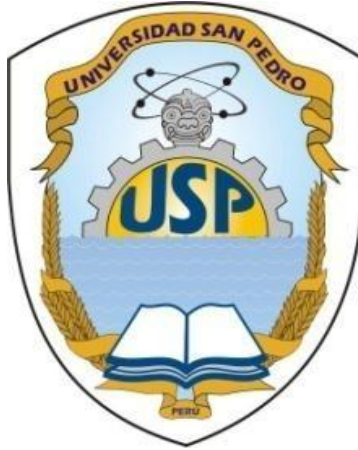


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**La improcedencia de la demanda de otorgamiento de
escritura pública en los contratos de donación**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

Gutierrez Ardian, Mariza Lucero

ASESOR:

Arias Cruz, Fredy Robert

HUACHO – PERÚ

2019

PALABRAS CLAVE

TEMA:	IMPROCEDENCIA
ESPECIALIDAD:	DERECHO NOTARIAL

KEYWORDS

Topic:	IMPROCESS
Specialty:	NOTARY LAW

LINEA DE INVESTIGACION: DERECHO

DEDICATORIA

DEDICO ESTE TRABAJO A DIOS, MIS PADRES, A DIOS PORQUE HA ESTÁ CONMIGO EN CADA PASO QUE DOY, CUIDÁNDOME Y DÁNDOME FORTALEZA PARA CONTINUAR, A MIS PADRES, QUIENES A LO LARGO DE MI VIDA HAN VELADO POR MI BIENESTAR Y EDUCACIÓN SIENDO MI APOYO EN TODO MOMENTO, DEPOSITANDO SU ENTERA CONFIANZA EN CADA RETO QUE SE ME PRESENTABA SIN DUDAR NI UN SOLO MOMENTO EN MI INTELIGENCIA Y CAPACIDAD. ES POR ELLOS QUE SOY LO QUE SOY AHORA.

AGRADECIMIENTO

EN PRIMER LUGAR, A DIOS POR HABERME GUIADO POR EL CAMINO DE LA FELICIDAD HASTA AHORA, EN SEGUNDO LUGAR, A CADA UNO DE LOS QUE SON PARTE DE MI ENTORNO FAMILIAR, GRACIAS A TODOS POR HABERME DADO SU APOYO INCONDICIONAL Y POR ESTAR SIEMPRE HAY CUANDO LOS NECESITO.

INDICE GENERAL

PAGINA N°

PALABRAS CLAVES	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	vi
1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	1
2. MARCO TEORICO	14
3. ANALISIS DEL PROBLEMA	34
JURISPRUENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURIDICIONALES	44
EL DERECHO COMPARADO	48
CONCLUSIONES	54
RECOMENDACIONES	55
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	56

RESUMEN

Siempre se ha tenido presente la compraventa como un contrato que se forma por el mero acuerdo de voluntades expresadas, siempre con los elementos necesarios para su validez y que no requiere, para su surgimiento, alguna formalidad y, por ende, puede formarse de forma expresa, tácita, por documento privado, por formulario, entre otros; lo que no significa que no exista una obligación del vendedor a permitir que el comprador proteja su derecho a nivel registral, y por lo tanto, tendrá que «cooperar» a generar los documentos que se requieran de él para lograr finalmente el tan ansiado registro de la propiedad. Entre ellos, el más relevante es la escritura pública.

Cabe anotar, desde el principio, que el otorgamiento de la escritura pública no se encuentra en el plano del perfeccionamiento de la propiedad, porque el derecho surge con el contrato, sino se encuentra en el plano de protección jurídica en el que quiere investirse al derecho de propiedad ya ganado.

En el presente caso se cuestiona una donación de un bien inmueble efectuada vía documento privado. Evidentemente, la causal denunciada refiere la inobservancia de la forma solemne exigida por la ley para estos actos, como es su elaboración por Escritura Pública.

La Sentencia de segunda instancia, confirma la primera, declarándola improcedente, puesto a ello se Archiva Definitivamente los actuados y se exonera a la parte demandante del pago de costas y costos de proceso.

Se trata de la Sentencia de la resolución N° 29 recaída en el Expediente 00912-2015-0-1301-JR-FI-01 emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA EN LOS CONTRATOS DE DONACIÓN

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.

De toda institución jurídica resulta adecuado estudiar su importancia a efecto de determinar su campo de aplicación, es decir, en la práctica ocurren una serie de problemas que es necesario solucionar. En tal sentido, la escritura pública es bastante importante para el derecho, lo cual dejamos constancia para un conocimiento adecuado del presente tema, lo que no sólo ocurre en sede notarial, sino también en otras sedes, como puede ser por ejemplo la sede registral, sede procesal, sede consular, entre otras tantas, y además esto no sólo debe ocurrir en el derecho peruano, sino también en otros escenarios, como es el caso del derecho extranjero.

En el derecho mundial, es decir, no sólo en el derecho peruano se otorgan una serie de documentos, los cuales en algunos casos son instrumentos, los que, por su propia naturaleza, deben estar custodiados por alguien, y en este caso deben ser custodiados por los notarios públicos, conforme a las normas respectivas.

Es decir, aún en el caso que sea archivado por los registros públicos, éstos sólo archivan en caso de calificación registral positiva los partes notariales, que son unas copias con las formalidades de ley, las cuales expiden los notarios, al menos en los sistemas notariales latinos, lo cual no existe en los sistemas notariales anglosajones.

Es por ello que debemos, establecer algunos antecedentes, por ello a pesar de no haber indicios acerca de la existencia del notariado desde las tribus primitivas, es indudable que esta institución tiene sus orígenes en los albores de la vida socialmente organizada del hombre.

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

En los tiempos remotos del antiguo Egipto, Palestina, Grecia y Roma ya se encuentra al más lejano ancestro del Notario actual bajo el nombre de **ESCRIBA**, cuando los códigos más antiguos, como el de Hamurabi y el del Manú, aún si hallarse definida la función notarial, está probado que ya existía el Escriba porque se le haya precisamente, como elemento esencial de la organización Jurídica y administrativa de los reynos.

Según el profesor Julio Bardallo, la Historia del Notariado, tiene las siguientes épocas:

- ✓ Época Pre-notarial. Como exponente de esta época, están los egipcios, los hebreos, los griegos y los romanos.
- ✓ Época Evolutiva. Con la Alta y Baja Edad Media.
- ✓ Época Moderna. A partir del siglo XVIII hasta nuestros días.

Respecto a la época pre-notarial, hay que tratar ineludiblemente acerca del **ESCRIBA**. Este vocablo proviene del latín **SCRIBA**, utilizado desde muy antiguo, en los albores de la historia universal, para designar una clase de funcionarios con cierta cultura general y específica que los distinguía del común y les aseguraba privilegios y consideraciones especiales.

Resulta difícil dar una definición genérica de "escriba", pues su institución varía según los países y aún, dentro de éstos, según las épocas.

En Egipto, por ejemplo, su quehacer más generalizado parece haber sido las funciones contables y la confección de documentos escritos. En Palestina su arraigo y predicamento deviene de la condición de doctor e intérprete de la Ley, pero en sí, gozaban de alta consideración, llegando a desempeñar cargos directivos en la conducción del gobierno.

El Escriba es siempre un funcionario público y el lugar destacado que ocupa dentro de la organización social y política lo es, más que por su jerarquía honorífica, por

convenciones, y a la actividad de los hombres en orden al patrimonio y al desenvolvimiento de la economía tanto individual, privada, como estatal.

Puede decirse que en la sociedad típicamente clasista de los faraones, en las civilizaciones del Nilo, los Escribas fueron los únicos que, provenientes de las clases plebeyas, desheredadas, consiguieron, merced a su oficio, elevarse un poco sobre la mísera

condición de sus semejantes. Sabido es que en el Egipto las clases inferiores, las no privilegiadas, vivieron en el sometimiento y la esclavitud, sobrellevando una existencia dura.

El conocimiento que los Escribas tenían de la escritura y de los números, logrado a base de inteligencia y pacientes estudios, los tornaba útiles, acercándolos necesariamente a las clases superiores y ganándoles privilegios y consideraciones. La escritura egipcia, era difícil y para dominarla se necesitaban pacientes estudios y larga práctica, realizándose el aprendizaje en los templos, al lado de los sacerdotes, casta muy privilegiada que hacía de intermediaria entre los hombres y los dioses.

El Escriba sabía leer, llevar cuentas y escribir. Se lo encontraba en todas partes, al servicio del rico particular, ya en el establecimiento del comerciante, ya en las granjas, ya en los palacios del Faraón. Era contraamaestre o ingeniero, recaudador de contribuciones, sacerdotes o general, que según Malet "Le acompañaban negros armados de varas de palmera, que hacían ejecutar sus órdenes".

Los Escribas en el Egipto no constituían una clase social, como erróneamente afirman algunos autores, pues los había de todo nivel social, tanto de la nobleza como del pueblo pero indudablemente ser Escriba era el único medio para elevarse socialmente.

En conclusión en la civilización egipcia el Escriba era una especie de delegado de los colegios sacerdotales que tenía a su cargo la redacción de los contratos.

El Escriba entre los hebreos tiene el carácter de doctor e intérprete de la Ley. Como maestro de la ley mosaica, tuvieron a la vez una misión religiosa, así como la de los oficiales públicos. Varios autores concuerdan que el primer Escriba fue Esdras.

En este pueblo tan impregnado del sentido religioso, resulta casi imposible distinguir entre la ley civil y el precepto teológico. En la ley mosaica a los Escribas se les denominaba SOFER (escribir). Como en Egipto, en un comienzo tuvieron funciones de secretarios y actuarios, administradores de reparticiones públicas, instructores del ejército y en otras funciones delicadas.

Los judíos conocieron tres clases de Escribas: los de la Ley, cuyas decisiones recibían con respeto; los del pueblo, que eran los magistrados de éste; y, los comunes, que ejercían funciones notariales o de secretarios del Sanhedrin.

En Palestina la función primordial del Escriba es la interpretación de la ley por medio de los Libros Sagrados. Según el Talmud "el que olvida un precepto enseñado por un escriba, debe perder la vida".

Los escribas del Rey, tenían como fin principal autenticar los actos del Rey; los escribas de la Ley, debían interpretar los textos legales; los escribas del pueblo prestaban su ministerio a los ciudadanos que lo requerían redactando las convenciones entre particulares y los escribas del estado ejercían las funciones de secretarios del Consejo de Estado, de los Tribunales y de todos los establecimientos públicos.

En Grecia, no hubo propiamente Escribas, pero por la similitud de algunas de las funciones, puede decirse que hicieron sus veces, aunque sin el sentido religioso. Los LOGOGRAFOS (de logo: palabra, y grafo: grabar, escribir), hacían los discursos y alegatos ante los tribunales; escribían, asimismo todos los documentos y datos que les solicitaba el público

Aristóteles en el año 360 a.c. ya hablaba de los oficiales encargados de redactar los controles a quienes los consideraba necesarios en una ciudad bien organizada.

La función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

Los Singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistía en llevar un registro público. Estos sujetos eran muy comunes en la ciudad de Atenas, en la cual no se otorgaba contrato alguno si no se inscribía en Registro Público llevado por ellos. Cada tribu contaba con dos de ellos, los cuales estaban más circunscritos a la familia o gentilicio y gozaban de grandes consideraciones y honores.

Los Mnemon, Promnemon o también conocidos como Sympromnemon, se consideraban como los representantes de los precedentes griegos del notario; ya que se

encargaban de formalizar y registrar los tratos públicos y las convenciones y contratos privados.

Cabe mencionar que el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

Justicia: "Constans et perpetua voluntas ius sun cuique tribuendi (la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo)".

El Maestro Rafael Preciado Hernández en su obra explica el dar a cada quien lo suyo como un valor intrínseco a la persona "y que nos manda dar, atribuir o reconocer a todo ser humano lo que se le debe de acuerdo con su naturaleza, porque no es un criterio convencional sino objetivo; pues se funda en los datos constitutivos de la dignidad personal, que son esenciales al ser humano, y que por esto mismo excluye toda discriminación en el trato a nuestros semejantes, sin razón objetiva suficiente".

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al Pretor. A lo largo de la existencia del Derecho Romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

En Roma la función notarial estuvo atribuida y dispersa a multitud de oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola.

