

**ANOTACIONES SOBRE EL OTORGAMIENTO DE
ESCRITURA PÚBLICA
COMENTARIOS A LA CASACIÓN 3643-2011-LA LIBERTAD**

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Fecha de publicación: 01/10/2014

SUMARIO: 1. Reminiscencia de los hechos. 2. El recurso de casación. 3. Los razonamientos supremos. 4. El otorgamiento de escritura pública. 5. La demanda es infundada y no improcedente. 6. A modo de conclusión. 7. Lista de referencias.

1. REMINISCENCIA DE LOS HECHOS

El 03 de mayo de 1986 la Asociación Pro Vivienda “Fray Martin de Porres” llevó a cabo un sorteo de lotes, declarándose como ganador de uno de ellos al señor Eusebio Castro Lescano, integrante de la Asociación. Dicho inmueble figuraba inscrito en Registros Públicos a nombre de la anotada Asociación.

Por tal motivo, fallecido el señor Castro Lescano, su hija doña Rosa Milagros Castro Espinoza demandó a la Asociación el otorgamiento de la minuta de adjudicación de propiedad y de la escritura pública de compraventa del inmueble.

Ante esta demanda se presentó don Gregorio Valverde Blas en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la Asociación, allanándose a la demanda y aceptando la pretensión dirigida contra su representada. Sin embargo, dicho allanamiento se declaró improcedente por no haberse acreditado tener las facultades especiales para ello, luego de lo cual se declaró rebelde a la demandada.

¹ Doctor en Derecho. Docente universitario.

En la audiencia respectiva se fijó como punto controvertido si procedía o no ordenar el otorgamiento de escritura pública de transferencia de propiedad del inmueble sub litis.

Entre los medios de prueba obrantes en el expediente sobresalía el acta de sorteo de lotes, no obstante dicha documental lamentablemente estaba incompleta, por lo que, a criterio del juzgador, no era idónea para generar convicción, motivo por el cual, a base del artículo 196° del código procesal civil (que exige que quien alegue hechos tiene que probarlos), la sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Apelado el fallo, la Sala, con similar argumento, declaró improcedente la demanda.

2. EL RECURSO DE CASACIÓN

Ante lo expuesto la demandante interpuso recurso de casación basada en la transgresión de los artículos 461° y 197° del código procesal civil.

En cuanto al artículo 461°, se dijo que la declaración de rebeldía es tener los hechos alegados por el demandante como presunciones legales relativas, por lo que si el acta de sorteo de lotes estaba incompleto, era necesario recordar que dicho medio de prueba no fue ni tachado ni declarado nulo, por lo que mantendría su vigor probatorio. Empero, si dicha prueba no causó convicción en el juez, este debió actuar medios probatorios de oficio, lo cual obvió.

Y en lo referente al artículo 197°, se afirma que es deber judicial valorar los medios de prueba de modo conjunto utilizando su apreciación razonada, mandato que no habría sido tomado en cuenta por las instancias resolutoras.

3. LOS RAZONAMIENTOS SUPREMOS

3.1. LOS EFECTOS DE LA REBELDÍA PROCESAL

Como bien se conoce, la rebeldía es una institución procesal en virtud de la cual, si el emplazado debidamente no concurre al proceso dentro de los plazos preestablecidos, es sancionado con la imposibilidad de participar en el debate judicial respondiendo la demanda, con las implicancias que ello denota. Por tanto, quien sea declarado rebelde se podrá incorporar a la causa en cualquier momento, pero lo hará en el estado en que ella se encuentre.

Evidentemente, el presupuesto para hablar de la declaración de rebeldía es que el demandado haya sido debidamente notificado, tal y como se precisa en el artículo 458° del código procesal civil.

Ahora bien, el artículo 460° del mismo cuerpo normativo estipula que si se declarase la rebeldía el juez inmediatamente se deberá pronunciar sobre el saneamiento del proceso, y de ser declarado debidamente saneado, procederá a expedir sentencia, salvo en cuatro supuestos muy puntuales.

En efecto, en el artículo 461° -cuya inaplicación se denuncia- se precisa que la rebeldía genera presunción de verdad relativa sobre la verdad de los hechos expuestos, excepto en estos cuatro casos:

- a) Cuando hay pluralidad de emplazados y solo uno de ellos no contesta.
- b) La pretensión de basa en un derecho de naturaleza indisponible.
- c) Cuando no se acompaña el documento que la ley exige acompañar para acreditar la pretensión.
- d) *Cuando el magistrado declare motivadamente que los medios de prueba no le han causado convicción.*

Como se evidencia, es en este último supuesto en el que nos encontramos en el presente caso.

3.2. LA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 461°

Como ya se anotó, la institución de la rebeldía genera presunción relativa de verdad, es decir, se presume preliminarmente y, salvo prueba en contrario, que lo alegado por la parte demandante es acorde a la verdad.

Ciertamente, en el artículo 279° del código adjetivo se prescribe que cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción, siempre que este haya acreditado la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto.

Sin embargo, como acabamos de ver, esa presunción relativa de verdad no rige cuando al juzgador no le han causado convicción los medios de prueba aportados. Por tanto, mal se hace en recurrir a la presunción relativa concedida por la rebeldía cuando estamos ante una de las excepciones en donde dicha presunción no opera.

Por ello, al respecto la Corte Suprema hace bien en resaltar que la presunción relativa de verdad causada por la rebeldía no genera una

consideración definitiva, de manera que no se puede tomar como cierto de plano lo expresado en la demanda. Por ello mismo es que se insiste en que las pruebas aportadas deben gozar de solvencia acreditativa para demostrar los hechos de la pretensión.

