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Palestra editores, Lima 1999.
39. VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo II: Derechos Reales*, 5° ed., Editorial Themis, Bogotá, 1976.
40. BALLESTEROS BERNALES, Enrique. *La constitución de 1993, Análisis comparado*, 5° Edición, Lima, Editora Rao, 1998.
41. ZEGARRA MULÁNOVIC, Álvaro. *El dominio de las cosas. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicadas en forma sistemática*, Lima, Palestra Editores, 2009.

42. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *En torno a la prescripción extintiva*. Revista Oficial del Poder Judicial, Lima, N° 05, 2009.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

1. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. El derecho de la propiedad en la constitución en THEMIS - Revista de Derecho, Lima, [Recurso electrónico] Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109858.pdf>, 1996.
2. Cfr. PASCO ARAUCO, Alan. *El derecho a la escritura pública. Hacia lo imprescriptible*, 2017, [Ubicado el 23/10/17], Obtenido de: https://works.bepress.com/alan_pasco/56/download/
3. *ENCICLOPEDIA JURIDICA*, Bien común, 2014 [Ubicado el 22.06.17] Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/bien-com%C3%BAn/bien-com%C3%BAn.htm>.
4. GONZALES BARRÓN, Gunther. “Acción reivindicatoria y desalojo por precario”, 2013, *Derecho y Cambio Social*: Lima. Obtenido en: https://www.derechoycambiosocial.com/revista034/reivindicatoria_y_precario.pdf
5. HUANCA QUISPE, Hebert. *OPONIBILIDAD DE DERECHOS REALES, Inidoneidad para probar el mejor derecho de propiedad*, 2013, [Ubicado el 20.06.2017]. Obtenido en www.derechoycambiosocial.com
6. STC del 31 de Marzo del 2005, Expediente N° 0048-2004-AI, Gaceta del Tribunal Constitucional. Obtenido de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>.
7. TANTALEÁN ODAR, Reynaldo. *Anotaciones sobre el otorgamiento de escritura pública*, 2014, 1ra ed, Lima: Dialnet, p.12 [Recurso electrónico]. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5470243> [Accessed 4 May 2017].
8. VALLE URIBE, Luis L. *La Prescripción Extintiva: Naturaleza Jurídica y alcances de su interrupción en materia tributaria*, 2004 [ubicado el

08.06.2017].

Obtenido

en

http://www.ipdt.org/editor/docs/04_Rev43_LLUVU.pdf