Se conocen cuatro personas que eran los más característicos de la antigua Roma y ejercían funciones del tipo notarial, y eran el escriba, el notari, el tabularius y el tabellio. Sin embargo el Maestro Giménez-Arnau se refiere a diversos autores quienes hablan de personas conocidas como tabellio, cursor, amanuensiis, cognitor, acturarius, axeptor, logographis, numerarius, entre otros.

"Esta variedad de nomenclatura no prueba, en definitiva, sino que la función notarial está dispersa y atribuida a multitud de variados oficiales públicos y privados, sin que originariamente se reúnan todas las atribuciones en una sola persona".

LOS TABULARII O TABULARIOS.- (oficiales de Censo) Roma fue uno de los pocos países de la antigüedad que se preocupó por la labor estadística; y debido al apogeo y avance en este aspecto se necesitó de éstos. Algunos historiadores afirman que fueron autorizados también para intervenir en la redacción de contratos y actos jurídicos entre particulares.

LOS TABELLIONES.- Aparecen en las grandes ciudades, de mayor población, ayudaba al trabajo de los Tabularii, pero ordinariamente se estima que el Tabelión no es sólo el precursor sino el verdadero Notario del Derecho Romano, porque era el que redactaba definitivamente las convenciones fijadas entre las partes, imprimiéndoles carácter de autenticidad, suscribiendo con su firma y estampado el sello o signo en presencia de los testigos y para mayor garantía de la indestructibilidad del documento, lo transcribía ad-acta, conservándolo en depósito en su registro, del mismo modo que las sentencias judiciales. La denominación de Tabeliones es usada en la actualidad en la legislación brasileña para designar a los notarios.

ARGENTARIUS.- especie de bancarios o propietarios de casa de depósito o, funcionarios de éstos, que estaban obligados a llevar registros de las transacciones en que intervenían y autorizados para dar fe de esos actos.

LOGOGRAPHIS.- especie de secretario que tomaba apuntes de los discursos y asambleas; se les relaciona con la función notarial, posiblemente porque fueron los encargados de la conservación y transcripción de dichos apuntes.

NOTARII.- (de lo que deriva la actual denominación del Notario). Eran taquígrafos que tomaban notas de las sesiones públicas, de las sentencias, mandatos, de los tribunales.

EPOCA EVOLUTIVA DEL NOTARIADO; Comprende la Alta y Baja Edad Media; es la época en que se fusionan las diversas formas de notariado antiguo, presentando un aspecto indefinido y confuso, precisamente por la etapa de transición que se atravesaba hacia las formas definitivas que se perfilarían más tarde.

En esta época, debido a tal indefinición y al apogeo de la religión, especialmente la católica, fueron generalmente los frailes quienes desempeñaron la función notarial, habiéndose arraigado la costumbre de acudir a ellos para que intervengan en la redacción de contratos y formalización de actos jurídicos. Por el profundo sentido religioso y el concepto de la moral, como virtud inherente a la fe de aquel tiempo, fueron los representantes de Dios los más indicados para el ejercicio de esta función.

BAJA EDAD MEDIA

En esta etapa el notariado tiene ya un concepto definido: la función del Notario es más completa y clara como legitimadora, consejera y autenticante, además de entenderla como el arte del buen decir y escribir por la influencia de la corriente renacentista. Italia y España fueron los dos centros de recativación y evolución del campo notarial, constituyendo con el tiempo el origen del notariado moderno de tipo latino.

La corriente renacentista despertó la afición por las artes y las letras; la situación caótica por la pugna entre la cada vez mas fuerte, burguesía y la decayente aristocracia feudal, fue propicia para el perfeccionamiento de la función notarial, como ciencia y como arte, destinada a contener y evitar esa situación conflictiva, velar por la buena fe de la óptima actividad comercial traducida en la contratación y el tráfico jurídico.

Comienza aproximadamente a partir del XVIII de nuestra era. El notariado adquiere su fisonomía y forma actual. Veamos sus precedentes.

Apartir de Alfonso X, en España, se tiene datos precisos de la implantación del cargo de Notario como funcionario público encargado de escribir y leer las leyes, así como velar por su autenticidad a raíz de la falsificación del Fuero Juzgo.

"Las Siete Partidas" de Alfonso X. Por primera vez trata en forma expresa sobre la institución notarial estableciendo que "los notarios son los que pasan las notas de los privilegios y de las cartas por mandato del Rey o del Chanceller"; que "los Escribas son los que escriben los privilegios e las cartas e los actos del Rey, y los que escriben las cartas de las vendidas de las compras e de los pleytos e las posturas que los homes ponen entre si en las cibdades e en las Villas". Es decir, se usan los términos "Notario y "Escriba" que más tarde daría origen a la palabra "Escribano", ambos con cargos similares en aquel entonces, aunque el notario era el encargado de la autenticación de los documentos del Rey y

responsable de la fehcencia de la legislación, es decir era el secretario del Rey; en cambio de Escriba era un hombre que de acuerdo al fuero o instancia a que pertenecía se dedicaba a la redacción de los documentos de la administración pública.

Apartir del Siglo XIV, puede hacerse ya la diferencia específica de estos funcionarios, en la siguiente forma:

- a. **NOTARIOS.-** Secretarios del Rey, investidos de alta dignidad, generalmente con categoría de Ministros, cuya función era transcribir y velar por la autenticidad de las leyes y demás dispositivos reales, así como los documentos oficiales del rey.
- b. **ESCRIBANOS REALES.-** Nombrados directamente por el rey, previo examen rendido ante las Reales Audiencias, con la función exclusiva de actuar como depositarios de la fe pública, redactando y autorizando los contratos en los que intervenía la corona.
- c. **ESCRIBANOS DE OTROS OFICIOS.-** entre los que podemos citar a los Escrianos de Cámara de las Chancillerías y Audiencia; del Juzgado, de los alcaldes, de los jueces de provincias, etc.
- d. **ESCRIBANOS PÚBLICOS.-** tenían a su cargo la contratación entre particulares.
- e. **DEFINICIÓN DE OFICIO.-** esta palabra deriva del latín Officium, significa: cargo, ministerio, profesión o función que desempeña una persona en una entidad pública.

EN LA ÉPOCA INCAICA Y PREINCAICA; Algunos autores mencionan que hubo cierta forma de notariado, con misión similar a la del viejo mundo; concitando mayor atención a los cronistas, algunos de los cuales afirman haber encontrado, al llegar al imperio incaico, Escribanos Reales y Escribanos del Pueblo, con funciones parecidas a los de la península. Pero para apreciar el valor y grado de certeza de las crónicas, hay que tener en cuenta que el notariado surge, en la historia, como una institución creada por la sociedad para asegurar y proteger la buena fe de las transacciones y actos entre los hombres como producto de las relaciones entre ellos en pos de mantener la paz social. El dinero es creación genuina de las sociedades en las que predominaba el régimen de la propiedad privada, y existía el comercio como actividad de los particulares, utilizándose el elemento pecuniario para adquirir o transferir los bienes.

En estos pueblos fue indispensable la institución del Notariado para garantizar ese intercambio comercial y asegurar que tal tráfico patrimonial no degenerara en el fraude y el engaño. Ahora en la sociedad incaica no predominó la propiedad privada, tampoco existió entre los particulares la actividad comercial con fines de lucro ni hubo el dinero como instrumento de cambio; es decir: no había necesidad de instituir forma específica de notariado por carecer de objeto.

En este pueblo, debido a su organización sui - géneris no hubo necesidad de recurrir al elemento pecuniario como medida del valor económico, tampoco se conoció la transacción comercial de tipo occidental, por lo que no fue preciso buscar alguna institución dedicada exclusivamente a garantizarla.

Existieron indudablemente medios destinados a velar por la firmeza de la fe pública, pero no precisamente con el significado ni concepto de la función notarial, sino formando parte de las labores de administración (de gobierno).

Estos funcionarios eran los QUIPUCAMAYOC, a cargo de la estadística, la contabilidad, el control de los hechos históricos y toda la planificación del Estado, estando también comprendida de manera espontánea algunas actividades de la función notarial, auxiliado por sus quipus, tenía que llevar el control de las actividades y desenvolvimiento del imperio, registrar los actos importantes de la vida del Inca. Llevaba el control estadístico de cuantos iban a la guerra, cuantos morían en ella; de los que nacían y fallecían cada año.

La vasta preparación que se requería para desempeñar tan amplia y difícil función, se daba al Quipucamayoc en los "Yachayhuasi". Aquel funcionario no era empírico, sus actividades requerían amplios conocimientos y mucha dedicación, "pues en todo momento debía estar con los nudos en las manos".

La amplia y dedicada función del Quipucamayoc, respaldada por los estudios que seguía previamente en el Yachayhuasi, evidentemente personificaba la fe pública administrativa; el Inca tenía mucha consideración y confianza en lo que éste certificaba o aconsejaba; de igual manera el pueblo confiaba en los actos públicos realizados con su intervención; encontrando por ello los cronistas españoles, similitud entre su función y la de los escribanos de España.

El padre Bartolomé De las Casas y Cieza de León afirman que la jurisdicción territorial de los quipucamayocs estaba delimitada por la zona geográfica que ocupaba cada ayllu; y en caso de los Quipucamayoc Nobles por la región que se les asignaba; " que los quipucamayocs más modestos debían dar cuenta muy por menudo a los mayores que habitaban en el lugar, indicando el asiento principal de todas las cosas que a su cargo estaban y éstos luego en la suya lo asentaban".

Existen dos clases de quipucamayocs notarios: los del Inca y los del Pueblo, los primeros para ayudar al rey en la tarea de gobernar y los segundos estaban adscritos a un ayllu, a un pueblo más o menos importante, a un valle.

AMPLITUD DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL INCANATO; A pesar de no existir un agente específico de la función notarial debido al predominio de la propiedad comunitaria y a la ausencia de la contratación de tipo occidental, fue necesario instituir formas que garanticen la realización de algunos actos jurídicos como los trueques, la celebración de convenios con pueblos enemigos o tribus sometidas, los actos de la última voluntad etc.

Por ejemplo los nobles debían testar ante el Quipucamayoc y expresar los actos de su última voluntad mediante los quipus.

Lo que no cabe duda es en lo referente a la intervención del Quipucamayoc en las ferias, que cada cierta temporada se realizaba en las que el trueque de productos, se necesitaba el control y dirección de éste funcionario.

Tampoco cabe duda en la actuación que tuvieron los quipucamayoc como representantes del Inca, en la celebración de convenios con pueblos enemigos o vencidos en la incatización de las zonas sometidas.

Desde el primer momento que los españoles llegaron a América estuvo presente la institución notarial. Quien hizo el acta y dio fe de haber llegado a "las indias" fue Rodrigo de Escobedo, primer escribano que pisó el nuevo mundo.

Otro acto de trascendencia importancia notarial es la celebración del contrato de sociedad entre los tres socios de la conquista en 1526.

Los escribanos eran casi siempre hombres que integraban las expediciones sin título alguno. Como menciona José Negri "eran medio soldados y medio letrados, manejando la pluma y la espada con aliento aventurero".

Por razones obvias, en este período prima el desorden de la función notarial. Los Escribanos intervenían en lo contractual, en lo civil y penal; su jurisdicción la determinaba el gobernador. Redactaban testamentos, transacciones, actas de fundación de ciudades, escrituras de sociedades, requerimientos, intervenían en los juicios penales, ejecución de sentencias, etc.

En esta época se hizo mal uso de la fe pública, sólo obedecía a los conquistadores y para sus codicias. Entre los casos históricos de intervención de Escribanos tenemos: el rescate de atahualpa, el reparto, el testamento de Francisco Pizarro.

Durante la conquista, paralelamente a los escribanos españoles siguieron actuando los quipucamayoc en todo lo relativo a la población indígena.

Restablecida la calma después de las guerras civiles y luego de la tardía reacción violenta de los indios, comenzó la verdadera organización jurídica y administrativa de la colonia.

Se permitió la subsistencia de la organización incaica entre los indios, respetando el régimen oriundo, con el fin de desplazarlo gradualmente, pero hasta entonces el quipucamayoc debía intervenir en los inventarios, en el depósito de bienes y otras cosas atendibles por razón de su oficio; su cargo era vitalicio, mientras no esté incapacitado física o moralmente; era elegido por el voto popular.

Tal como se había previsto, en pocas décadas los Qipucamayocs fueron dejando los quipus y adoptando el uso del papel; su actuación se españolizó y gradualmente la organización notarial hispana absorbió a éste.