Pero, insistimos, de una lectura clara del artículo 461° se infiere que, incluso contando con medios de prueba con aparente solvencia acreditativa, bajo cualquiera de los cuatro supuestos indicados con anterioridad, la rebeldía no puede generar presunción relativa de verdad de los hechos alegados.

Por tanto, la sanción de rebeldía a la conducta contumaz del demandado, no exime al demandante de la obligación de probar su pretensión, y de hacerlo debidamente. Dicho en una palabra, la rebeldía no puede servir sin más para amparar una demanda.

Ergo, si el juzgador no tiene convicción de lo acontecido, con los medios de prueba aportados por el demandante, aun estando rebelde el demandado, ciertamente se atentaría contra el debido proceso si se amparase la demanda, toda vez que un accionar de tal naturaleza se configuraría como un atentado grave contra el demandado que ha decidido, en ejercicio de su derecho, no contestar la demanda, tal y como lo resalta la Corte Suprema.

Por ello mismo es que, en el presente caso, si el acta de sorteo incompleta no generó convicción en el juez y este decidió no amparar la demanda, en puridad no hay transgresión del debido proceso.

3.3. LA RECURRENTE DEBIÓ DENUNCIAR LA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 194°

Ahora bien, si analizamos detalladamente el pedido hecho por la recurrente en el recurso de casación, ella hace notar que el acta de sorteo no fue cuestionada (pues obviamente no había quien la cuestione desde que el proceso fue llevado en rebeldía), pero enfatiza que si dicho medio probatorio documental no causó convicción al juzgador, este debió actuar medios probatorios de oficio.

Así las cosas, la recurrente, desde nuestro punto de vista, denuncia equivocadamente la inaplicación del artículo 461°. En todo caso, partiendo de su propio dicho, pudo haber denunciado la inaplicación del artículo 194° del código procesal civil que a la letra dice: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar*

la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes (...).”

En una palabra, el aparente yerro de las instancias inferiores no está tanto en no haberse guiado por la presunción relativa de verdad para el caso de la rebeldía (que, como venimos diciendo, no operaría, ya que estamos ante una de las cuatro excepciones), sino más bien en que el juzgador pudiendo incorporar algún medio de prueba de oficio para generarse convicción, no lo hizo.

Claro está que los medios de prueba de oficio tienen muchas aristas discutibles, como por ejemplo si se trata de una simple atribución o de un deber del magistrado.

Al respecto diremos que, a nuestro parecer, un magistrado debe procurar sentenciar siempre sobre el fondo de la litis. Es decir, en lo posible un magistrado debe evitar fallar inhibiéndose de la causa o declarándola improcedente

Y para ello debe evaluar con detalle los medios de prueba ofrecidos. Y solo en el caso en que ninguno de ellos o todos en su conjunto no le generasen convicción sobre el resultado de fondo de la controversia, es deber suyo incorporar al proceso los medios necesarios para pronunciarse sobre el fondo.

Aclaremos: no se trata de buscar medios de prueba para declarar fundada la demanda, sino más bien, se trata de buscar medios de prueba para decidir si la demanda es fundada o infundada.

Si el juzgador está convencido de que al demandante no le asiste razón, entonces deberá declarar infundada la demanda, incluso con el demandado en situación de rebeldía. Pero si el juez no está convencido de la real situación del demandante, es deber suyo actuar medios de prueba adicionales hasta convencerse o de que tiene razón o de que no la tiene.

Lamentablemente en nuestro medio (quizá por la excesiva carga procesal que soportan los juzgados), los magistrados dejan todo el soporte probatorio a las partes, de modo tal que si ellos -que son los principales interesados en la litis- no logran probar sus dichos, resuelven sobre las pruebas aportadas únicamente por las partes. Y si dichos medios de prueba son insuficientes, igualmente tienden a resolver, con el azaroso desenlace que resulte de valorar exclusivamente los medios de prueba contribuidos por los litigantes.

En el presente caso, por ejemplo, bien se pudo incorporar como testigo al representante de la entidad demandada.

3.4. LA VALORACIÓN RAZONADA Y CONJUNTA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA Y LA INAPLICACION DEL ARTÍCULO 197°

Por otro lado, la recurrente denuncia también la inaplicación del artículo 197° del código adjetivo. Este artículo exige al juez valorar las pruebas de modo conjunto y razonado, de manera que esta valoración debe darse a conocer a las partes de modo adecuado, lo cual evita la emisión de decisiones judiciales arbitrarias y absurdas.

A decir de los Vocales Supremos se viola este deber cuando se omite valorar o se valore indebidamente los medios de prueba.

En el caso, se evidencia que el magistrado inferior y los Vocales Superiores sí habrían valorado los medios de prueba, de tal manera que habrían dado a conocer su motivación en las consideraciones de las respectivas sentencias, dando como resultado el rechazo de la pretensión.

Evidentemente en este caso no era posible incorporar al proceso el fallido allanamiento por haber sido declarado improcedente. Es decir, desde que el representante de la demandada no tenía facultades para allanarse, su fracasado allanamiento no puede ser considerado ni siquiera referencialmente en el proceso, porque es como si nunca se hubiera materializado, al menos procesalmente hablando.

Por ello mismo también, no tiene hacedero el argumento consistente en que este frustrado allanamiento podría haber sido considerado como declaración asimilada pues propiamente no es un medio de prueba.

Es decir, por mandato del artículo 221° del código procesal civil, una declaración es considerada como asimilada cuando existe una afirmación contenida en actuaciones judiciales o escritos de las partes. En este caso, el representante de la asociación demandada nunca llegó a ser parte, por lo que sus declaraciones, en puridad, no constituyen una actuación dentro de un proceso judicial.

Más bien, como ya anotamos, creemos que el juzgador pudo haber ordenado de oficio la declaración testimonial del Presidente del Consejo de Administración de la Asociación para generarle algo de convicción. Y justamente ello es un supuesto de la no-utilización de los medios de prueba de oficio que reclama la demandante, pero que formalmente jamás denunció en su recurso casatorio.

4. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

4.1. EN QUÉ CONSISTE LA DEMANDA DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Clásicamente a las obligaciones se las ha ubicado en tres grandes sectores según la prestación a efectuar: dar, hacer o no hacer. Una diferencia esencial entre una prestación de dar y una de hacer es que en la primera, regularmente, el bien a entregar preexiste a la obligación; mientras que en las segundas el bien no preexiste sino que hay que elaborarlo para luego, obviamente, entregarlo. Pero la esencia de la prestación en este último caso está en elaborar antes que en el dar.

Cuando se demanda el otorgamiento de escritura pública nos encontramos ante una obligación cuya prestación es de hacer. Y lo que se tiene que hacer o elaborar es la escritura pública que sustente al acto jurídico ya preexistente que se quiere documentar de modo oficial o público, para gozar con algo más de certeza o seguridad jurídica.

Dicho de otra manera, 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 un 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.

Así, entre nosotros el nivel de seguridad de las formas negociales recorre más o menos el siguiente derrotero:

DIAGRAMA 01: FORMAS NEGOCIALES SEGÚN EL NIVEL DE SEGURIDAD



Como es de verse, el nivel máximo de seguridad que rige en el Perú, al menos formalmente, lo concede la inscripción en Registros Públicos, ello a base de la presunción absoluta de que todos tenemos conocimiento de las inscripciones prevista en el artículo 2012° del código civil.

Pero un escalón debajo, en seguridad, se encuentra la escritura pública. Evidentemente un acto jurídico documentado vía escritura pública cuenta, sobremanera, con la eficacia probatoria judicial a la que se refiere el artículo 245° del código procesal civil. Y como se sabe, el contar con escritura pública es el paso fundamental para lograr la inscripción en Registros Públicos que es, como anotamos, el escalón más alto de seguridad formal vigente en nuestro ordenamiento.

Así las cosas, es entendible que el contar con una escritura pública generaría mayor seguridad al titular de derechos ya ganados con la celebración del acto jurídico que se quiere documentar, motivo por el cual es razonable demandar el otorgamiento de dicha escritura pública.

4.2. EL SUSTENTO JURÍDICO LEGAL DEL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

La praxis forense ha entendido que el otorgamiento de escritura pública tendría su sustento legal puntual en los artículos 1549° y 1412° del código civil.

4.2.1. REVISIÓN DEL ARTÍCULO 1549°

El artículo 1549° del código civil prescribe que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Con ello se ha creído que es deber del transferente otorgar la escritura pública respectiva, ya que así se perfeccionaría la transferencia de la propiedad del bien vendido.

Este razonamiento, como se puede apreciar, solamente regiría para los casos de compraventa y no para otros negocios. Entonces, hay que tener en cuenta que la compraventa se perfecciona con el solo consentimiento, y si por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien, por mandato del artículo 1549° el vendedor se obliga a perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.

Ahora bien, cuando se trata de un bien mueble, la transferencia de la propiedad se perfecciona con la tradición, tal y como manda el artículo 947° del código sustantivo. Por tanto, el vendedor se obliga ya no a perfeccionar la compraventa si es que el bien ya está entregado, sino a proporcionar los documentos y títulos relativos a la propiedad, tal y como lo dispone el artículo 1551° del código civil. Por consiguiente, cuando estamos frente a un bien mueble, parece ser que el otorgamiento de escritura pública no tendría tanto asidero.²

Y cuando se trata de inmuebles, el artículo 949° prescribe que el solo contrato ya hace al comprador propietario, por tanto, en puridad, ya no es necesario efectuar ningún acto más, ya que el adquirente, por mandato legal, ya es propietario.

Por tanto, si bien es cierto, como se ha dicho jurisprudencialmente³, que es fin de los procesos de otorgamiento de escritura pública la formalización de un acto jurídico porque lo determina la ley o porque así lo han acordado las partes, de ello no necesariamente se sigue que el adquirente, tratándose de una compraventa, pueda compeler a su vendedor a otorgarla de acuerdo con los artículos 1412° y 1549° del código civil.

Es decir, solamente será posible reclamar con sustento el otorgamiento de escritura pública si la ley o el pacto así lo exigen. En tal sentido, si leemos con detenimiento, en ningún lugar la ley exige otorgar la escritura pública en un caso de compraventa.

² En un antiguo fallo -Expediente 184-2001 de la 2ª Sala Civil de Lima- se dijo que la transferencia de una cosa mueble se efectúa con la tradición a su acreedor, además, conforme señala el artículo 1551° del código civil, el vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad del bien. Por tanto, la pretensión de otorgamiento de escritura pública no resulta ser la idónea para perfeccionar la transferencia de la propiedad a nombre del actor, más aún si dicha pretensión es posible cuando se trata de bienes inmuebles.

³ Vid. Casación 1168-2003-Cono Norte.

Insistimos, el artículo 1549° manda perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, y por mandato del artículo 949° la sola obligación de enajenar ya hace al acreedor propietario del inmueble; por consiguiente no hay que perfeccionar nada más.