Los escribanos a pesar de que debían de ser nombrados por el Rey, los virreyes y gobernadores nombraron gran número de escribanos, justificando tal actitud con la enorme extensión de las colonias y la necesidad de administrar justicia.

El escribano fue el personaje investido de la fe pública; se le veía al lado de las autoridades de toda índole e instancia, en las dependencias públicas y especialmente en

actuaciones judiciales, donde dieron lugar a mayores críticas, convirtiéndose en morosos, inmorales y corruptos.

El ejercicio del cargo adquirió carácter comercial; se podía vender o comprar el puesto, quedando por ello siempre en manos de familiares o autoridades de mayores recursos económicos, y estaba orientado a favor de quien más da o quien tiene mayor influencia.

Para evitar la crisis en la administración del naciente Estado, siguieron en vigencia las leyes españolas, especialmente la "Novísima Recopilación" y la "Compilación de Indias".

No les tenían respeto, por eso Simón Bolívar en 1825 promulgó un decreto para que tengan respeto y consideración.

En 1836 entraron en vigencia los efímeros Códigos Civil y de Procedimientos Judiciales de Santa Cruz. Ninguno de éstos define al Escribano, pero sí se refieren a sus funciones como depositarios de la fe pública en los contratos.

En 1831 se dicta un decreto, estableciendo que todos los que estaban actuando como Escribanos, presenten sus títulos habilitantes antes sus respectivas Cortes de Justicia, en un término de un mes, vencido el plazo quedaban inhabilitados definitivamente y sus oficios fueron declarados vacantes.

En 1845, otro decreto que establecía que "todo pretendiente a escribano, a más de saber perfecta ortografía y tener buena letra española, acreditar haber estudiado gramática, aritmética y lógica."

El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, habla que el escribano público necesita ser obligatoriamente graduado de bachiller en Derecho.

Durante los primeros años de la vida republicana, se fue reduciendo la variedad de escribanos que hubo en la colonia; los sucesivos dispositivos tuvieron la tendencia a reducir las clases de escribanos a fin de legislar y controlar mejor su actuación. El código de enjuiciamientos civiles de 1852 tiene gran importancia porque redujo específicamente a cuatro las clases de escribanos; y designó exclusivamente a los Escribanos Públicos la función notarial, así como estableció normas precisas y más estrictas para la admisión al oficio.

Esos cuatro son:

- ✓ Escribanos de Cámara.
- ✓ Escribanos Públicos o de Instrumentos.
- ✓ Escribanos de Estado o de Actuación.
- ✓ Escribanos de Diligencias.

Este Código divide los actos de los Escribanos en: Actos de Registro y fuera de Registro, entre los primeros: testamentos, contratos, escrituras públicas en general; y entre los segundos: inventarios judiciales y extrajudiciales, poderes fuera de registro, legalización de documentos, certificaciones, etc.

Se estableció la visita anual que debían hacer los jueces de primera instancia a los escribanos públicos con el fin de controlar el buen ejercicio del cargo. Los escribanos públicos que infringían la ley eran sancionados severamente.

Éste código tiene mucha importancia en el Notariado porque por primera vez, designa en forma concreta al agente que debe ejercer la función notarial bajo el nombre de Escribano Público; prevé con bastante minuciosidad los requisitos y pautas necesarias para la celebración de las escrituras públicas; establece en forma precisa los requisitos para tener acceso a la función, así como las sanciones que iban desde la multa y amonestación hasta la destitución sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

En 1867 se dispuso que en cada capital de provincia debía haber por lo menos un escribano; en las capitales de departamento no más de seis; y en Lima, 10.

En 1886 se prohíbe ejercer la abogacía a los escribanos, salvo tratándose de causa propia o de familiares.

En 1889 se utiliza el término NOTARIO o ESCRIBANO de REGISTRO.

II. MARCO TEORICO

DEFINICION

La escritura principal es el documento principal de la función notarial, o dicho con palabras más exactas o más claras del derecho notarial, el cual es conocido y estudiado por parte de los notarios públicos. (Armella. C, 2011)

La doctrina notarial es una fuente del derecho, entre otras tantas, y ha alcanzado diferentes definiciones, las cuales debemos tener en cuenta a efecto de conocer otros puntos de vista, con lo cual se puede alcanzar el tan ansiado conocimiento jurídico.

La definición de la escritura pública es poco conocida, pero el documento en sí, si es conocido por parte de los diferentes notarialistas y por parte de otros profesionales.

Para nosotros es un término jurídico sencillo de definir y en este sentido podemos afirmar que la escritura pública es el instrumento público notarial protocolar principal dentro del protocolo notarial, el cual es utilizado en los sistemas jurídicos notariales que forman parte del sistema notarial latino, y en este sentido es claro que resulta un tema que no se ha estudiado siempre, sino que recién ha aparecido hace pocos siglos, de lo cual dejamos constancia para un estudio más amplio y adecuado del presente tema.

En el derecho peruano son pocos los autores y libros que han brindado definición sobre este importante tema jurídico, el cual esperamos que motive que más autores puedan definir y publicar otras definiciones, sobre el tema materia de estudio. (Borda G, 2013)

Si un autor del derecho notarial no define el término estudiado, como es por cierto la escritura pública es claro que no brinda a los lectores e investigadores la información necesaria sobre este importante instrumento del derecho notarial y en este sentido, esperamos que aumente la cantidad o dicho con otras palabras el número de autores que definen el derecho notarial. (Llambias J, 2012)

En sentido contrario, si un autor define este término jurídico, se entiende que conoce este tema de una manera más clara y esperamos que el mismo sea conocido por mayor número de personas, no sólo en el derecho peruano.

AREA DE CONOCIMIENTO

El área de conocimiento es un sub tema muy importante en el estudio de la escritura pública, por ello, lo estudiaremos para tener un conocimiento más amplio del presente tema como es por cierto el mencionado es decir, dicho instrumento público y en todo caso cuando se estudia la escritura pública se debe tener en cuenta el Derecho: (Borda G, 2013)

Notarial, porque el instrumento público notarial protocolar es la escritura pública, la cual en el derecho positivo peruano incluso alcanza consagración legislativa, al menos dentro de la ley del notariado vigente y en las anteriores, las cuales se encuentran abrogadas. Muchos consideran que sólo es importante dentro de esta rama del derecho y disciplina jurídica, sin embargo, esto resulta incorrecto, conforme demostraremos a continuación, al tener en cuenta otras disciplinas jurídicas. .(Armella. C, 2011)

Registral, porque en la práctica notarial muchas escrituras públicas son registrables, como es el caso de las escrituras públicas de traslaciones de dominio, de constituciones de sociedades tipificadas en la ley, de constituciones de empresas individuales de responsabilidad limitada, de aumento de capital, de cambio de nombre, denominación o razón social, de cambio de domicilio, de aumento de capital, de reducción de capital, en sus diversos tipos o clases, siendo el aumento de capital mas conocido por nuevos aportes y la reducción de capital más conocida, por devolución de aportes. En todo caso el derecho registral determina que al menos hasta ahora son actos no registrables en el derecho peruano el mutuo, el crédito, la fianza, la carta fianza, la letra de cambio, el cheque, el pagaré, la prestación de servicios, entre otros tantos actos que pueden ser materia de estudio dentro de esta disciplina jurídica, como es por cierto el derecho registral. (Armella. C, 2011)

Civil, porque ésta rama del derecho privado regula y estudia los requisitos de muchos actos notariales, por ejemplo de la hipoteca, de las constituciones de asociaciones, de constituciones de comités, de testamentos por escritura pública, y de otros actos, los cuales en algunos casos son derechos reales y en otros casos o supuestos son derechos personales o contratos, o actos como es el caso del poder, el cual no es igual que el mandato, en tal sentido, se tratan de documentos diferentes que deben confeccionarse, e incluso en muchos casos alcanzan consagración legislativa en el código civil peruano

vigente, al igual que los códigos abrogados como es el caso de los códigos civiles de 1936 y de 1852, los cuales son cuerpos legislativos muy importantes en el estudio del derecho. (Armella. C, 2011)

Consular, porque la escritura pública es de dos tipos o clases como son por cierto la escritura pública notarial y escritura pública consular, estando la primera regulada y estudiada por el derecho notarial, mientras que la segunda se encuentra regulada y es estudiada por el derecho consular, sin embargo, esta última, es poco conocida en el estudio del derecho, al menos en el derecho peruano, pero entendemos que en otros escenarios si alcanza consagración legislativa más conocida dentro de una norma que es el reglamento consular, ya que éste en el derecho peruano es poco conocido incluso por parte de los juristas más connotados. (Borda G, 2013)

Procesal, porque el código procesal civil peruano de 1993 establece que la escritura pública es un instrumento público y lo mismo ocurría en el código anterior, como era por cierto el código de procedimientos civiles de 1911, es decir, ambos códigos son cuerpos legislativos que respetan la codificación del derecho procesal civil, o dicho con otras palabras códigos dentro del derecho procesal. Es decir, hacemos esta referencia para permitir o dicho con otras palabras incentivar estudios de derecho comparado, entre ambos códigos y para hacer historia del derecho, al menos dentro del derecho procesal civil y dentro del derecho procesal en forma genérica. (Armella. C, 2011)

Constitucional, porque en el derecho constitucional se estudia la libertad de contratar, y otras normas importantes en el estudio del derecho notarial, las cuales deben ser estudiadas, sin embargo, estas no son todo el derecho constitucional, sino que son sólo una parte del primero de los indicados, lo cual dejamos constancia para conocer de mejor manera el tema materia de estudio, con lo cual esperamos alcanzar el tan ansiado conocimiento jurídico. (Llambias J, 2012)

Administrativo, porque dentro del mismo las autoridades administrativas pueden otorgar escrituras públicas, las cuales no sólo se someten al derecho notarial, sino también a la primera de las ramas indicadas, lo cual debe demostrarse, por ejemplo cuando un presidente de gobierno regional otorga una escritura pública de traslación de dominio, arrendamiento, entre otras tantas posibilidades, lo cual es muy importante en el estudio del derecho, y en todo caso esto resulta ser un tema poco conocido y puede dar lugar a

estudios más amplios, por ejemplo no sólo nos podemos referir a estos actos, sino que puede tratarse de fideicomisos en garantía, transferencias de empresas, arrendamiento de empresas, know how, leasing, franquicia, entre otros tantos contratos, lo cual nos hace comprender que el derecho administrativo también se relaciona con el derecho empresarial o derecho de los negocios o derecho de la empresa y con el derecho de las corporaciones, al cual también se le conoce como derecho corporativo. Ramas del derecho que son bastante importantes en el estudio del derecho, las cuales deben ser estudiadas para conocer los temas que se estudian en las mismas. (Borda G, 2013)

Comercial o Derecho mercantil, porque se debe tener en cuenta el derecho bancario, societario, concursal, bursátil, entre otras tantas ramas del derecho, lo cual dejamos constancia para un estudio más adecuado del presente tema, como es por cierto la escritura pública, ya que dentro de las ramas del derecho indicadas se puede aplicar y estudiar este instrumento público notarial protocolar es muy importante en el estudio del derecho, sin embargo, esto es poco conocido por parte de quienes no conocen el derecho notarial, por lo tanto, podemos afirmar que el derecho notarial se relaciona con el derecho comercial o derecho mercantil, siendo ésta última una de las principales ramas del derecho empresarial o derecho de la empresa o derecho de los negocios y del derecho corporativo o derecho de las corporaciones o derecho de las grandes empresas. (Armella. C, 2011)

Empresarial, porque en ésta rama del derecho se estudia y aplica la escritura pública por ejemplo cuando se constituye sociedades o empresas individuales de responsabilidad limitada, o cuando se transfiere participaciones, o acciones, o empresas, lo cual es muy importante en el estudio de la primera disciplina jurídica mencionada en el presente párrafo.