Más bien parece ser que la casuística forense ha entendido que el otorgamiento de escritura pública tendría su sustento en el artículo 1549° desde que en el artículo 1135°, ante una concurrencia de acreedores de bien inmueble, se preferirá al acreedor cuyo título figure inscrito, y como la escritura pública es el primer paso para la inscripción, entonces, se podría compeler al transferente demandando el otorgamiento de escritura pública.

Sin embargo, de ser verdad este razonamiento, partiendo de los artículos 1549° y 1135°, lo que se podría demandar directamente sería más bien la inscripción registral y no tanto el otorgamiento de escritura pública.

Así las cosas, el otorgamiento de escritura pública propiamente no tendría un cabal sustento legal en el artículo 1549°. Obviamente el asunto se torna algo más complejo cuando salimos de la esfera de la compraventa.

4.2.2. REVISIÓN DEL ARTÍCULO 1412°

También se ha venido diciendo que es el artículo 1412° del código civil el que concede sustento legal al otorgamiento de escritura pública.

En dicho artículo se prescribe 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 por escrito bajo sanción de nulidad, estas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

Este artículo lo que quiere decir es que si el acto jurídico es formal solemne y no se cumple con la solemnidad en la celebración, el acto deviene en nulo. Pero si se trata de un acto cuya formalidad no es solemne (sea porque la ley no lo manda o porque las partes no la han acordado de esa manera), entonces, por tratarse de una formalidad que no genera la nulidad pero que está mandado por ley o por acuerdo de las partes, es posible compeler al co-contratante a cumplir esa formalidad.⁴

⁴ En la Casación 1716-2008-Lambayeque se afirmó que el contrato de compraventa es uno de carácter consensual o con libertad de forma en el que las partes pueden utilizar la forma que consideren pertinente para celebrar el acto jurídico; constituyendo la escritura pública el cumplimiento de una formalidad de la celebración de un contrato preexistente.

La primera interrogante que surge es si efectivamente la ley en alguna parte exige cumplir una formalidad sin sancionarla con nulidad. Los únicos supuestos que conocemos al respecto son los negocios jurídicos *ad probationem* (Vid. Gutiérrez Camacho 2004, 439-440), que dicho sea de paso, son muy pocos en nuestro ordenamiento.

Y como la compraventa en puridad no es un negocio jurídico *ad probationem*, es decir la ley no exige que se otorgue escritura pública, no es viable demandar el otorgamiento de escritura pública, al menos no bajo el influjo del artículo 1412°.

Algo similar ocurre cuando se trata del acuerdo de las partes.

Las partes pueden pactar válidamente una formalidad que en caso de no ser cumplida genere la nulidad del acto. Ello en virtud del artículo 1411° que a la letra dice: *Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad.*

Pero lo que sí parece ininteligible es que las partes hayan acordado respetar una formalidad que en caso de incumplimiento no genere la nulidad. Si se lee bien, el artículo 1411° estipula que si se ha pactado una formalidad ella se presume como requisito de validez del negocio.

Por consiguiente, el artículo 1412° tampoco parece ser el adecuado sustento legal para demandar el otorgamiento de escritura pública.

4.3. LA APARENTE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA PRETENSIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

Lo que hemos venido diciendo se conecta estrechamente al tema de la aparente imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública.

Si bien este tema no está ventilándose en la Casación en comentario, nos parece que por la conexión que hay, es menester dar a conocer nuestro punto de vista al respecto.

Para ello partiremos de que en la cotidianeidad se suele demandar el otorgamiento de escritura pública de compraventas, por lo que, para simplificar el análisis, trabajaremos con este acto jurídico, aclarando que lo dicho vale para otros tantos negocios.

4.3.1. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA NO FORMA PARTE DE LOS EFECTOS DEL ACTO JURÍDICO DE VENTA

Al estar frente a una compraventa, el otorgamiento de escritura pública no forma parte de los efectos del acto jurídico que genere ineludiblemente su emisión. La traslación de propiedad es el efecto del contrato de compraventa (Salvatierra Valdivia 2006, 131).

Es decir, una compraventa de inmueble entre nosotros 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 de sanear el bien vendido y de sufragar los gastos de entrega o transmisión (Albaladejo 1997, 24).

Planiol y Ripert (1946, 66 y ss.) son coincidentes con este criterio y afirman que los únicos deberes que tiene el vendedor al interior de una compraventa son puntualmente la entrega del bien y las garantías por evicción o por vicios ocultos, que nuestra codificación regula como obligaciones de saneamiento⁵ como parte de la ejecución contractual.

Ahora bien, cuando en nuestro código se dice en el artículo 1549° que es obligación del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, ello debe entenderse del modo acorde a nuestro sistema jurídico y no de manera antojadiza.

Se sabe que como nuestro sistema contractual de compraventa en espiritual, su celebración únicamente genera el deber de transmitir la propiedad, por lo que se entiende que la obligación de transferir la propiedad consiste en el cumplimiento de la obligación de dar. El perfeccionamiento de la transferencia implica la realización de actos que permitan colocar al adquirente en la calidad de propietario del bien. En este punto el acto fundamental es la entrega del bien de manera que el comprador pueda usarlo.

Se dice que el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, conforme al artículo 1549° comprendería otros actos como la determinación del bien por las partes (si era genérico), la adquisición por parte del vendedor (cuando era bien ajeno) o la elección del bien por parte del vendedor (si se trata de bienes alternativos). Pero, a fin de cuentas el último y gran deber del vendedor es la entrega del bien (Salvatierra Valdivia 2006, 131).

⁵ Vid. artículos 1484° y ss. del código civil.

Planiol y Ripert (1946, 67-68) hacen un desarrollo de cómo se llevaría a cabo la entrega del bien por parte del vendedor (partiendo de que se trata de una cuestión de hecho) de modo tal que haya realizado lo que de él dependía para que el comprador pudiese obtener del bien los provechos que normalmente debe lograr un propietario. En primer término se dice que el simple consentimiento de las partes sin formalidad especial es aplicable a todas las cosas vendidas, pero sería de suma utilidad sobre todo para los supuestos de bienes futuros o cuando el comprador ya tenía la cosa en su poder.

Para el caso de inmuebles se dice que será necesario entregar las llaves y/o los títulos de propiedad. Pero respecto a la entrega de los títulos de propiedad resaltan que es indiferente desde el punto de vista de la entrega, que los títulos entregados se encuentren sujetos a discusión. El vendedor habrá cumplido con su obligación de entregar al trasladar esos títulos, por tanto, si son insuficientes para asegurar la propiedad al comprador, será este quien deberá pedir el cumplimiento de la obligación de garantía que pesa sobre el vendedor (Planiol y Ripert 1946, 68-69).

Por último, agregan que si se trata de un bien mueble es indispensable la *traditio* a lo que se aúnan todos los procedimientos suficientes para poner el mueble vendido a disposición del comprador, como sucede por ejemplo con la entrega de documentos y títulos correspondientes (Planiol y Ripert 1946, 69).

Como se puede apreciar en esta pormenorización, en puridad las obligaciones del vendedor se reducen a prestaciones de dar, y nunca de hacer.

En una Casación⁶ al respecto se dijo que:

“El otorgamiento de la 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.”

El contenido de este fallo es, por demás, elocuente.

Igualmente en la Casación 993-2006-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;

⁶ Vid. Casación 35-1997-Lima.

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.”

Por tanto (y dejando de lado la afirmación referida a que la compraventa cuenta con formalidad *ad probationem*), queda claro que el otorgamiento de escritura pública no forma parte de los deberes del vendedor, a menos que las partes así lo hayan pactado, toda vez que nuestra legislación no lo exige.

Como ya anticipamos, se pueden presentar hasta dos supuestos según el acto jurídico que se piensa documentar a través de la escritura pública:

- Si el acto es formal solemne y su formalidad esencial es la escritura pública, evidentemente no se puede demandar su emisión porque en este caso el acto no existe (*Vid. Gutiérrez Camacho 2004, 439*).

- Y si el acto jurídico fuese no formal o con formalidad probatoria o solemne distinta a la escritura pública, ello no forma parte de su celebración sino que se constituye en un deber alterno que es necesario ejercer.

Para corroborar lo dicho tenemos lo manifestado en la Casación 5374-2007-Arequipa donde se precisó:

“Que, tal como puede apreciarse del mismo texto del artículo mil cuatrocientos doce, éste es claro cuando establece que la regulación contenida en ella está referida a un requisito “que no revista la forma solemne prescrita legalmente o convenida por las partes bajo sanción de nulidad”; esto es, que no consista en una formalidad ad solemnitatem, puesto que siendo la referida formalidad un requisito esencial para la validez de dicho acto, éste no existirá o no tendrá validez mientras no se satisfaga también dicho requisito. El artículo ciento cuarenta inciso cuatro del Código Civil es expreso cuando establece que para la validez del acto jurídico se requiere además la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; siendo dicha formalidad parte esencial de la estructura del acto sin el cual todavía no puede estimarse como existente.”⁷

Dicho de otra manera, en la compraventa, por tratarse de un contrato no formal basta el consentimiento para su perfeccionamiento. Y los deberes que emergen para el vendedor están claramente establecidos en nuestra

⁷ Inexplicablemente en la Casación citada, luego de todo el razonamiento acertado se concluye en que: “*por consiguiente, la facultad de las partes de exigirse el cumplimiento de alguna formalidad que contempla el artículo mil cuatrocientos doce del Código Sustantivo, no debe versar sobre formalidades ad probationem*”

codificación. Y entre ellos no figura la elaboración de la escritura pública, justamente porque el acto jurídico ya está plenamente consumado.

Es decir, si alguien no solicita la escritura pública de compraventa ello no resta valor ni eficacia al acto jurídico y subsiste en el mundo jurídico de modo pleno. Y el modo de perfeccionarlo (en caso de no estarlo) es solicitando la entrega del bien.

En tal sentido, si por ejemplo el comprador no ha logrado el perfeccionamiento de la transferencia de la propiedad, no puede utilizar la demanda de otorgamiento de escritura pública para lograrlo. Ello ha sido ratificado desde antiguo en nuestra judicatura. Verbi gracia, en el Expediente 184-2001-Lima se dijo claramente que:

“(...) la pretensión de otorgamiento de escritura pública no resulta ser la idónea para perfeccionar la transferencia de la propiedad.”

4.3.2. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA SE UBICA EN UNA ACCIÓN (PRETENSIÓN) PERSONAL

Al no ser la escritura pública parte de los deberes inherentes a la compraventa, su ejercicio se constituye en un accionar que debe desplegar el interesado.

El comprador tranquilamente puede vivir con un bien comprado sin que se eleve a escritura pública el negocio original. El elevar a escritura pública surge de un requerimiento expreso que debe hacer el comprador al vendedor. Y si no lo hace es responsable de su actuar negligente. Justamente por una situación así, es que se presenta la concurrencia de acreedores.⁸

Nuestra codificación, desde el año 1936 comenzó a establecer parámetros máximos para el ejercicio de las pretensiones, a tal punto que en nuestra normatividad actual el plazo máximo para ejercer una acción es de 10 años.