Corporativo, porque para las grandes empresas el derecho notarial resulta ser un tema muy importante en el estudio del derecho, por ejemplo cuando se transfiere participaciones de grandes empresas o acciones de las indicadas, o aumentos o reducciones de capital de grandes empresas, las cuales deben ser materia de estudio por parte de la disciplina jurídica estudiada en el presente párrafo, la cual ha alcanzado escaso desarrollo, sobre todo dentro de la doctrina peruana, sin embargo, hace algunos años en Lima se organiza una maestría en derecho corporativo y finanzas por parte de Esan, la cual

constituye un post grado muy importante en el estudio de dicha disciplina jurídica. (Llambias J, 2012)

Penal, porque el derecho penal debe estudiar y regular los supuestos en los cuales se induce a error a los notarios públicos, lo cual ocurre en muchos casos porque se suplanta a otros otorgantes, por ejemplo un caso es de falsificación de documento nacional de identidad o en el caso de los gemelos, en cuyo supuesto un gemelo se hace pasar por el otro gemelo, el cual es un supuesto que es extraño en la teoría, pero puede ocurrir en la práctica, sin embargo, esperamos que no ocurra en la práctica, porque se generaría el caos dentro del derecho peruano, extranjero, internacional y también dentro del derecho penal internacional, el cual ha alcanzado escaso desarrollo no sólo como legislación, sino también en otras fuentes del derecho, las cuales no queremos citar porque dicho estudio ha sido realizado en otra sede, y no queremos profundizar en temas que son conocidos por parte de los diferentes lectores. (Llambias J, 2012)

Societario, porque para constituir sociedades se debe tener en cuenta las fuentes de la rama del derecho indicada, siendo la principal la ley general de sociedades, las cuales son registrables siempre y cuando cumplan lo previsto en el derecho, sin embargo, los registradores públicos considero que sólo deben exigir los requisitos principales, por ejemplo los aportes, entre otros tantos requisitos importantes en el estudio de la disciplina jurídica estudiada como es por cierto el derecho societario. (Armella. C, 2011)

Concursal, porque al momento de elevar a escritura pública se debe tener en cuenta la ley general del sistema concursal, la cual regula entre otros temas el concurso y la quiebra, las cuales son instituciones jurídicas bastante importantes en el estudio de la disciplina jurídica estudiada como es por cierto el derecho concursal, y en todo caso estos temas son bastante conocidos por parte de los comercialistas a los cuales también se les conoce como mercantilistas al igual que por parte de los abogados corporativos.

Bursátil, porque en algunas escrituras públicas se debe tener en cuenta la ley del mercado de valores, la cual establece una serie de requisitos especiales para determinadas escrituras públicas, sin embargo, desde cierto enfoque atenta contra la libertad de empresa, la cual alcanza consagración en la constitución política peruana de 1993. (Borda G, 2013)

De las personas, porque se debe tener en cuenta las normas sobre asociaciones, comités, comunidades campesinas, sociedades, empresas individuales de responsabilidad limitada, entre otras tantas inscritas, el cual es un tema muy importante en el estudio del derecho.

Contractual, porque en muchos contratos debe intervenir el notario público, e incluso se debe otorgar escritura pública. En cuanto a esta rama del derecho debemos tener en cuenta que no sólo se refiere a los contratos civiles, sino que también se debe tener en cuenta a los contratos asociativos, contratos bursátiles, empresariales, administrativos, corporativos, comerciales, entre otros tantos, los cuales son bastante conocidos por los especialistas en derecho contractual.

Laboral, porque se debe tener en cuenta esta disciplina jurídica para las escrituras públicas de las organizaciones sindicales, entre otros tantos supuestos, en tal sentido, no sólo en el caso de constituciones de sindicatos, sino en general muchos otros supuestos.

De familia o derecho familiar, porque en algunas escrituras públicas se debe tener en cuenta a esta rama del derecho, en tal sentido, se debe tener en cuenta estas normas por ejemplo en el cambio de régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

Mínero, porque se debe tener en cuenta en algunas escrituras públicas la ley de minería, entre otras partes de esta rama del derecho.

Agrario, porque en algunas escrituras públicas se debe tener en cuenta a esta rama del derecho o disciplina jurídica, por ejemplo, en la transferencia de territorios de comunidades campesinas, lo cual dejamos constancia para un conocimiento adecuado del presente tema.

Derechos reales, porque se debe tener en cuenta el código civil peruano de 1984 para la constitución de derechos reales, dentro de los cuales resalta el caso de la hipoteca y el anticresis y anteriormente el caso de prenda civil, lo que dejo constancia para un conocimiento más amplio del presente tema.

Derecho de obligaciones, porque se puede otorgar escritura pública para contraer obligaciones en sus diferentes modalidades, es decir, no sólo de dar, hacer y no hacer, sino también en otros supuestos.

Derecho de acto jurídico, porque se puede otorgar escritura pública para celebrar contratos en general y para actos jurídicos unilaterales, por ejemplo, en el caso del poder y del testamento, los cuales son actos jurídicos bastante importantes que incluso alcanzan consagración legislativa. (Borda G, 2013)

Derecho internacional, porque se pueden celebrar escrituras públicas dentro de esta rama del derecho, la cual no sólo se encuentra conformada por derecho internacional público y derecho internacional privado. Sino por muchas otras, lo cual hemos advertido en otra sede más amplia.

Político, porque se debe tener en cuenta el derecho político y el derecho administrativo.

Cooperativo, porque las cooperativas pueden otorgar escrituras públicas y en tal supuesto se debe tener en cuenta la ley de cooperativas.

A grandes rasgos son algunas de las ramas del derecho que constituyen el área de conocimiento de la escritura pública, en tal sentido, se trata de un tema que debe ser estudiado en bastantes ramas del derecho y disciplinas jurídicas, por ejemplo, en el derecho comparado, puede compararse escrituras públicas o compararse otras partes del derecho referidas a este importante instrumento jurídico, lo que queremos precisar para que se tenga en cuenta este detalle no sólo en sede notarial.

Otra disciplina jurídica que debe tenerse en cuenta es la sociología jurídica a la cual algunos autores le conocen o denominan como sociología del derecho, la que es una disciplina jurídica muy importante en el estudio del derecho.

Otra sería la axiología jurídica o axiología del derecho la cual estudia los valores jurídicos y en todo caso es ampliamente desarrollado en teoría general del derecho.

Es decir, la escritura pública es un instrumento público notarial protocolar bastante importante no sólo dentro del derecho notarial, sino también en otras ramas del derecho, lo que dejo constancia para un conocimiento más adecuado del presente tema, lo que se precisa para conocer el presente tema de manera más adecuada. (Llambias J, 2012)

TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA

Un tema que debe ser estudiado en el derecho es el testamento por escritura pública, por lo tanto, recomendamos su estudio, para tener mayores conocimientos del derecho notarial.

Los testamentos son de diversos tipos o clases, dentro de los cuales destaca el testamento por escritura pública, estableciéndose sus requisitos en el código civil peruano de 1984, el que también es importante en el derecho civil, entre otras ramas del derecho.

CLASES DE ESCRITURAS

Las escrituras son de dos clases y son las siguientes:

- 1) Escritura pública, que es la estudiada en la presente sede y es agregada al protocolo notarial; y
- 2) Escritura privada, que es un instrumento privado, que no es agregado al protocolo notarial, y en todo caso no es materia de estudio en la presente sede.

Esta clasificación es poco conocida en el derecho peruano, pero si es conocida en el derecho español y argentino, lo cual se ve reflejado en diccionarios jurídicos de estos países, con lo cual podemos ver incrementados nuestros conocimientos sobre la escritura pública, cuyo tema genérico se denomina o conoce como “escritura”. El cual esperamos que sea estudiado por parte de los investigadores que tengan acceso al presente trabajo de investigación. (Armella. C, 2011)

LA FUNCION DEL NOTARIO EN LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES FORMAS DE TRANSFERIR UN BIEN INMUEBLE

Existen diversas formas de transferir un inmueble, siendo las más conocidas las siguientes:

- Compraventa: Transferencia de un bien a cambio de un precio en Dinero
- Donación: Transferencia gratuita de un bien.
- Anticipo de Herencia: Transferencia gratuita de un bien a favor de los herederos forzosos. - Permuta: Transferencia recíproca de bienes.
- Dación en Pago: Transferencia de un bien como pago total o parcial de una deuda u obligación.

- Aporte en capital a favor de una empresa o sociedad: Transferencia de un bien para incrementar el capital de una empresa.

Sin embargo, no es el notario quién elige la forma de transferir el inmueble sino los propios usuarios en atención a lo prescrito en el artículo 140º, 1351º y 1354º del Código Civil las que determinan la clase de acto o contrato y el contenido del mismo. Esto es muy importante precisar dado que, algunas veces los usuarios se acercan solicitando que el notario sea quien determine la clase del contrato cuando éstas realmente lo que quieren es simular alguna situación. (Llambias J, 2012)

Resulta preciso indicar asimismo que, salvo la donación o el anticipo o el aporte en propiedad de inmuebles que sí requieren de escritura pública para llegar a tener validez; el resto de contratos por los cuales transfiere un inmueble están sujetos a libertad de forma, es decir, pueden ser verbales o escritos, y si son escritos, pueden sujetarse a una formalidad ad probationem o una ab solemnitatem (art. 1411 Código Civil). En otras palabras, el contrato de transferencia que no sea los que requieren una formalidad prescrita por ley, bien pueden celebrarse con el solo dicho o palabra, bien por contrato privado o bien por escritura pública.

Igualmente, si se tratase de una transferencia por escritura pública, debe tenerse muy presente que, el notario no es quien redacta la minuta. En primer lugar, porque el contrato es de autoría de los particulares; y, en segundo, por la defensa cautiva que se recoge en el artículo 57º inciso a) del Decreto Legislativo N° 1049, el cual señala: El cuerpo de la escritura contendrá: la declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta debidamente autorizada por letrado la que se insertará literalmente. No obstante, no siempre esto fue así, ya que en la primera Ley del Notariado, la Ley N° 1510, el artículo 47º facultaba a minutar al notario cuando los otorgantes le hacían dicho encargo. (Armella. C, 2011)

ES OBLIGATORIO Y NECESARIO CELEBRAR UNA TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD DE UN INMUEBLE POR ESCRITURA PÚBLICA

Tal como lo hemos mencionado anteriormente, una transferencia por donación o por anticipo de conformidad con el artículo 1625° del Código Civil deberá hacerse por escritura pública. Igual suerte sigue la transferencia por aporte de propiedad para aumento de capital de conformidad con el artículo 201° de la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, para todo contrato que no implique una formalidad ab solemnitatem previa, la sola obligación de enajenar hace a su adquirente propietario del mismo, siendo que dicha obligación puede constar en contrato privado o escritura pública, siendo de elección de los otorgantes del contrato elegir la forma conforme a lo dispuesto en el artículo 1411° del Código Civil. Claro está, que elegir entre legalizar un contrato, lo que le da fecha cierta; y hacer una escritura pública, lo que además de darle fecha cierta, le da matricidad y lo convierte en documento público erga omnes; es la “seguridad jurídica”, que al fin y al cabo es lo que se busca tener en una sociedad de inseguridad

LA ESCRITURA PÚBLICA COMO MEDIO DE DONACIÓN

DEFINICIÓN.

La donación es un contrato tan antiguo como el hombre mismo y es que se inspira en el ánimo de liberalidad, altruismo gratitud, y otros similares connaturales a la ciencia humana.

El Art. 1621 del Código Civil vigente define el contrato diciendo: "Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien".

De la definición legal antes indicada, deducimos la existencia de los siguientes elementos constitutivos:

1. **ELEMENTO PERSONAL.**-En el cual intervienen dos personas denominadas: donante y donatario, las cuales pueden ser personas naturales o jurídicas.
2. **ELEMENTO SUBJETIVO.**-Este elemento está dado por EL ANIMUS DONAND (espíritu de liberalidad).

NATURALEZA JURÍDICA

Tenemos que referirnos a la oportunidad en que se produce la donación. Si la donación ha de producir efectos entre vivos, o si ha de producir efecto mortis causa. Si sus efectos se van a producir estando vivos el donante y el donatario, serán aplicables las normas del Código Civil, incluidas entre las fuentes de las obligaciones. (Llambias J, 2012)

Pero si la donación ha de producir efecto por muerte del donante, entonces serán aplicables las normas del código que regula la sucesión testamentaria. Entonces habrá que diferenciar entre ambos casos. (Borda G, 2013)

Cuando la donación produce efectos inmediatamente, será un contrato y como tal, un modo de adquirir la propiedad. La donación normada por el código, desde el Art. 1621 hasta el 1647, exige de todos modos la aceptación del donatario, que la, parte exigirá aunque el código no haya dicho nada sobre la aceptación. (Borda G, 2013)

La donación que ha de producir efecto a la muerte del donante, se gobernará por las normas relativas a la sucesión hereditaria.

Los elementos de la donación son:

- ✓ Existe la obligación de transferencia de la propiedad de un bien, por parte del donante y a favor del donatario.
- ✓ Es un acto entre vivos, pues la que produce sus efectos a la muerte del donante se gobierna por las normas de la sucesión testamentaria.
- ✓ La gratuidad
- ✓ Se extiende a toda clase de bienes, sean cosas muebles e inmuebles, y derechos cuya propiedad es susceptible de transferirse.

LA DONACIÓN ES UN CONTRATO.

La donación es un contrato autónomo, bilateral y gratuito, con una sola prestación, formal y obligacional. (Armella. C, 2011)

- ✓ Es un contrato autónomo o principal porque tiene existencia propia sin estar subordinado a otro.

- ✓ Es un contrato a título gratuito porque se inspira en el espíritu de liberalidad. El donante transfiere la propiedad, sin recibir nada a cambio.
- ✓ Es un contrato bilateral porque lo celebran dos personas denominadas donante y donatario, pero con una sola prestación a cargo del primero.
- ✓ Es un contrato formal porque la ley establece la forma como debe otorgarse. En efecto:

Para bienes muebles cuyo valor es superior al 25% de la UIT, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. La donación inferior a ese porcentaje se hará en forma verbal.

Para bienes inmuebles, debe la donación otorgarse siempre por escritura pública, bajo sanción de nulidad. Solo en vía de excepción se permite donaciones sin observar las formas antes, cualquiera que fuese su valor, cuando se hacen con ocasión de bodas matrimoniales o acontecimientos similares.

Finalmente, el contrato de donación es obligacional con ejecución única, porque el donante se compromete a transferir gratuitamente la propiedad de un bien. La traslación de dominio se produce en ejecución de la prestación. (Llambias J, 2012)

CLASES DE DONACIÓN.

Las donaciones se clasifican teniendo en cuenta los siguientes criterios: (Borda G, 2013)

- ✓ ÍNTER VIVO.- Aquellas en que la propiedad de los bienes pasa del donante al donatario sin modalidad alguna, es decir sin plazo, condición o cargo.
- ✓ MORTIS CAUSA.- Aquellas cuyos efectos se han de producir recién al fallecimiento del donante.
- ✓ SIMPLES.- Su causa es la sola liberalidad absoluta del donante, es decir cuando el acto de la liberalidad no tiene motivo alguno y la liberalidad entonces es total.
- ✓ REMUNERATORIAS.- Se inspiran en la intención de recompensa al donatario por sus méritos o servicios prestados.
- ✓ UNIVERSALES.- comprende todo el patrimonio del donante. Son los bienes que constituyen todo un patrimonio y son particulares las que se hacen concretadas solamente a algunas cosas.

- ✓ SINGULARES.- Se refieren a bienes determinados, esto es donaciones hechas a favor de un donatario singular. Son conjuntas cuando se hacen a favor de varias personas, caso en el cual hay que entender que la donación es por partes iguales, sin derecho a acrecer, salvo en el caso en que la donación haya sido hecha a favor de marido y mujer, quienes tendrán el derecho de a crecer.

OBJETO DE LA DONACIÓN

El objeto de la donación es el desplazamiento del patrimonio. La donación puede versar sobre bienes muebles e inmuebles y derechos.

Se puede pactar la donación de bienes futuros y también se puede prometer donar.

REVERSIÓN DE LA DONACIÓN.

En términos generales, es la devolución de los bienes donados. Solo se revierten los bienes, después que ha quedado sin valor la donación.

El artículo 1635 del CC dispone: "invalidada la donación se restituye al donante al donante el bien donado, o su valor de reposición, si el donatario lo hubiese enajenado o no pudiese ser restituido".

El Art. 1636 establece que cuando el valor de los bienes donados no exceda la décima parte del valor de los bienes que tuvo el donante al tiempo de hacer la donación, entonces no habrá invalidez de la donación y que será necesario que el propio donante declare la donación sin efecto. Esta sería una demostración de que el código no dijo que la donación es reversible.

Esta es una figura parecida al pacto de retroventa, pues permite pactar que los bienes retornen al patrimonio del donante. Se diferencian en que éste es un contrato gratuito, mientras que aquella es onerosa. (Armella. C, 2011)

BENEFICIO DE LA COMPETENCIA.

Cuando el donante ha desmejorado en su fortuna, puede eximirse de la entrega de la donación para atender a su alimentación. Esta institución jurídica se llama en doctrina "beneficio de competencia". Está legislado en el CC de 1984 en su Art. 1633, tiene como

antecedente el numeral 1475 del CC de 1936 derogado. El artículo. Sub. Examen es imperativo y no admite por tanto renuncia. Es un derecho personalísimo porque se otorga exclusivamente a favor del donante, no puede alegarse, por tanto el beneficio de la competencia por alimentos a terceros.

Los alimentos comprenden los siguientes aspectos: sustentos, habitación, vestido y asistencia médica.

El beneficio de la competencia solo procede antes de ejecutarse la donación y después del pacto correspondiente. Verificada la entrega del bien, ya no es posible. Igualmente no procede el beneficio de competencia cuando el donante recobre su capacidad económica y su fortuna.

CONCLUSIÓN DE LA DONACIÓN.

La donación puede concluir en los siguientes casos: por invalidación, por revocación y por caducidad.

A) Invalidación De La Donación.-

Se produce en los siguientes casos:

- ✓ Cuando se excede el tercio o medio libre disposición en relación con la legítima.
- ✓ Cuando la donación es hecha por persona que no tenía hijos, si resultase vivo el hijo del donante que este reputaba muerto.

Cuando la invalidación se pacta como condición, a su vez, tiene los siguientes efectos:

- a.- restitución del bien donado al donante, o el valor de su reposición si el donatario lo hubiera enajenado no pudiese ser restituido.
- b.- Invalidada la remuneratoria o sujeta a cargo, el donante adquiere a la obligación de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.
- c.- Si el bien donado se hallase gravado, el donante libera el gravamen pagando la cantidad que corresponda y se subroga en los derechos del acreedor.

REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN

La donación nace como un contrato perfecto y válido, pero que pierde su eficacia por hechos sobrevinientes del donatario que no le hace merecedor de la liberalidad.

La facultad de revocar es de carácter "intuitu personae", pues solo corresponde al donante pero no pasa a sus herederos por expresa del artículo 1638 del CC, el mismo tiene como antecedente el número 1482 del código de 1936 derogado. Su fundamento, más que de carácter económico, es de carácter moral, pues la revocación es una sanción civil que se impone al donatario por infringir las reglas de gratitud. (Armella. C, 2011)

La revocación puede hacerse valer contra el donatario mismo o contra sus herederos si este hubiera fallecido.

La facultad de revocar la donación es eterna, por el contrario es sumamente corta, apenas alcanza a 6 meses, desde que sobrevino alguna de las causales previstas en el artículo 1637 del CC.

Para la comunicación de la revocación, el donante tiene el plazo de 60 días, contados desde el momento en que se hizo. La comunicación puede dirigirse al donatario, y si este ha fallecido, a sus herederos. (Borda G, 2013)

CADUCIDAD DE LA DONACIÓN

La caducidad puede consolidar la donación o su revocación. Además la ley ha previsto causal propia para donación. Habiendo el donatario incurrido en causal de dignidad o desheredación, el donante puede revocarle la donación en un plazo de 6 meses. Si vence este término, la donación ha quedado firme, pues el derecho del donante para resolverle ha caducado. (Llambias J, 2012)

Igualmente si el donante revocó la donación sin haberla comunicado al donatario o sus herederos dentro del plazo de 60 días, caduca su derecho y la revocación no surte efecto alguno. Por su parte, si el donatario no contradice judicialmente la revocación dentro del plazo de 60 días, caduca su derecho, quedando consumada la revocación.

Finalmente el artículo 1644 del CC vigente establece una causal especial de caducidad. En efecto, dice: "Caduca la donación si el donatario ocasiona intencionalmente

la muerte del donante". La causal es correcta pues se trata de una causal de extrema gravedad y suma ingratitud.

La caducidad se produce de pleno derecho. No es necesario sentencia judicial que lo declare. Teniendo carácter imperativo el artículo en análisis, no es susceptible de pacto en contrario. Además sería inmoral que el donante legalice su propia muerte sin castigar al actor.

FORMALIDADES PARA LA VALIDEZ DE LA DONACIÓN

Los contratos de donación pueden ser:

- ✓ **VERBALES:** cuando se trata de bienes muebles, cuyo valor no exceda del 25% de la UIT.
- ✓ **ESCRITOS:** cuando se trata de bienes muebles, cuyo valor exceda del 25% de la UIT, debe realizarse mediante contrato con firmas legalizadas notarialmente, debiendo especificarse y valorizarse los bienes que se donan, bajo pena de nulidad.
- ✓ **POR ESCRITURA PÚBLICA:** cuando se trata de inmuebles, cualquiera que sea su valor, con indicación individual del inmueble, de su valor real y de las cargas que debe cumplir el donatario, bajo sanción de nulidad.

En la mayoría de legislaciones, la donación se ha encontrado sometida a requisitos de forma, sin cuya observancia carece de valor. Las formalidades exigidas por estos contratos tienen por objeto asegurar la libertad del donante, evitando que éste sufra los efectos de engaños o captaciones. (Espinoza C, 2010)

Para Castillo Freyre, la imposición de formalidades a la donación de bienes se sustenta en varias razones, entre las cuales destacamos las siguientes: La primera de ellas estima que como la donación es un acto de liberalidad a través del cual el donante se va a obligar a transferir la propiedad de un bien a cambio de nada, el derecho otorga la posibilidad a dicho donante para que medite lo suficiente acerca del acto que desea celebrar; con la posibilidad de que, luego de esa meditación, persista en el intento o se arrepienta del mismo. En segundo término, el requisito de forma solemne para las donaciones se basa en razones de seguridad jurídica, en tanto la ley está exigiendo la presencia de un medio probatorio calificado para aquel que sostenga ser donatario de tal o

cual bien. Finalmente, la imposición de formalidades busca evitar la presencia de donaciones de carácter inoficioso. (Espinoza C, 2010)

De acuerdo a los artículos 1623° y 1624° del Código Civil Peruano, la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento en que se celebre el contrato; si el valor de los bienes excede el límite impuesto, deberá realizarse por escrito de fecha cierta bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.

La donación de bienes inmuebles, de acuerdo al Artículo 1625° del Código Civil peruano, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad. (Borda G, 2013)

ELEMENTOS DE UN CONTRATO DE DONACIÓN: (Espinoza C, 2010)

DONACIÓN: Todo acto de liberalidad por el cual una persona transfiere a título gratuito un bien de su propiedad o una suma de dinero a favor de un tercero.

DONANTE: Quien otorga una donación o dispensa una liberalidad a favor de otro. Se le conoce también como el donador.

DONATARIO: Persona a quien se hace una donación, quien recibe y acepta. Como se observa, la donación es un acto de liberalidad, lo cual implica también que es un acto voluntario por el cual una persona dispone de parte de su patrimonio transfiriéndolo gratuitamente a favor de un tercero.

CONSENTIMIENTO: el consentimiento en este contrato se presenta cuando el donante manifiesta su voluntad con la intención de transmitir gratuitamente el dominio de una parte de sus bienes presentes, y por la otra el donatario está conforme con dicha transmisión, debiendo manifestar su aceptación expresamente en vida del donante.

OBJETO: el objeto está representado por una totalidad de los bienes del donante, recordando siempre que no se pueden donar bienes futuros.

CAPACIDAD: para recibir donaciones, se requiere de la capacidad especial para ejecutar actos de dominio, es decir el mayor de edad en el pleno goce de sus facultades mentales.

Determinar con exactitud los elementos que conforman la donación es una labor poco pacífica, debido a la diversidad de criterios doctrinarios que, al respecto, existen. Para ofrecer un panorama general del tema, citaremos los trabajos que, a nuestro parecer, son los más ilustrativos y, a la vez, servirán de sustento a nuestra propuesta.