⁸ Lamentablemente en nuestro sistema impera aún por mandato del artículo 1315º del código civil esta figura de la concurrencia de acreedores beneficiando al acreedor más diligente. Al respecto, Díez-Picazo (749 y ss.) afirma que todos los acreedores son por regla general de igual condición frente al patrimonio del deudor, por lo que deben recibir el mismo trato. Por consiguiente, la consecuencia más importante de la regla de igualdad se produce en aquellos casos en que el patrimonio del deudor sobre los que se ha de producir el cobro, son insuficientes para satisfacer a todos los acreedores. Y resalta que en tales casos no puede admitirse que cobren por entero sus créditos los acreedores más despiertos o más diligentes, en perjuicio de los demás.

Como bien se ha dicho, desde antiguo se ha considerado conveniente establecer plazos dentro de los cuales se deben ejercitar los derechos o dentro de los cuales la inactividad del titular determina su privación o desprotección de lo que jurídicamente le corresponde, siendo que el fundamento de tal regulación no es sino el generar seguridad jurídica en la sociedad y garantizar a quien tiene un deber o deuda que no pesará indefinidamente sobre él o sobre sus herederos (Rubio 1987, 13-14).

El otorgamiento de escritura pública encaja en los supuestos de obligaciones con prestaciones de hacer (mientras que la entrega del bien vendido en uno de obligaciones de dar) y por tratarse de una pretensión dirigida contra el vendedor se constituye en una acción de índole personal. Y por mandato del artículo 2001° inciso 1 las acciones personales prescriben indefectiblemente a los 10 años.

4.3.3. ACERCA DE LAS OPINIONES QUE CUESTIONAN LA PRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

En sede doctrinaria y judicial⁹⁹ es posible encontrar algunas opiniones en contra de la prescriptibilidad de la acción personal de la obligación de otorgamiento de escritura pública. Como se puede ver tales meras opiniones, aún judiciales, no pasan de ser ello, lo cual contraviene abiertamente la solución legal establecida en nuestra codificación.

Se sabe que los plazos de prescripción pueden ser fijados única y exclusivamente por la ley, ello en virtud del artículo 2000°. Y como su ley es la única fuente, es sencillo colegir que su modificación, extinción o cualquier alteración solamente será viable a través de un dispositivo legal.

Por ello en el artículo 2001° se estatuye de modo claro que las acciones personales prescriben a los diez años, **salvo disposición diversa de la ley**. Justamente los únicos supuestos de imprescriptibilidad están plasmados en la propia codificación como sucede, verbi gracia, con la reivindicación (artículo 927°), la nulidad matrimonial (artículo 276°), la petición de herencia (artículo 664°), etc.

Si bien es factible encontrar algunas opiniones doctrinarias en contra, se sabe que ello no puede ir contra el sentido expreso de la ley. Y lo mismo sucede con algunos fallos.

⁹⁹ Vid. entre otras Cas. 1716-2008-Lambayeque y Cas. 1056-01

Un juzgador no podría utilizar estas opiniones ni fundamentos judiciales sino luego de recurrir al camino establecido por nuestra propia legislación, en el supuesto de entender que estamos ante una deficiencia legal.

En efecto, en el artículo VIII de nuestro código civil se consagra que ante un vacío o deficiencia de la ley el juzgador debe recurrir a los principios generales del derecho (lamentablemente nuestra legislación civil no dice que se deba recurrir a otras fuentes formales del derecho objetivo).

En este caso el principio aplicable (asumiendo que estamos ante un vacío o deficiencia de la ley) es el de la seguridad jurídica. Y como bien se sabe, la seguridad jurídica justamente se constituye en el pilar objetivo de la institución de la prescripción extintiva. O sea, el solo paso del tiempo debe generar certidumbre y no mantener en duda jurídica.

Si a ello agregamos el fundamento subjetivo por el cual se sanciona la inercia o inacción del beneficiado con la acción a demandar, la ley lo sanciona por negligente, con mayor razón cuando se trata de un lapso temporal tan largo como es el de los 10 años.

O sea, se sabe que el sistema jurídico espera cierta diligencia de parte de quien goza de una protección jurídica determinada, y si el titular no la ejercita dentro del lapso respectivo se entiende o que no tiene interés o que se negligencia no debe ser amparada por más tiempo y que en adelante debe favorecerse a quien se ubica en lado contrario dentro de la relación jurídica (Rubio 1987, 14).

Por ende, se puede concluir en que la acción personal consistente en demandar el otorgamiento de escritura pública (como obligación de hacer) es personal y sería susceptible de prescripción extintiva.

4.3.4. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD ES EXCEPCIONAL

Conforme se ha venido diciendo, en nuestro sistema jurídico, la seguridad se constituye en uno de sus pilares, de tal modo que no se puede caminar tranquilo en sendas jurídicas si es que no se cuenta con elementos mínimos que concedan tranquilidad a los justiciables, y en general a toda la población.

La sola posibilidad de que algo sea eternamente exigible plantearía al ordenamiento jurídico gravísimos problemas, haciendo imposible la vida social y hasta la administración de justicia (Rubio 1987, 14).

Esta seguridad jurídica es la que sostiene que las pretensiones no pueden vivir eternamente en el tiempo, excepto de modo excepcional.

Si pensamos en algún caso penal, todos los delitos prescriben, excepto rarísimas excepciones. Y lo mismo acontece en el derecho administrativo, donde las sanciones cuentan con plazos de extinción del ejercicio. En general ello opera en todas las esferas jurídicas.

Para el caso civil, el fundamento es el mismo. Nuestro legislador optó en el año 1984 por la seguridad jurídica en el sentido en que ninguna pretensión podría sobrepasar del plazo temporal de los 10 años, que dicho sea de paso, es un tiempo más que prudencial.

Y como en materia civil las llamadas acciones se las puede dividir en personales o reales, en el artículo 2001° queda bien en claro que, salvo algunos casos puntuales de lapsos más cortos, toda pretensión personal o real prescribe a los 10 años como límite máximo.

El colocar estos tiempos máximos, insistimos, concede certidumbre y tranquilidad a los justiciables, pues genera seguridad jurídica.

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) quiso que alguna pretensión fuese imprescriptible, así lo dijo expresamente en el texto legal, pues estimó que la naturaleza de dicha acción meritaba ser ubicada en un supuesto excepcional.

A contrario, si el legislador no colocó un supuesto puntual en la excepción es porque así lo estimó por conveniente.

Así las cosas, el legislador no se ha pronunciado, ni siquiera implícitamente, por la imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública, por lo que mal se hace en catalogar a un derecho común como de calidad superlativa, concediéndole una imprescriptibilidad que no tiene realmente fundamento.

Abunda a favor de ello que, si se revisa bien, las acciones conexas a los actos jurídicos que ameritarían emitir una escritura pública, absolutamente todas tienen plazo de prescripción. Por tanto, no es entendible que si el tema principal (el negocio jurídico) está rodeado de pretensiones prescriptibles, se conciba que algún tema conexo no esencial

(la formalización no solemne del acto jurídico original) tenga que ser imprescriptible.

4.4. EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA NO ACREDITA LA PROPIEDAD

Ingresando a otro punto, en el medio jurídico es unánime la posición consistente en que en un proceso de otorgamiento de escritura pública no entra en discusión quién es el verdadero propietario, ni si el documento que da origen a la emisión de la escritura pública es válido o no.

Se ha dicho, entonces, que el proceso de otorgamiento de escritura pública no discute el derecho que pueda corresponder a las partes en el acto efectuado, más bien lo único que se analiza es el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento.¹⁰

Entonces, al tratarse de un proceso sumarísimo solamente se busca verificar si existe esa obligación; todo lo que tiene que ver con el real derecho de propiedad o con la validez del negocio celebrado tiene que ventilarse en un carril procesal amplio y predeterminado, pues las pruebas al respecto tienen que prepararse con antelación, lo cual no es viable en un trámite corto.

Por ello mismo es común encontrar que luego de un proceso de otorgamiento de escritura pública sumamente litigioso, los demandados inician un nuevo proceso de nulidad de un acto jurídico, de “mejor” derecho de propiedad, de concurrencia de acreedores, o alguno similar.

Por ello en la Casación 1716-2008-Lambayeque se aseveró que en un proceso de otorgamiento de escritura pública:

“(...) no resulta materia de discusión el derecho de propiedad del comprador con relación a un 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.”

4.5. LA ACREDITACIÓN INDUBITABLE DEL NEGOCIO JURÍDICO CELEBRADO COMO PRESUPUESTO PARA LA FUNDABILIDAD DE LA DEMANDA

Aunque parezca una verdad de perogrullo, es indispensable insistir en este punto. Cuando se demanda el otorgamiento de escritura pública de un acto jurídico, si bien como solamente se busca: “(...) revestir de formalidad un

¹⁰ Vid. Casación 3812-2002-Lambayeque

acto jurídico, no discutiéndose la validez del negocio”¹¹, es ineludible acreditar fehacientemente la celebración del acto jurídico.¹²

Por lo regular se prueba el negocio con documentos escritos que no tienen la categoría publicista de la escritura pública; por ejemplo con documentos privados, escrituras imperfectas o hasta documentos de fecha cierta que no alcanzan al nivel de una genuina escritura pública.

Por tanto, no es posible demandar el otorgamiento de escritura pública de un negocio cuya celebración solamente se argumenta.

Reiteramos es ineludible la acreditación indubitable de la celebración negocial. Ergo, si el juzgador no tiene la convicción total de la celebración del acto que se pretende documentar debe rechazar la demanda por deficiencia probatoria, tal y como se ha resuelto acertadamente en el caso bajo examen.

4.6. ¿Y EL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN? ¿REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD?

Nuestra Corte Suprema ha empezado a introducir un requisito más para que una demanda de otorgamiento de escritura pública sea declarada fundada y se refiere al cumplimiento de la contraprestación por parte del comprador.

Efectivamente, se sabe que en una compraventa, si bien el vendedor tiene el deber de entregar el bien, es deber correlativo del comprador pagar su precio.

Sobre este presupuesto elemental de lógica jurídica y de equidad, es en la Casación 943-2005-Lima donde se enfatizó el principio de la buena fe de los contratantes, y se afirmó que:

“(…)la norma acotada debe ser interpretada en concordancia con el principio de la buena fe a que se refiere el artículo 1362 del código civil, en virtud del cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes; debiendo entenderse que se configura la excepción de incumplimiento a que se refiere el artículo 1426° del código civil cuando la parte que solicita el cumplimiento de la obligación no ha cumplido con su obligación o con una parte sustantiva de la misma que lo legitime a solicitar la contraprestación a cargo de la otra, no resultando acorde con el principio de la buena fe

¹¹ Vid. Casación 1253-2006-Callao

¹² Por ello se ha dicho jurisprudencialmente que resultan impertinentes las pruebas que no tengan que ver con la materia en cuestión, como por ejemplo aquellas que acreditan la posesión ininterrumpida por una de las partes (Casación 1253-2006-Callao).

contractual que el actor haya solicitado el otorgamiento de la escritura pública sin siquiera haber cancelado parte del precio ni haber solicitado la consignación del mismo.”