CUANDO SERA INADMISIBLE E IMPROCEDENTE DE LA DEMANDA

Bajo los criterios referidos en los siguientes artículos:

ARTÍCULO 426.- INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente. (Espinoza C, 2010)

ARTÍCULO 427.- IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;

3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes. (Borda G, 2013)

LA ESCRITURA PÚBLICA COMO MEDIO DE DONACION

El elemento característico de estos contratos es su carácter **GRATUITO**, lo que significa que el adquirente del bien, en nuestro caso, inmueble, no pagará ninguna contraprestación por aquello que recibe. He aquí la distinción con otros mecanismos de transmisión de la propiedad, como por ejemplo, la compraventa de inmuebles. (Espinoza C, 2010)

En efecto, si deseamos transferir la propiedad de un bien, hay que indicar si en dicha transferencia existirá el pago de un **PRECIO**; de ser así, estaríamos ante una compraventa. Por el contrario, si lo que se pretende es transmitir el inmueble gratuitamente, resultará necesario formalizar un contrato de donación. (Espinoza C, 2010)

De este modo, las donaciones de inmuebles constituyen actos voluntarios de liberalidad por los cuales una entidad o persona disponen de un bien inmueble para transferirlo de manera gratuita en favor de un tercero.

Convenientemente, existe un segundo elemento que nos permite distinguir las donaciones de otros de los mecanismos de transmisión de la propiedad, como es el “**ANTICIPO DE LEGÍTIMA**”. Si bien ambas formas contractuales tienen en común que la transferencia de la propiedad de determinado bien se hace sin existir el pago de un

precio, el anticipo de legítima se presenta como un tipo especial de donación por la cual un sujeto transmite a sus **HEREDEROS FORZOSOS** alguno de sus bienes, antes de su fallecimiento. En cambio, para el caso de la donación, dicha transmisión puede ser realizada a favor de cualquier tercero, y no necesariamente en beneficio de un heredero forzoso.

Ahora bien, para elevar a escritura pública la transferencia de inmuebles vía donación, es necesaria la intervención de un Notario Público, quien a su vez requerirá los siguientes documentos: (Espinoza C, 2010)

- Minuta de transferencia del bien inmueble vía donación, debidamente autorizada por abogado habilitado.
- Recibo de pago del Impuesto Predial correspondiente al año en el que se realiza la transferencia, o constancia de inafectación de este tributo.
- Recibo de pago del Impuesto de Alcabala, en los casos que corresponda, o constancia de inafectación de este tributo.
- Recibo de pago del Impuesto a la Renta, en los casos que corresponda.
- Documento de Identidad de cada contratante.
- Certificado de Gravamen del inmueble materia de donación.

Finalmente, aunque no se trata de un requisito de validez para la donación de inmuebles, recomendamos realizar la inscripción registral de la donación. Una vez formalizada la donación del inmueble mediante la celebración de una escritura pública, el mecanismo más seguro para evitar ingratas sorpresas y posteriores conflictos de propiedad es acudir a la Oficina Registral de la localidad donde se ubica el inmueble e iniciar el procedimiento de inscripción del acto realizado. Para tal efecto, deberá adjuntarse: (Borda G, 2013)

- ✓ Solicitud de inscripción de título, debidamente llenada y firmada por el presentante, conforme el formulario de distribución gratuita en las oficinas de SUNARP.
- ✓ Copia simple del Documento Nacional de Identidad del presentante.
- ✓ Parte Notarial de la escritura pública con intervención del donante (el que transfiere el bien) y del donatario (el adquiriente del bien), en la que debe constar el valor

asignado al bien. Este documento se obtiene en la Notaría donde se realizó la transferencia.

- ✓ Pago de los derechos registrales, que variará según el valor real asignado al inmueble.

De este modo, al inscribir en Registros Públicos el cambio de titularidad del bien, garantizamos ser considerados, ante cualquier persona, como los únicos y actuales propietarios del inmueble que acaba de ser donado.

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

El otorgamiento de escritura pública es entendido por la jurisprudencia como un deber de las partes de perfeccionar el contrato. Ante el incumplimiento de este deber, el propietario podrá iniciar este proceso, atendiendo a los artículos 1412 y 1549 del Código Civil, a fin de que la parte renuente firme la escritura de formalización y si a pesar del mandato judicial se mantiene en su negativa, es el juez quien se sustituye en el obligado. (Espinoza C, 2010)

Nuestra jurisprudencia no ha tenido mayores problemas en advertir la verdadera finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública, cual es formalizar la celebración de un acto jurídico y no la discusión sobre la validez o eficacia del acto jurídico, ni mucho menos la transmisión de la propiedad, la entrega del bien o cualquier otro tipo de prestación que las partes deban cumplir. (Borda G, 2013)

FINALIDAD DEL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA

El proceso de otorgamiento de escritura pública tiene por finalidad dar una mayor seguridad a la celebración del acto jurídico, brindándole solemnidad o formalidad revestida de garantías (Cas. N° 2069-2001-Arequipa, 03/07/2002).

EN UN PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA, ¿PUEDE DISCUTIRSE LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO?

En el proceso de otorgamiento de escritura pública solamente se busca revestir de determinada formalidad el acto jurídico, no discutiéndose en esta vía los requisitos para su validez, de allí que se sustancia en la vía sumarísima.

El hecho de que en un proceso judicial se pretenda el otorgamiento de una escritura pública no impide que en otro proceso se pretenda declarar la invalidez del acto jurídico contenido en dicho instrumento, pues entre ambas pretensiones no existe identidad de petitorios, lo que ha de sustanciarse en vía de conocimiento (Cas. N° 2952-2003-Lima, El Peruano, 31/03/2005).

El Otorgamiento de Escritura Pública constituye una formalidad del contrato de compraventa, por tanto, este acto no tendría existencia jurídica sin la existencia previa, en el caso de autos, del contrato de compraventa y siendo petitorio del proceso principal la Nulidad Absoluta de la Escritura Pública de traslación de dominio, del acto jurídico que lo contiene, nulidad y cancelación ante la Oficina Registral y Reivindicación y Entrega Material de parte del predio, carece de asidero lo alegado por la recurrente en el sentido que se ha demandado la nulidad de la Escritura Pública de Compraventa y no la nulidad de la minuta que le dio origen (Cas. N° 795-2000-Junín, 20/03/2002).

EN UN PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA, ¿PROCEDE DEMANDAR LA ENTREGA DEL BIEN?

No resulta procedente la entrega del bien desde que este proceso solo pretende la formalización del derecho de propiedad que tiene esta parte (Exp. N° 47420-98, 1.a Sala Civil de Lima, 20/03/2000).

¿EN QUÉ SE DISTINGUEN LAS PRETENSIONES DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA CON LAS DE RESCISIÓN CONTRACTUAL?

La pretensión de otorgamiento de escritura pública es diferente de la pretensión de rescisión del contrato, en tanto que la primera supone la sola formalización de un acto jurídico en donde no se discute su validez, aunque haya sido ordenado por mandato

judicial; mientras que en la pretensión de rescisión de un contrato, el cuestionamiento de su validez es fundamental. Por tanto, el fallo obtenido en el proceso de otorgamiento de escritura pública no puede ser considerado como cosa juzgada a efectos de resolver posteriormente la pretensión de rescisión del mismo acto jurídico (Cas. N° 1646-99-Lambayeque, El Peruano, 30/04/2003).

OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA Y PRESCRIPCIÓN

Un tema trascendental que la jurisprudencia ha abordado es la prescripción de la pretensión de otorgamiento de escritura pública. Al respecto, según nuestros jueces, dado que se trata de un ejercicio del derecho de propiedad, nos encontramos frente a una pretensión imprescriptible; por consiguiente, el abandono procesal no la puede afectar, según el artículo 350.3 del CPC. Sin embargo, a nivel teórico esta opción es discutible, puesto que se trata de una “imprescriptibilidad” otorgada por la jurisprudencia y no por la ley en forma expresa. Asimismo, la pretensión de otorgamiento de escritura pública, al derivarse de un incumplimiento de los deberes del vendedor, se enmarcaría en lo que el Código Civil conoce como “acciones” personales, cuyo plazo prescriptorio es de diez años. Pese a ello, la opción de la imprescriptibilidad está prácticamente consolidada por nuestros tribunales.

¿ES IMPRESCRIPTIBLE LA PRETENSIÓN DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA?

Si bien es cierto ha transcurrido dicho plazo, también lo es que la pretensión materia del presente proceso es el otorgamiento de escritura pública que corresponde a una pretensión de naturaleza imprescriptible, desde que en esta clase de procesos se debate la formalización de la compraventa celebrada por las partes de conformidad con lo establecido por el artículo mil cuatrocientos doce del Código Civil; (...) siendo así, el abandono solicitado deviene en improcedente, porque el inciso tercero del artículo trescientos cincuenta del Código Procesal Civil señala que no hay abandono en los procesos en que se contiendan pretensiones imprescriptibles (Exp. N° 29374-97, Sala Civil para Procesos Sumarísimos y no Contenciosos, 30/11/1999).

En los procesos sobre otorgamiento de escritura no procede el abandono, pues, la finalidad de esta institución es sancionar la inactividad del litigante impidiéndole reiniciar

el proceso en el plazo que estipula la Ley y en caso de reincidencia la extinción del derecho pretendido. El abandono resulta inaplicable para la formalización de la transferencia, pues constituye el ejercicio que confiere el derecho de propiedad (Exp. N° 1238-2002, 1.a Sala Civil de Lima, 21/01/2003).

CUESTIONES PRÁCTICAS

A pesar de que el proceso de otorgamiento de escritura pública no parece traer demasiadas complicaciones, lo cierto es que los casos que a la jurisprudencia le toca resolver pueden adquirir gran complejidad. Con el recuento de los extractos que presentamos a continuación, podrán verificarse las situaciones que nuestros jueces han tenido que solucionar y que, a nuestro parecer, lo han hecho bien.

Si un propietario desea obtener la escritura pública correspondiente a su compraventa, pero ha extraviado el documento que acredita su derecho, ¿qué debe hacer?

Cuando el propietario con el título respectivo desee una mayor formalización del mismo y obtenga un pleno efecto erga omnes, solicitará entonces el Otorgamiento de la Escritura Pública correspondiente, de conformidad con los artículos 1412 y 1549 del Código Civil; sin embargo, si el título comprobativo de su derecho se pierde, extravía o deteriora al punto de hacerlo inútil, desapareciendo así el documento que acredita su derecho pero no la condición de propietario, puede optar por ejercer la pretensión de Títulos Supletorios, para que supla el anterior; así lo establece el artículo 504, inciso uno del Código Procesal Civil cuando prescribe que puede interponer demanda “el propietario de un bien que carece de documentos que acrediten su derecho, contra su inmediato transferente o los anteriores a este, con sus respectivos sucesores para obtener el otorgamiento del título de propiedad correspondiente”. Sin embargo, ello no significa que el propietario de un bien con título extraviado, perdido o deteriorado esté obligado a interponer única y exclusivamente la pretensión de Título Supletorio; toda vez que, siendo el fin defender, cautelar o preservar el derecho de propiedad, el titular del derecho, puede hacer uso de todos los mecanismos que le franquee la Constitución y la ley para la obtención de dicho fin; en tal virtud, si una persona que se considera propietaria de un inmueble ha extraviado su título de propiedad, esta se encuentra perfectamente legitimada para optar por interponer demanda de Prescripción Adquisitiva de Dominio respecto del

bien, con lo cual estará renunciando a la acreditación de su derecho mediante el título que obtuvo pero se perdió y se sujetará a la acreditación de los requisitos de la usucapión establecidos por el artículo 950 del Código Civil, con el riesgo latente de resultar vencido dentro de un debido proceso; pero que será de cargo suyo, puesto que por dicha vía se decidió (Cas. N° 1006-2006-Lima, Prescripción Adquisitiva de Dominio, 12/03/07).

LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA ¿CONSTITUYE FECHA CIERTA?

Un documento privado de fecha cierta se caracteriza porque en una controversia adquiere eficacia jurídica en los supuestos regulados en el artículo 245 del Código Procesal Civil. De acuerdo a los incisos 2 y 3 del precepto legal precitado, un documento privado tiene la calidad de fecha cierta cuando se presenta ante funcionario público, o se presenta ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas.

En el presente caso, la minuta no fue ingresada a una Notaría Pública, razón por la cual la fecha cierta solamente resulta de la interposición de la demanda de otorgamiento de escritura pública, en que se presentó ante el juez de la causa. Según la cláusula quinta de la escritura de compraventa, el proceso de otorgamiento de escritura pública se inició en el juzgado el veintiocho de octubre de mil novecientos noventitrés, que es la fecha que le da certeza, por lo que se configura el error in procedendo denunciado, pues la recurrida infringe la regla procesal anotada; por lo tanto declárese fundado el recurso (Cas. N° 643-2004-Huánuco, El Peruano, 30/11/2005).

LA EXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO QUE SE BUSCA FORMALIZAR ¿ES IMPRESCINDIBLE PARA LA VIABILIDAD DEL PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA?

Si bien el proceso se orienta al cumplimiento de la formalización del acto celebrado, no es menos cierto que para que ella sea exigible es requisito sine qua non la existencia del acto, de modo que no puede configurarse la contravención alegada por el recurrente porque la resolución contractual ha quedado perfeccionada en los hechos y como consecuencia de ello no existe ya acuerdo contractual que requiera formalizarse; resultando oportuno diferenciar que una cosa es efectuar la resolución extrajudicial que permite nuestro ordenamiento civil y otra distinta es discutir la resolución del contrato o

resolver el mismo, siendo esto último lo que no puede hacerse, pues lo primero es solo la verificación factual de la situación que ha causado el conflicto de intereses a dilucidar en este proceso conforme al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Cas. N° 3119-2003-Lima, El Peruano, 30/05/2005).

En los procesos de otorgamiento de escritura pública, ¿qué tipo de iniciativa probatoria puede tener el juez?

En un proceso de otorgamiento de escritura pública resulta imprescindible acreditar el extremo referido a los límites y linderos del inmueble. Sin embargo, a fin de concretar los fines de la actividad probatoria, y a falta de aportación de parte, el juez cuenta con la facultad de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales. Por lo tanto, si bien no existieron pruebas tales como la presentación del asiento registral del bien, una inspección judicial o algún otro peritaje, para determinar la ubicación y linderos del inmueble, dichos medios probatorios deberán actuarse de oficio a fin de individualizar el inmueble (Cas. N° 1998-2003-Ica, El Peruano, 01/08/2005).

UN PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA ¿PUEDE CONSTITUIR UNA DEFENSA PREVIA EN UN PROCESO DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO?

El instituto de la defensa previa tiene la finalidad de postergar la pretensión, en tanto se cumpla una condición a la que está subordinado el hecho que motiva su exigibilidad. No puede ampararse la defensa previa sustentada en la existencia de un proceso de otorgamiento de escritura pública, pues ello no es condicionante de la acción de resolución del contrato (Exp. N° 2138-98, Sala N° 3, 16/08/1998).

PARTES DE LA ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 52 de la ley del notariado peruana establece lo siguiente:

“Artículo 52.- Partes de la Escritura Pública

La redacción de la escritura pública comprende tres partes:

- a) Introducción.
- b) Cuerpo; y,

c) Conclusión.”

El artículo 52 de la ley del notariado peruana abrogada, señalaba lo siguiente:

“Artículo 52.- La redacción de la escritura pública comprende tres partes:

a) Introducción;

b) Cuerpo; y,

c) Conclusión.”

INTRODUCCION DE LA ESCRITURAPÚBLICA

La ley del notariado peruana establece sobre este tema lo siguiente:

Artículo 54.- Contenido de la Introducción

La introducción expresará:

a) Lugar y fecha de extensión del instrumento.

b) Nombre del notario.

c) Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.

d) El documento nacional de identidad -D.N.I.- y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros.

e) La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.

f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

- h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.
- i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,
- j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.

La abrogada ley del notariado peruana precisaba lo siguiente:

Artículo 54.- La introducción expresará:

- a) Lugar y fecha de extensión del instrumento;
- b) Nombre del notario;
- c) Nombre, nacionalidad, estado civil y profesión u ocupación de los comparecientes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho;
- d) Los documentos de identidad de los comparecientes y los que el notario estime convenientes;
- e) La circunstancia de comparecer una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza;
- f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso que alguno de los comparecientes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento;
- g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el compareciente, en el caso que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta ley para el caso de intervención de testigos;
- h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes;
- i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella;
- j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los comparecientes o que sea necesario a criterio del notario. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28580, publicada el 12 Julio 2005, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 54.- La introducción expresará:

- a) Lugar y fecha de extensión del instrumento;
- b) Nombre del notario;
- c) Nombre, nacionalidad, estado civil y profesión u ocupación de los comparecientes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho;
- d) El Documento Nacional de Identidad - D.N.I. y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros;
- e) La circunstancia de comparecer una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza;
- f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los comparecientes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento;
- g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el compareciente, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos;
- h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los comparecientes;
- i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella;
- j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los comparecientes o que sea necesario a criterio del notario."

CUERPO DE LA ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 57 de la ley del notariado peruana establece lo siguiente:

Artículo 57.- Contenido del Cuerpo de la Escritura

El cuerpo de la escritura contendrá:

- a) La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente.
- b) Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesaria su inserción.
- c) Los documentos que los otorgantes soliciten su inserción.
- d) Los documentos que por disposición legal sean exigibles.
- e) Otros documentos que el notario considere convenientes.

La abrogada ley del notariado peruana precisaba lo siguiente:

Artículo 57.- El cuerpo de la escritura contendrá:

- a) La declaración de voluntad de los otorgantes, contenida en minuta autorizada por letrado, la que se insertará literalmente;
- b) Los comprobantes que acrediten la representación, cuando sea necesaria su inserción;
- c) Los documentos que los comparecientes soliciten su inserción;
- d) Los documentos que por disposición legal sean exigibles; y,
- e) Otros documentos que el notario considere convenientes.

JURISPRUENCIAS O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURIDICIONALES

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA

JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE BARRANCA

JUZGADO CIVIL TRANSITORIO - Sede Barranca
EXPEDIENTE : 00912-2015-0-1301-JR-CI-01
MATERIA : OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PUBLICA
JUEZ : ARDIAN QUINECHE, LUIS
ESPECIALISTA : ASENCIOS LOPEZ FRIDA DINA AURORA
: SAONA BANCES, JUAN ALBERTO
: SAONA BANCES, JORGE
: SAONA BANCES, RAUL GILBERTO
: SAONA BANCES, ELBA MARGOTH
: SAONA DE CABREJOS, YOLANDA AZUCENA
: SAONA BANCES, MARIO CONSTANTINO
: SAONA BANCES, FLOR ADELINA
: REYES DE SAONA, MIRTHA ADRIANA
: SAONA BANCES, ADELIA MERCEDES

DEMANDANTE: SAONA BANCES, MARIA ROSALIA

SENTENCIA

Resolución Nro. Veinticinco

Barranca, tres de octubre Del año dos mil diecisiete.-

VISTA la causa en despacho, se emite la presente sentencia conforme al esquema que continua:

I. ASUNTO

Proceso sumarísimo interpuesto por **María Rosalía Saona Bances** (en adelante la demandante, accionante o actora) contra **Flor Adelina, Mario Constantino, Adelia Mercedes, Zoila María, Elba Margoth Saona Bances, Yolanda Azucena Saona de Cabrejos y Mirtha Adriana Reyes de Saona** (en adelante los demandados o emplazados), y **Raúl Gilberto, Jorge, Noe Gustavo y Juan Alberto Saona Bances** (en adelante los litisconsortes), sobre **Otorgamiento de Escritura Pública**.

II. ANTECEDENTES

Pretensión

1. La demandante interpone su demanda que obra a fojas 24 a 34, subsanada a fojas 45, con la finalidad de que por sentencia, se ordene a los demandados que le otorguen la correspondiente escritura publica de la minuta de donación de fecha 13 de marzo de 2013, respecto de ocho sub lotes del predio ubicado en Prolongación Calla Las Azucenas, distrito de Supe Puerto, provincia de Barranca.

Argumentos de la pretensión

2. Sostiene la demandante mediante minuta de donación de fecha 13 de marzo de 2013, celebrado con los demandados, en calidad de donantes, previa aceptación y cumpliendo con los requisitos esenciales para su validez, adquirió la totalidad de los derechos y acciones de las propiedades que correspondían a cada uno de ellos (demandados); sin embargo, desde la fecha de su celebración, los demandados no han cumplido con otorgar la correspondiente

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE BARRANCA

escritura publica, pese a los constantes y reiterados requerimientos; de ahí que se ve obligada a recurrir al órgano jurisdiccional.

Absolución de la demanda y sus argumentos

3. **Jorge Saona Bances:** Por escrito que obra a fojas 172 a 175, este litisconsorte absuelve la demanda señalando que es una acción tendenciosa que persigue la titulación de un acto jurídico (donación) simulado, puesto que el predio donado no solo corresponde a los demandados sino que también pertenece a él y a sus co litisconsortes; entre otros fundamentos que expone.
4. **Flor Adelina, Mario Constantino, Adelia Mercedes, Zoila María, Elba Margoth Saona Bances, Yolanda Azucena Saona de Cabrejos, Mirtha Adriana Reyes de Saona, Raúl Gilberto y Juan Alberto Saona Bances:** Estos demandados y litisconsortes (dos últimos), pese a encontrarse notificados con la demanda, sus anexos y auto admisorio no cumplieron con absolverla, por lo que mediante resolución dieciséis que obra a fojas 217 a 218, y diecinueve que obra a fojas 248, fueron declarados rebeldes.

Actividad Procesal

5. Con fecha 07 de julio del año en curso, y conforme al acta que obra a fojas 278 a 280, se desarrolló la audiencia única donde se declaró saneado el proceso, fijándose los puntos controvertidos a determinar, admitiéndose y actuándose los medios probatorios ofrecidos por las partes.
6. Por tanto, habiendo concluido la etapa de la actividad probatoria, y con los alegatos que obran a fojas 289 a 290 y 292 a 295, el estado del proceso es el de emitir sentencia.

III. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA

DECISIÓN Consideraciones previas

aplicables al caso

1. En principio, es procedente señalar que el proceso de otorgamiento de Escritura Pública es entendido por la jurisprudencia como un deber de las partes de perfeccionar el Acto Jurídico. Es así que ante el incumplimiento de este deber (perfeccionar el Acto Jurídico), el interesado podrá iniciar este proceso atendiendo al artículo 1412° del Código Civil que señala:

“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, éstas 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.”

2. En ese sentido, se entiende que el fin de los procesos de otorgamiento de Escritura Pública es la formalización de un Acto Jurídico porque así lo determina la Ley y así lo han acordado las partes contratantes, donde se requiere a la parte renuente otorgue la formalización y si a pesar del mandato judicial se mantiene en su negativa, será el Juez quien sustituya al obligado, procediendo a realizar el perfeccionamiento.
3. Por ultimo, el artículo 1549° de la misma norma, dispone que: *“Es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien.”*

Demarcación del petitorio

4. De acuerdo con el escrito postulatorio de demanda y punto controvertido fijado en auto, se tiene que el conflicto a dilucidar en el presente proceso radica en determinar lo siguiente:

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA

JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE BARRANCA

Si procede, o no, el otorgamiento de escritura pública de la minuta de donación de fecha 13 de marzo de 2013, que obra en autos a fojas 05 a 10.

Ello, no sin antes verificar la competencia de este juzgado para conocer del proceso y de la finalidad de la prueba.

Competencia del Juez Civil

5. De conformidad con el artículo 546°, numeral 6 del Código Procesal Civil, se tramitan en proceso sumarísimo y ante los Juzgados Civiles, los asuntos contenciosos que: *“los que no tienen una vía procedimental propia, son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto o, porque debido a la urgencia de tutela jurisdiccional, el Juez considere atendible su empleo.”* De ahí que la presente demanda resulta ser de competencia de esta judicatura.

Finalidad, carga y valoración de la prueba

6. La carga de la prueba se encuentra establecida por el artículo 196° del Código Procesal Civil, cuando dispone: *“... la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.”*
7. Por tanto, para probar los hechos alegados, las partes deben acreditarlo de modo sólido mediante actividad distinta que la meramente alegatoria dado que ello formará convicción en el juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos que se formulan, siendo deber del juez, valorar en forma conjunta las pruebas, utilizando su apreciación razonada.
8. Siendo así, a continuación corresponde valorar las pruebas válidamente incorporadas al proceso y que sirven para fundamentar la decisión a adoptar.

Análisis del caso concreto

9. Como se ha expuesto, el conflicto que debe ser dilucidado es si corresponde, o no, disponer

que los demandados formalicen (mediante otorgamiento de escritura pública) la minuta de **DONACIÓN** que obra a fojas 05 a 10, por el que se dona a favor de la actora ocho (8) sub lotes (01, 02, 03, 04, 05, 08, 09 y 10) del predio ubicado en Prolongación Calla Las Azucenas, distrito de Supe Puerto, provincia de Barranca.