Como se puede apreciar, se ha introducido un aspecto interesante de legitimidad para poder demandar el otorgamiento de escritura pública, consistente exactamente en haber pagado el precio o una parte considerable de él.

Por consiguiente, podemos acoger en adelante como requisito adicional de procedibilidad para demandar el otorgamiento de escritura pública el hecho de acreditar el haber pagado el precio (para la compraventa) o haber probado la contraprestación correspondiente (para los demás actos jurídicos).

5. LA DEMANDA ES INFUNDADA Y NO IMPROCEDENTE

Con todo lo dicho, y sobre todo lo afirmado en los rubros finales, llama la atención el proceder de la Vocalía Superior al declarar improcedente la demanda.

Si recordamos el derrotero del caso, el juez de primera instancia declara infundada la demanda y su sustento fuerte es que por mandato del artículo 196° del código procesal civil, la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión. En este caso, la demandante debió probar fehacientemente el acto de adjudicación para ser beneficiada con el otorgamiento de la escritura pública respectiva.

Y como en el artículo 200° del mismo cuerpo normativo se prescribe que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada, hace bien el juez en rechazar la demanda declarándola, efectivamente, infundada, por ausencia de solvencia acreditativa del acto de adjudicación.

Con el mismo razonar, inexplicablemente la Sala Superior declara improcedente la demanda. Si la demandada no acreditó su pretensión, la Sala debió pronunciarse sobre la fundabilidad de la demanda y no sobre su procedibilidad; ergo, luego de todo lo reseñado, la demanda es infundada.

Quizás el proceder de la Sala sea para beneficiar a la demandante, dado que si se declaraba infundada la litis adquiriría calidad de cosa juzgada y no se puede volver a discutir judicialmente; en cambio al declararla improcedente, como no hay pronunciamiento sobre el fondo, no se genera la calidad de cosa juzgada quedando la demandante expedita para iniciar nuevamente el proceso.

Si bien la salida de los vocales superiores es saludable para la demandante, no lo es para el ordenamiento jurídico. Dicho en palabras crudas, si la demandante fue asesorada mal, fue su decisión contar con el letrado que la asesoró y entre ellos tienen que asumir la responsabilidad de tales decisiones. No puede la judicatura subrogarse en el lugar de la parte para beneficiarla.

Digámoslo con un ejemplo más claro, si yo tengo una dolencia ósea y decido ir a ver a brujo o a un médico general o a un quiropráctico empírico, antes que ir a ver a un médico especialista en traumatología, debo asumir las consecuencias de mi decisión. Y en caso de que se me genere un daño, tendré que demandar a quien me atendió, por el daño causado.

En este caso sucede igual, si la demandante perdió el caso por deficiencia probatoria, la demanda es infundada, y por generar cosa juzgada y perder la oportunidad de contar con la escritura pública, podrá ella luego demandar al letrado que la patrocinó, por ese perjuicio. Por tanto, no nos parece del todo correcto que los magistrados superiores hayan actuado conforme al ordenamiento jurídico cuando declararon improcedente la demanda.¹³

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos discutido a fondo el tema de la imprescriptibilidad de la pretensión de otorgamiento de escritura pública, concluyendo en que se trata en realidad de una pretensión de naturaleza personal que, por mandato del artículo 2001° inciso 1 se rige por la prescripción decenal.

Pero como parte de la doctrina y la judicatura insiste en su imprescriptibilidad, para intentar amalgamar ambas posturas se podría decir que, en el peor de los casos la pretensión de otorgamiento de escritura pública podría ser imprescriptible si y solo si el acto jurídico que le da origen estuviese no solo ineludiblemente acreditado sino que contase con una documentación que le dé prestancia. En una palabra, cuando el acto

¹³ No obstante, y para aproximarnos a una suerte de solución equitativa frente a este tema en la Casación 3812-2002-Lambayeque se dieron algunas luces cuando se afirmó que: “(...) *en un proceso de otorgamiento de escritura pública, como el resuelto en el expediente acompañado, no se discute el derecho que les pueda corresponder a las partes en el acto efectuado, sino únicamente se analiza el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, por lo que no puede configurarse la vulneración al principio de cosa juzgada consagrado en el artículo ciento treintinueve (sic) inciso trece de la carta magna, concordado con el artículo ciento veintitrés del código procesal civil.*”

jurídico conste en un documento privado de fecha cierta, solamente en esos casos podría ser entendible hablar de imprescriptibilidad de la pretensión.

7. LISTA DE REFERENCIAS

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. 1997. *Derecho civil II – Derecho de obligaciones. Volumen segundo: Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Barcelona: Bosch.
- DIEZ-PICAZO, Luis. 1996. *Fundamentos del derecho civil patrimonial – Las relaciones obligatorias*. 5ª edición. Volumen segundo. Madrid: Civitas.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter. 2006. *Derecho de exigir el cumplimiento de la formalidad en Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- PLANIOL, Marcelo y Jorge Ripert. 1946. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés – Los Contratos Civiles*. Tomo X. Primera parte. Traducido por Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone. La Habana: Cultural S. A.
- RUBIO CORREA, Marcial. 1987. *Prescripción, Caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente.
- SALVATIERRA VALDIVIA, Gloria. 2006. *Perfeccionamiento de la transferencia en Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.