10. Por definición legal, por la **DONACIÓN** el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien; por tanto, para la dilucidación de la litis, una de las normas que resulta determinante es la contenida en el artículo 1625° del Código Civil que prevé que *“La donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad.”*
11. De dicha norma se desprende que, para la validez de la **donación**, está encuentra supeditada al cumplimiento de una formalidad impuesta por la ley (ab solemnitatem), y la no observancia de tal formalidad acarrea su nulidad conforme con lo previsto en el artículo 219°, numeral 6 del Código Civil.
12. En el presente caso, se verifica que la donación que obra a fojas 05 a 10 se ha celebrado en instrumento privado en contravención al artículo 1625° del Código Civil, al no haberse cumplido la formalidad que resulta medular para su constitución, por lo que no puede en modo alguno exigirse el cumplimiento de dicha formalidad al amparo del artículo 1412° del Código Civil, toda vez que los supuestos contemplados en dicha norma se refieren a contratos que no requieren una solemnidad para su existencia, situación que es todo lo contrario para la donación.

13. Así las cosas, se tiene que la demanda instaurada sobre la base del artículo 1412° del Código Civil, deviene en improcedente por la causal de imposibilidad jurídica a tenor de lo previsto en el artículo 427°, numeral 5 del Código Procesal Civil.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
JUZGADO CIVIL TRANSITORIO DE BARRANCA

Costas y costos del proceso

14. Es necesario tener en consideración que la parte actora ha tenido motivos para litigar, no siendo manifiesta su temeridad con que ha actuado en la presente causa, de manera que amerita exonerarla del pago de costas y costos del proceso, de conformidad con lo establecido por el artículo 412° del Código Procesal Civil.

IV. DECISIÓN

Por tales consideraciones, el señor Juez del Juzgado Civil Transitorio de Barranca,
RESUELVE:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por **MARÍA ROSALÍA SAONA BANCES** contra **FLOR ADELINA, MARIO CONSTANTINO, ADELIA MERCEDES, ZOILA MARÍA, ELBA MARGOTH SAONA BANCES, YOLANDA AZUCENA SAONA DE CABREJOS** y **MIRTHA ADRIANA REYES DE SAONA** (en calidad de demandados), y **RAÚL GILBERTO, JORGE, NOE GUSTAVO** y **JUAN ALBERTO SAONA BANCES** (en calidad de litisconsortes), sobre **OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA**.
2. **ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE** los actuados una vez que sea consentida, o quede ejecutoriada la presente sentencia.
3. **EXONERAR** a la parte demandante del pago de costas y costos del proceso.

NOTIFÍQUESE.-

DERECHO COMPARADO; DERECHO CODIFICADO

Según otra división del derecho se puede dividir al mismo en dos ramas que son el derecho codificado y el derecho no codificado, las cuales son bastante importantes en el estudio del derecho y en todo caso sobre la codificación hemos publicado un artículo pequeño, hace algunos años.

Se debe tener en cuenta el derecho codificado porque se debe tener en cuenta el código civil peruano de 1984, código procesal civil peruano de 1993, código penal, entre otros tantos.

DERECHO NO CODIFICADO

Ahora estudiaremos el derecho no codificado, que también se debe tener en cuenta porque debe tenerse en cuenta la ley general de sociedades, jurisprudencia, ejecutorias, realidad social, costumbre, finanzas, entre otras.

CODIGO CIVIL ARGENTINO

El Código civil argentino consagra algunas normas sobre el derecho notarial argentino, las cuales es necesario que sean tenidas en cuenta para hacer derecho comparado, lo cual no sólo puede consistir en comparaciones, sino también en circulación de derecho, entre otras, es decir, el derecho comparado, es bastante importante en el estudio del derecho, el cual no siempre es nacional, sino que puede ser extranjero y otras oportunidades puede ser internacional.

En todo caso el derecho nacional, no es todo en el derecho, lo cual es importante tener en cuenta, para pulir sus asperezas.

El código civil argentino establece sobre la escritura público, lo siguiente:

“Art.997.- Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

Cuando un acto fuere otorgado en un territorio para producir efectos en otro, las leyes locales no podrán imponer cargas tributarias ni tasas retributivas que establezcan diferencias de tratamiento, fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente.”

Es decir, hace la salvedad, respecto a los funcionarios consulares.

“Art.998.- Las escrituras públicas deben ser hechas en el que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno.”

En tal sentido, podemos afirmar que el protocolo resulta ser un tema importante en el estudio del derecho, lo cual dejamos constancia porque se ha advertido que muchas oportunidades, muchos civilistas no conocen lo que es el protocolo.

“Art.999.- Las escrituras deben hacerse en el idioma nacional. Si las partes no lo hablaren, la escritura debe hacerse en entera conformidad a una minuta firmada por las mismas partes en presencia del escribano, que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas, si no lo hubiesen firmado en su presencia, traducida por el traductor público, y si no lo hubiere, por el que el juez nombrase. La minuta y su traducción deben quedar protocolizadas.”

En este caso al parecer se refiere a traductor público juramentado, sin embargo, debemos precisar que nosotros somos del criterio que se debe optar por el traductor jurídico, es decir, los mencionados no son ni constituyen exactamente lo mismo, sino que son distintos.

“Art.1000.- Si las partes fueren sordomudos o mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada.”

Esta norma no existe en el derecho peruano.

“Art.1001.- La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes, y concluida la escritura debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones, y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano. Cuando el escribano o cualquiera de las partes, lo juzgue pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En este caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura, el nombre y residencia de los mismos.”

El derecho peruano es mas expreso, conforme a la ley del notariado peruano vigente desde el año 2008. Y norma similar existía en la ley del notariado abrogada peruana, la cual ha merecido algunos estudios por parte de ciertos autores.

“Art.1002.- Si el escribano no conociere las partes, éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce.”

En el derecho peruano no existe una norma similar, por lo tanto, recomendamos que en el derecho positivo notarial peruano, se respete la tendencia en el derecho comparado.

“Art.1003.- Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos, o se tratare de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaren protocolizados en su registro, expresará

este antecedente, indicando el folio y año respectivo. La protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización, dará a los interesados los testimonios que se le pidieren.”

Esta norma sobre los representantes que intervienen ante notario público, es una norma importante en el derecho argentino, lo cual puede motivar estudios más amplios, respecto al poder y también al mandato.

“Art.1004.- Son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa que no pase de pesos 300.”

Esta norma consagra algunos supuestos de nulidad, los cuales no están establecidos en el código civil peruano de 1984, lo cual puede motivar estudios más amplios, sin embargo, esta no constituye la sede, es decir, merece estudios más amplios.

“Art.1005.- Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha.”

Norma similar no existe en la ley del notariado peruana del 2008.

“Art.1006.- El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado.”

Esta norma es importante, a fin de que no existan negocios jurídicos ocultos, ya que en algunos casos busca proteger casos de violación de derechos de terceros civiles.

“Art.1007.- Siempre que se pidieren otras copias por haberse perdido la primera, el escribano deberá darlas; pero si en la escritura, alguna de las partes se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del juez.”

Esta norma no existe en el derecho peruano, lo cual es importante a efecto de hacer derecho comparado.

“Art.1008.- Toda copia debe darse con previa citación de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz. Si se hallasen ausentes, el juez puede nombrar un oficial público que se halle presente al sacarse la copia.”

Esta norma debe ser derogada, porque atenta contra el tráfico comercial o dicho en otras palabras atenta contra el mercado.

“Art.1009.- Si hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga.”

No era necesaria una norma en este sentido, porque en todo caso se debe aplicar los valores, siendo uno la justicia, el cual es poco tenido en cuenta sobre todo en el derecho peruano.

“Art.1010.- La copia de las escrituras de que hablan los artículos anteriores hace plena fe como la escritura matriz.”

Es necesario precisar que la fe pública es de varias clases tipo o variedades, siendo la fe pública la más desarrollada al menos en el sistema notarial latino, lo cual es ampliamente conocido y dominado por parte de los distintos notarialistas.

“Art.1011.- Si el libro de protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.”

En la ley del notariado peruana vigente, al igual que en la anterior no existe norma similar, por lo cual, para el derecho peruano es toda una novedad, lo que debe merecer estudios a que haya lugar, pero con una visión o perspectiva del derecho comparado.

Es decir, el derecho extranjero permite comprender temas importantes en el estudio del derecho, lo cual hemos demostrado con esta pequeña exégesis de algunos artículos del código civil argentino, el cual regula entre otros tantos temas, en forma expresa y textual la escritura pública, es decir, este tipo de normas no existen en el código civil peruano de 1984.

IV. CONCLUSIONES

1. En primer lugar importante concluir que no todo acto a título gratuito es donación.
2. El contrato de donación es el medio de transmitir un bien a título gratuito, pero con obligaciones para las partes a pesar de ser una donación, en el que una de las partes deberá ayudar al donante en caso de pobreza, en un futuro, y que dicha donación también podrá ser revocada.
3. En el contrato de donación debe existir consentimiento del que recibirá el bien, motivo de la donación establece una obligación para el donatario, quien que deberá guardarle gratuidad al donante.
4. Cuando la donación excede la cuota legal que el donante puede disponer por la vía testamentaria y debe ser reducida y restituida por el donatario.
5. La formalidad ad solemnitatem, en la donación constituye un requisito de validez del acto, un elemento existencial del acto y no meramente un medio de prueba; de manera que si no se observa dicha formalidad, la donación no tiene validez y, consecuentemente, no surte ningún efecto; salvo cuando se trata de bienes muebles de escaso valor, en la cual se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin requerir de ninguna formalidad especial ni requisito adicional.

V. RECOMENDACIONES

1. Se hace necesario que para tener seguridad jurídica el Notario al legalizar las firmas de los documentos de fecha cierta, debe exhortar a las partes para que en un plazo determinado formalicen conforme a ley la compraventa, es decir otorgando la escritura pública e inscribiéndolos en Registros Públicos, a fin de evitar posteriores acciones judiciales.
2. Es importante que en el otorgamiento de escritura pública, los encargados en la Notaría, se han personas acuciosas, a fin de advertir cualquier intento de fraude y exigir conforme a ley su perfeccionamiento como corresponde.
3. Es importante que en el otorgamiento de escritura pública, los encargados en la Notaría, se han personas acuciosas, a fin de advertir cualquier intento de fraude y exigir conforme a ley su perfeccionamiento como corresponde.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARMELLA, Cristina Noemí (2011). TRATADO DE DERECHO NOTARIAL, REGISTRAL E INMOBILIARIO, Editorial Ad-Hoc, Primera Edición, Buenos Aires-Argentina

BOLLINI y FERRARI CERETTI (2009). FECHA CIERTA DE INSTRUMENTOS PRIVADOS, Editorial Revista del Notario, Buenos Aires-Argentina.

BORDA, Guillermo (2013). TRATADO DE DERECHO CIVIL: PARTE GENERAL, Editorial Perrot, Buenos Aires-Argentina • CABANELLAS, Guillermo (2009). DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta S.R.L., 14ª Edición, Tomo VI S-Z, Buenos Aires-Argentina.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE (2010). PROCESO DE OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA.

CARRIÓN LUGO, Jorge (2008). EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL PERÚ, Editorial Grijley, Volumen II, Lima-Perú.

ESPINOZA CARRETA (2010). ESCRITURA PÚBLICA, Editada por el Colegio de Escribanos, Buenos Aires – Argentina.

ETCHEGARAY, Natalio Pedro (2010). EL BOLETO DE COMPRA VENTA INMOBILIARIA., p. 275

FALBO, Miguel (2009). FECHA CIERTA. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN, Editorial Instituto Argentino de Cultura Notarial, Argentina.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Mireya y Luz Elena (2007). CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL

PRIMER CIRCUITO, Editorial Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Lima.

LAGOMARSINO, Carlos (2009). CÓDIGO CIVIL Y LEYES
COMPLEMENTARIAS. COMENTADO, ANOTADO Y
CONCORDADO, Editorial Astrea, Tomo 4, Buenos
Aires-Argentina.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín (2012). TRATADO DE DERECHO
CIVIL: PARTE GENERAL, Editorial Perrot, Buenos
Aires – Argentina.